

# Quaderno di storia del penale e della giustizia

**4 / 2022**



## **Il tempo**

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena







# Quaderno di storia del penale e della giustizia

4 / 2022



## Il tempo

Riflessioni interdisciplinari  
per un dibattito contemporaneo  
su giustizia, diritto di punire e pena



## Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

4 / 2022

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-865-6 (print)

© 2023 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

### *Comitato di Direzione*

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Emilia Musumeci, Monica Stronati

### *Consiglio scientifico*

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

### *Editing*

Francesca Martello

### *Indirizzo*

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: [riviste.unimc.it/index.php/qspg](http://riviste.unimc.it/index.php/qspg)

e-mail: [luigi.lacche@unimc.it](mailto:luigi.lacche@unimc.it)

### *Editore*

eum edizioni università di macerata  
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata; tel. (39) 0733 258 6080

web: [eum.unimc.it](http://eum.unimc.it)

e-mail: [info.ceum@unimc.it](mailto:info.ceum@unimc.it)

### *Progetto grafico e impaginazione*

Valeria Nicolosi e Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del Quaderno sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

## Sommario

### *Il Tempo*

Luigi Lacchè

- 7 Stare nel tempo del penale e della giustizia

#### **Passaggi**

Maurizio Bettini

- 19 *Quia res incorporalis est*. Appunti sulle rappresentazioni del tempo

Luca Scuccimarra

- 29 Semantiche della temporalità e conoscenza storica: il contributo della *Begriffsgeschichte*

Francesco Orilia

- 51 Il tempo: aspetti ontologici ed etico-esistenziali

Domenico Pulitanò

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

#### **Antropologie e Storie del diritto penale**

Ettore Dezza

- 91 La prescrizione penale in un caso giudiziario nella Francia della *Renaissance*

Giacomo Pace Gravina

- 109 I cancelli del tempo. Genealogie delle partizioni dell'età minore in ambito penalistico

Emilia Musumeci

- 129 «Senza raddolcirsi al balsamo salutare del tempo». Il fattore cronologico nel dibattito ottocentesco sulla premeditazione

- Floriana Colao  
149 «Costume del tempo» e «frontiere del pudore». Il reato cinematografico nell'Italia degli anni Sessanta
- Riccardo Cavallo  
169 La semantica del tempo nella riflessione di Carl Schmitt
- Lessico e politica del diritto penale**
- Grazia Mannozi  
189 Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale
- Roberto Bartoli  
215 Decorso del tempo e ragioni del punire
- 231 Abstracts
- 239 Autori

Luigi Lacchè

Stare nel tempo del penale e della giustizia

### 1. *Enigma*

Il quarto Quaderno<sup>1</sup> del *Laboratorio di storia del penale e della giustizia*<sup>2</sup> raccoglie le relazioni di apertura<sup>3</sup> presentate in occasione del Seminario su “Il tempo” (6-7 maggio 2022) nonché i contributi elaborati da alcuni dei partecipanti<sup>4</sup> a seguito di un’ampia e feconda discussione.

«Diverse volte mi sono detto – ha scritto Borges – che non c’è altro enigma che quello del tempo, quell’infinita trama dell’ieri, dell’oggi, dell’avvenire, del sempre e del mai»<sup>5</sup>. Sant’Agostino si chiedeva: «O allora che è il tempo? Se nessuno me lo domanda, lo so: se voglio spiegarlo a chi me lo domanda, non

<sup>1</sup> Il *Quaderno di storia del penale e della giustizia* è una rivista a cadenza annuale pubblicata in *open access*. Tutti i numeri sono scaricabili dal sito <[riviste.unimc.it/index.php/qspg](http://riviste.unimc.it/index.php/qspg)>. I precedenti seminari hanno riguardato: *La paura* (2019); *Il dubbio* (2020); *Il castigo* (2021).

<sup>2</sup> Il Laboratorio è nato nel 2018 da una pluralità di esperienze di studio e di insegnamento legate alla storia del diritto e della giustizia penale nel solco della riflessione condotta da Mario Sbriccoli (1941-2005), a lungo docente nell’Università di Macerata. È promosso da Luigi Lacchè, Massimo Meccarelli, Paolo Marchetti, Monica Stronati, Ninfa Contigiani, Emilia Musumeci e vuole offrire un nuovo “spazio” di elaborazione, ricerca e discussione a cadenza annuale.

<sup>3</sup> Presentate da Maurizio Bettini (Università di Siena), Luca Scuccimarra (Sapienza Università di Roma), Francesco Orilia (Università di Macerata), Domenico Pulitanò (Università di Milano Bicocca).

<sup>4</sup> Al Seminario, oltre agli organizzatori, hanno partecipato in presenza o da remoto Roberto Bartoli (Università di Firenze), Pierangelo Buongiorno (Università di Macerata), Paolo Cappellini (Università di Firenze), Riccardo Cavallo (Università di Catania), Giovanni Cazzetta (Università di Firenze), Giovanni Chiodi (Università di Milano Bicocca), Floriana Colao (Università di Siena), Roberto Cornelli (Università di Milano Bicocca), Ettore Dezza (Università di Pavia), Loredana Garlati (Università di Milano Bicocca), Grazia Mannozi (Università dell’Insubria), Aglaia McClintock (Università del Sannio), Giuseppe Mecca (Università di Macerata), Marco Nicola Miletta (Università di Foggia), Emilia Musumeci (Università di Teramo), Paola Nicolini (Università di Macerata), Giacomo Pace Gravina (Università di Messina), Michele Pifferi (Università di Ferrara), Carlo Sabbatini (Università di Macerata), Carlo Sotis (Università della Tuscia), Claudia Storti (Università Statale di Milano), Andrea Zorzi (Università di Firenze).

<sup>5</sup> J. L. Borges, *There are more things*, in *Il libro di sabbia, Tutte le opere*, a cura di D. Porzio, Milano, Mondadori, 1991, vol. II, p. 601.

lo so più»<sup>6</sup>. Il Laboratorio di storia ha inteso dedicare il Quaderno a questo “enigma”<sup>7</sup>, un tema che evoca le immense e impervie vette della conoscenza umana ma in questo fascicolo l’obiettivo praticabile, sebbene arduo, è di volgere lo sguardo, in maniera più “settoriale”, verso il campo del diritto e della giustizia penale per indagare, in particolare, i nessi problematici tra le dimensioni temporali e il fenomeno penale con l’obiettivo di ri-pensare criticamente il “tempo della giustizia” nel più ampio contesto dell’attuale riflessione.

La “conoscenza” del tempo si intreccia inestricabilmente con la storia della filosofia e della scienza. Le teorie sulla natura del tempo (oggettivistica o soggettivistica, sostanzialistica o relazionale) ne hanno accompagnato lo sviluppo sino al fitto dibattito contemporaneo<sup>8</sup>. Le teorie einsteiniane della relatività e tutto ciò che ne è seguito hanno aperto straordinari orizzonti in cui il *continuum* spazio-temporale (cronotopo) ha trasformato le più radicate concezioni assolute dei regimi temporali. Forse nessuno meglio di Salvador Dalì<sup>9</sup> – a partire dal quadro *La persistenza della memoria* (1931) – ha rappresentato in chiave surreale, con i suoi famosi orologi molli, la nuova dimensione del tempo al di là dell’idea “oggettiva” tipica del senso comune. Dalì ha raffigurato con la potenza dell’arte il contrasto paradossale tra la liquefazione del tempo relativo e il dominio del tempo assoluto nella nostra società “cronodipendente”<sup>10</sup>.

Ma, come ha osservato Norbert Elias, il problema del tempo non riguarda solo i filosofi e i fisici. In questo contesto assume una particolare rilevanza la riflessione sul “tempo sociale”, sul tempo come «istituzione sociale, diversa a seconda dello stato dello sviluppo sociale»<sup>11</sup>. Qui le radici antropologiche, la comunicazione sociale, la comprensione storica del tempo delineano un grande campo di analisi sui “processi di civilizzazione” legati all’uso, all’organizzazione e alla rappresentazione del tempo. Gli uomini *ricreano* il tempo che *esiste* e lo plasmano a livello culturale e sociale.

<sup>6</sup> Agostino, *Confessioni*, Libro XI, Cap. XIV, cit. da Orilia. Tutti i riferimenti ad autori senza ulteriori indicazioni riguardano i saggi contenuti in questo volume.

<sup>7</sup> H-G. Gadamer, *L’enigma del tempo*, Bologna, Zanichelli, 1996; P. Ricoeur, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L’enigma del passato*, Bologna, il Mulino, 2004.

<sup>8</sup> Cfr. F. Orilia, *Filosofia del tempo. Il dibattito contemporaneo*, Roma, Carocci, 2012. Cfr. anche E. Bellone, *Spazio e tempo nella nuova scienza*, Firenze, La Nuova Italia Scientifica, 1999.

<sup>9</sup> Come suggerito da P. Redondi, *Storie del tempo*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 142.

<sup>10</sup> Ivi, p. 8. «Invece l’attuale accelerazione dei ritmi di vita produce una frantumazione della nostra esperienza temporale e la sua contrazione all’istantaneità di un presente da consumare subito» (ivi, p. 13).

<sup>11</sup> N. Elias, *Saggio sul tempo*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 20.

## 2. Passaggi

Le rappresentazioni sociali, i simboli, le divinità, le personificazioni del tempo hanno accompagnato la storia dell'uomo. Di grande momento sono perciò il pensiero del mondo antico e la linguistica, alla ricerca, potremmo dire, delle radici stesse del rapporto tra esseri umani, gruppi sociali e Tempo. Questo, come scrive Seneca in *De brevitae vitae*, è *incorporalis* e quindi come possiamo pensare di “rappresentarlo”? Maurizio Bettini osserva come il tempo abbia bisogno della metafora spaziale per “esistere”. «Nell'immaginazione linguistica e culturale il tempo si fa spazio. Ovvero per rappresentarlo si utilizza la “metafora culturale” dello spazio, intendendo “metafora” nel senso di costruzione della realtà attraverso una sua particolare rappresentazione (non semplice abbellimento retorico)». La “spazializzazione” del tempo è – come si vedrà in questo Quaderno – una dimensione destinata a connotare la “storia” del tempo nelle sue varie trasformazioni<sup>12</sup>.

Il lessico latino è straordinariamente performativo da questo punto di vista. Il termine indoeuropeo \*temp-, da cui deriverebbe *tempus*, segnala l'idea della “misura”, di uno “spazio”, di una porzione o frazione di tempo. Ancora meglio la metafora spaziale si coglie nella rappresentazione dei rapporti di anteriorità e posteriorità. Qui il prima viene associato al “davanti”, mentre il poi al “dietro”. Nel modello passato/futuro, invece, la relazione “prima”/“poi” riceve una localizzazione spaziale rovesciata. Per *cogliere* il senso di questa inversione – ci dice Bettini – «Bisogna tener conto dei significati e valori gerarchici che, all'interno della cultura, caratterizzano le diverse posizioni spaziali e soprattutto i loro rapporti. Fra davanti e dietro c'è una gerarchia di valori, il davanti / prima fa sempre aggio sul dietro / poi. Ciò che sta davanti è sempre più importante di ciò che sta dietro [...]», come mostra il prefisso *prae-* che forma i nomi delle più alte cariche del mondo romano (pre-tore, pre-fetto e via dicendo)<sup>13</sup>.

Anche lo studio di termini come *aevum*, *aetas*, *saeculum*, dei tempi sintattico-grammaticali, o ancora delle feste e di riti di passaggio, ci conduce alle profondità del linguaggio e alla sua capacità di svelare le strutture e le radici antropologiche che riguardano la generazione, la durata della vita, la forza vitale, la misura delle cose, la socializzazione.

<sup>12</sup> Anche il saggio di Riccardo Cavallo analizza il concetto di tempo (nell'opera di Carl Schmitt) in relazione alla più enfaticata concezione spaziale cercando di «rileggere il discorso schmittiano sulla temporalità e il suo tentativo di ancorarlo, da un lato, alla costruzione teorica di un pensatore a lui caro quale Donoso Cortés, e dall'altro, alla figura del *katéchon* che costituisce uno dei concetti più significativi della *Weltanschauung* teologico-politica schmittiana».

<sup>13</sup> Cfr. M. Bettini, *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo e immagini dell'anima*, Roma, Carocci, 2019.

Linguaggio e tempo sono al centro anche della riflessione di Luca Scuccimarra dedicata alla storia concettuale (*Begriffsgeschichte*) e alle semantiche della temporalità. Nella prospettiva di Reinhart Koselleck la storia si sedimenta in concetti. «Per la nostra metodologia la storia è una storia di concetti: il concetto sovrasta la parola nella misura in cui esso comprende la storia» (Koselleck cit. da Scuccimarra).

I concetti, a differenza delle parole, sono plurivoci e rappresentano indici e fattori del divenire storico. Il mutamento concettuale diventa l'oggetto principale di una storia "pensante", capace di fornire cornici categoriali. La semantica della storia concettuale e di Reinhart Koselleck<sup>14</sup> in particolare è un forte stimolo a leggere il tema cruciale della modernizzazione come "temporalizzazione"<sup>15</sup>. L'ambito della storia giuridica, e della storia del diritto penale, potrebbe giovare in maniera mirata considerando il fatto che il penale "moderno" emerge come problema nel corso del XVIII secolo quando inizia, secondo Koselleck, la più generale *Sattelzeit*. Le parole restano ma i concetti sono destinati a cambiare. Rendere visibili le linee di faglia (*Verwerfungen*) significa poter analizzare in profondità le strutture di ripetizione, le permanenze, il nuovo che filtra lentamente nel vecchio, la stratificazione dei tempi che formano le "cronologie". La contemporaneità del contemporaneo<sup>16</sup> è un modo per cercare di comprendere il rapporto e l'allontanamento tra spazi di esperienza e orizzonti di aspettativa, tematizzando il tempo storico.

Il rapporto tra esperienza e aspettativa ha stimolato ulteriori riflessioni. Così la teoria critica del sociologo Hartmut Rosa ha messo al centro della scena il tema della *detemporalizzazione dell'esperienza*. Ciò che sarebbe nuovo «non è l'espansione globale dei processi e delle transazioni di vario tipo, ma la *velocità* con la quale essi si compiono. Ciò trasforma tendenzialmente lo spazio "moderno classico" delle località stabili in uno spazio tardo-moderno di *flussi dinamici* e rimpiazza l'ordine temporale lineare e sequenziale con una nuova forma di tempo "senza tempo" e pure radicalmente "temporalizzato" definito attraverso una contemporaneità ubiquitaria»<sup>17</sup>. Il *presentismo* come

<sup>14</sup> R. Koselleck, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986. Cfr. L. Scuccimarra, *Semantica della temporalità ed esperienza storica. Note sulla Historik di Koselleck*, in «Storica», 38, 2007, pp. 65-89.

<sup>15</sup> L. Scuccimarra, *Modernizzazione come temporalizzazione. Storia dei concetti e mutamento epocale nella riflessione di Reinhart Koselleck*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», XXVIII, 56, 2016, pp. 91-111.

<sup>16</sup> «La storia concettuale spiega [...] anche come un concetto sia costituito di più strati, ossia di significati che derivano cronologicamente da tempi diversi. In tal modo essa supera la rigida alternativa diacronia-sincronia, anzi richiama la contemporaneità del contenuto non-contemporaneo che può essere presente in un concetto. [...] La profondità storica di un concetto, che non coincide con la successione cronologica dei suoi significati, acquista così un valore sistematico di cui deve rendere conto ogni ricerca storico-sociale» (Scuccimarra).

<sup>17</sup> H. Rosa, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*, Frankfurt am

nuova forma di esperienza del tempo sembra essere diventato il *regime di storicità* contemporaneo. «Non è questa – si chiede François Hartog – innanzitutto una “crisi” del tempo? Sarebbe così un modo di chiarire, quasi dall’interno, gli interrogativi odierni sul tempo, segnati dall’equivocità delle categorie: si ha a che fare con un passato dimenticato o troppo ricordato? Con un futuro che è quasi scomparso dall’orizzonte o con un avvenire soprattutto minaccioso? Con un presente incessantemente consumato nell’immediatezza o quasi statico e interminabile, se non eterno? Sarebbe anche un modo per far luce sui molteplici dibattiti, qui e là, sulla memoria e la storia, sulla memoria contro la storia, sulla nozione di patrimonio mai abbastanza presente o perfino troppo»<sup>18</sup>.

La filosofia contemporanea affronta – come mostra Francesco Orilia – proprio il tema ontologico in un dibattito sempre più sofisticato attraverso una serie di teorie e argomentazioni, tra le quali assumono maggior seguito il presentismo – più vicino al senso comune e all’idea *oggettiva* delle proprietà passato, presente e futuro – e l’eternismo che, invece, seguendo in particolare la teoria della relatività, ne contesta tale carattere. L’autore presenta e sviluppa l’«argomento per la desiderabilità morale del presentismo» da un punto di vista etico-esistenziale. Nel presentismo e nell’eternismo il problema del male assume un diverso statuto ontologico in quanto gli esseri umani tendono a preferire l’assenza di dolore alla presenza di piacere. Inoltre il presentismo è preferibile in quanto si può ricollegare ad una concezione libertaria del libero arbitrio. Infatti «[...] vedere le nostre scelte e le azioni conseguenti come già prefissate, piccoli fotogrammi di un gigantesco film tutto esistente, infrange la concezione di noi stessi come agenti liberi, capaci di provare, a seconda dei casi, orgoglio o vergogna per queste scelte. Al contrario, dal punto di vista presentista, il futuro è aperto, arriva all’esistenza di momento in momento e, seppure in minima parte, noi contribuiamo con le nostre libere scelte a crearne i contenuti e possiamo sentirci pienamente responsabili delle nostre azioni» (Orilia).

Il rapporto tra passato, presente e futuro, presentismo ed eternismo, libero arbitrio e determinismo fanno riflettere sui caratteri, le permanenze e le trasformazioni dei sistemi penali. Domenico Pulitanò ricorda il legame ineludibile tra diritto e tempo: il primo sta nel secondo, il secondo nel primo. La storicità del diritto (penale) è dunque la dimensione essenziale per cogliere la *complessità* dei fenomeni penali ed evidenziarne non soltanto le linee “pro-

Main, Suhrkamp, 2005, p. 476; Id., *Beschleunigung und Entfremdung. Entwurf einer kritischen Theorie spätmoderner Zeitlichkeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2013.

<sup>18</sup> F. Hartog, *Regimi di storicità. Presentismo e esperienze del tempo*, Palermo, Sellerio, 2007. Cfr. D. Di Bartolomeo, *Lo specchio infranto. «Regimi di storicità» e uso della storia secondo François Hartog*, in «Storica», 49, XVII, 2011, pp. 63-94.

gressive” ma anche gli elementi molteplici di sovrapposizione, coesistenza e interazione. Ritorna con forza la necessità di riflettere sulla *stratificazione temporale*, sull’ordine del tempo<sup>19</sup>, sulla declinazione del Tempo in *tempi*. Appare fecondo un approccio capace di cogliere anche la dimensione *ascrittiva*<sup>20</sup> del tempo rispetto alla complessità dell’universo giuridico valorizzando l’aspetto concettuale relazionale e sincronico. Basti pensare alla categoria della transizione e dei suoi regimi temporali<sup>21</sup> – così rilevanti nello spazio della giustizia penale – per intuirne le potenzialità euristiche. È forse inutile ribadire quanto il *penale nella dimensione temporale della storia* possa giovare di questa strumentazione concettuale. Si tratta infatti di comprendere come in ciascuna esperienza storica (il presente di allora) sono state messe in relazione le dimensioni temporali del passato e del futuro<sup>22</sup>.

Un’aggiornata *visione del tempo/dei tempi* è fondamentale per rinnovare i paradigmi della storia del penale e della giustizia. Lo sguardo dello storico si dirige soprattutto verso due direzioni: quella della *storicità temporale* del fenomeno penale e quella della *temporalità* che è insita nella costruzione plurisecolare delle categorie fondamentali. Lo studioso e il pratico del fenomeno penale contemporaneo analizza e vive la molteplicità dei legami della giustizia penale con il tempo<sup>23</sup>. Questa dimensione rileva a tutti i livelli del sistema penale: si pensi al principio di legalità (freccia verso il futuro); alle teorie della pena (tra passato/retribuzione e futuro/prevenzione); al processo e ai suoi procedimenti che *esistono* nel tempo (oltreché nello spazio rituale) e al principio costituzionale della ragionevole durata; all’istituto controverso della prescrizione del reato e all’imprescrittibilità di alcuni tipi di reato; agli istituti clemenziali (amnistia, indulto, grazia) che governano passato, memoria, oblio e futuro; alla durata della pena.

<sup>19</sup> K. Pomian, *L’ordine del tempo*, Torino, Einaudi, 1992.

<sup>20</sup> M. Meccarelli, *I tempi ascrittivi tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in «Le Carte e la Storia», 2, 2018, pp. 18-25.

<sup>21</sup> Cfr., in particolare, P. Pombeni, *La transizione come problema storiografico. Una ricerca sulle fasi di sviluppo critico della “modernità”*, in «Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento», 36-37, 2010-2011/1, pp. 87-131; Id., *La transizione e le sue fasi. Riflessioni sui problemi aperti*, in P. Pombeni, H.-G. Haupt (a cura di), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 9-37; A. Thier, *Time, Law, and Legal History – Some Observations and Considerations*, in «Rechtsgeschichte – Legal History», 25, 2017, pp. 20-44; Ch. Cornelißen, L. Lacchè, L. Scuccimarra, B. Stråth, *Ripensare la transizione come categoria storiografica: uno sguardo interdisciplinare*, in «Ricerche di Storia Politica», 2018, 2, pp. 191-203; C. Paixão, M. Meccarelli (eds.), *Comparing transitions to democracy. Law and Justice in South America and Europe*, Chaim, Springer, 2021.

<sup>22</sup> Cfr. Koselleck, *Futuro passato*, cit.

<sup>23</sup> D. Pulitanò, *La giustizia penale e il tempo*, in «Sistema penale», 2, 2019, pp. 5-21.

### 3. *Storie del penale*

Lo scorrere del tempo è per il diritto e la giustizia penale un tema cruciale. Ettore Dezza, partendo da un caso trattato agli inizi del '500 dal *Parlement* di Bordeaux presieduto da un giurista di vaglia quale Nicolas Bohier, offre l'occasione per ricostruire i tratti generali dell'istituto della prescrizione penale nell'età del diritto comune, mostrando l'ampiezza e la profondità del dibattito. Nel caso richiamato, l'imputata – condannata a morte dalle istanze giudiziarie di primo e secondo grado – viene messa in libertà senza riserve dalla più elevata delle Corti di giustizia che riconobbe l'intervenuta prescrizione ventennale, mostrando come un istituto, certamente discusso, pur limitato nei suoi effetti concreti, non sia mai stato messo in discussione «nella sua essenza ovvero come principio generale di diritto, o forse sarebbe meglio dire come regola di civiltà giuridica» (Dezza).

I «cancelli del tempo» si sono aperti o chiusi nel corso della storia per fissare – come rileva Giacomo Pace Gravina – le partizioni dell'età minore, dal diritto romano al Codice Rocco. Le scansioni temporali che hanno determinato il rapporto tra età e responsabilità penale hanno avuto un ruolo simbolico, legato ai riti di passaggio, ma sono anche il frutto di costruzioni politico-sociali legate ad ambiti e fattori diversi. Il tempo può essere analizzato – come fa Emilia Musumeci – come l'intervallo tra la decisione di commettere un crimine e il momento dell'esecuzione. La premeditazione ha rappresentato un tema significativo nel confronto teorico tra i diversi indirizzi dottrinali della penalistica italiana tra Otto e Novecento. Se per la tradizione “classica” il crimine “a sangue freddo”, meditato e progettato nel tempo, misura la temperatura più elevata del dolo indotto dalle “passioni ragionatrici”, per i positivisti lo spostamento di attenzione verso la figura del delinquente porta a ritenere insufficiente, se non nociva, la «tradizionale visione della presunzione quasi automatica di una maggiore intensità del dolo (indice di un'azione più riprovevole) di un crimine meditato per molto tempo rispetto ad uno commesso istintivamente» (Musumeci).

Il tempo rileva nella storia del diritto penale anche come fattore di evoluzione del costume e dei comportamenti individuali e sociali. Floriana Colao ricostruisce il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alle discrasie tra la normativa di impianto autoritario antecedente e i nuovi principi e valori (artt. 21 e 33) introdotti dalla Carta costituzionale. La censura preventiva e il sequestro di film – alcuni dei quali hanno fatto la storia gloriosissima del cinema italiano – mostra chiaramente la portata del conflitto attorno alle «frontiere del pudore». Sino agli inizi degli anni '70 del Novecento il «reato cinematografico» suscitò una battaglia di civiltà condotta da alcuni giuristi e magistrati per oltrepassare le “frontiere” e addivenire ad una lettura “evo-

lutiva” e costituzionalmente orientata degli articoli del codice Rocco e delle misure “preventive” in nome del *favor libertatis*.

#### 4. *Stare nel tempo per cercare di “governarlo”*

«Dalla ricognizione degli istituti idealmente riconducibili al regno di Kronos e a quello di Kairos si percepisce la centralità del tempo nell’architettura penalistica. Si intuisce anche la costellazione di parole che ruota attorno al tempo: durata, lunghezza, ragionevolezza, termine, decadenza, calcolo, frazionamento, fine pena, riduzione, remissione in termini, solo per restare nella dimensione giuridico-funzionale. E poi ci sono le parole dell’interiorità: ricordare, dimenticare, decidere, ma anche attesa, memoria, oblio, verità» (Mannozi).

Le parole, i concetti, le figure mitologiche ci riportano verso il piano delle strutture profonde, del linguaggio e delle metafore di cui le società hanno avuto bisogno per “rappresentarsi” il tempo (Bettini). Ma il decorso del tempo nel penale arriva a condizionare non solo una grande varietà di istituti e di soluzioni tecnico-giuridiche. Prima di tutto, il tema ha a che fare con la determinazione del perimetro dello Stato di diritto (Pulitanò). Lo Stato deve quindi far buon uso del tempo. Se invece lo strumentalizza in una prospettiva assolutistica ciò andrà inevitabilmente ad incidere sulle istanze garantistiche orientate a contenere il potere punitivo (Bartoli).

Lo Stato costituzionale ha bisogno di un tempo *mite*, capace cioè di accordare le ragioni contrapposte del punire e del regolare/limitare l’azione punitiva. *Kronos* incombe sulla giustizia penale e come nel mito può divorare i suoi “figli”, l’imputato, il condannato, la vittima. «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 è divorare i figli» (Bartoli). Il “regno” di *Kronos* (il tempo sequenziale) deve essere “temperato” dal “regno” di *Kairos* (il tempo opportuno) (Mannozi). A seconda dei casi il tempo è lineare (principio di legalità), bidirezionale (irretroattività della legge penale e retroattività della *lex mitior*), ragionevole nella durata del processo<sup>24</sup>, sospensivo (giudizio e prognosi nelle misure sospensive e di *probation*), dilatato

<sup>24</sup> «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» (Pulitanò).

nelle misure di sicurezza, mensurativo quando commina la pena, conclusivo quando la ricerca della verità deve cedere al tempo dell'oblio e quindi al perdono e al condono per fini di pacificazione, specie nei momenti di transizione, o per scopi meramente deflattivi, o quando il decorso del tempo abbia allontanato, in alcuni casi, le ragioni della pretesa di perennità punitiva. Proprio l'*ambiguità* dell'istituto della prescrizione mostra la costante ambivalenza e le conseguenti tensioni determinate dal fattore tempo nel governo del sistema penale<sup>25</sup>. Ogni ingranaggio dell'orologio penalistico deve essere ben oliato e monitorato. Ogni scelta è controversa perché i granelli del tempo nella clessidra penale non scendono mai invano, determinando sempre delle conseguenze che rischiano di appesantire uno dei due piatti della bilancia.

Pensiamo al tema della giustizia riparativa «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» (Pulitanò). Pur non potendo assurgere a un paradigma generale delle risposte al reato (Pulitanò), essa apre ulteriori prospettive e deve essere curata come una pianta fragile ma quanto mai preziosa. «La giustizia riparativa abita il mondo di Kairos e mal tollera le rigidità di Kronos. La riparazione materiale (tipicamente il risarcimento del danno) può essere ingiunta, determinata dal giudice, rateizzata; quella simbolica, rivolta alla dignità della persona offesa, non è mai generata da una pronuncia autoritativa. Si costruisce nel tempo e con il dialogo, gli strumenti tipici della giustizia riparativa» (Mannozi)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> «La dottrina penalistica ha ravvisato nel problema prescrizione una specie di cartina di tornasole per le teorie della pena, 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» (Pulitanò). Cfr. anche Id., *Il nodo della prescrizione*, in «Diritto penale contemporaneo», 1, 2015, pp. 21-22: «In quanto espressione di un'idea di giustizia consapevole dei suoi limiti, senza pretese di assolutezza, l'idea del tempo dell'oblio ha un solido fondamento nell'orizzonte costituzionale della pena. Non addita soluzioni precise, ma pone un problema serio, ed orienta verso un certo tipo di soluzioni. Chiede al legislatore valutazioni di giustizia e di politica del diritto, relative a ciò che possa venire in rilievo come tempo dell'oblio, *avendo riguardo al complessivo lasso di tempo fra la commissione del reato e la statuizione sul reato*. E tuttavia, in quanto rinuncia alla 'normale' risposta prevista dalla legge per il reato, la prescrizione penale è un istituto *assiologicamente ambiguo*: presenta, da un lato, un volto che può essere di giustizia (valutazione d'inopportunità o ingiustizia del perseguire e punire, oggi, un fatto troppo remoto nel tempo) ma è in ogni caso una presa d'atto di una obiettiva *defaillance* del sistema (quel fatto avrebbe dovuto essere punito ieri). Come suggerisce la stessa etichetta di 'causa estintiva', la prescrizione è (metaforicamente) un estintore, che, non diversamente dagli estintori previsti da un sistema di protezione dall'incendio, è necessario collocare a presidio di determinate situazioni, ma che il buon funzionamento del sistema dovrebbe mantenere inattivo. Viste nella loro veste formale di dichiarazioni di estinzione del reato, le declaratorie di prescrizione, molto numerose nell'esperienza italiana, si presentano come una sconfitta del *law enforcement*: impunità di reati commessi, immeritatamente guadagnata (o astutamente conquistata) per obiettivo decorso del tempo».

<sup>26</sup> «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 rigenerante. Nella giusti-

Le molteplici categorie del tempo che abitano lo spazio del penale e della giustizia sono ingranaggi indispensabili ma al tempo stesso perturbanti e proprio per questo pongono il tema del limite e dell'equilibrio, rinnovandone la vocazione costituzionale. Se dunque la giustizia penale è una *forma di governo del tempo* – che può trasformarsi in *misura/moderazione/garanzia* o, viceversa, in *eccesso/punitivismo/assolutezza* – la detemporalizzazione, il presentismo e le straordinarie accelerazioni tecnologiche sembrano delineare scenari di cui è ancora difficile cogliere appieno gli esiti. La *giustizia digitale*<sup>27</sup> è ormai il sintagma che definisce e contiene una pluralità di fenomeni capaci di incidere sul diritto come “sistema di senso”. La rivoluzione antropologica del digitale sta penetrando – tramite l'ingegnerizzazione, il *coding*, il pensiero computazionale e gli algoritmi – nel mondo della giustizia. La *giustizia predittiva* opera già in diverse realtà e in particolare negli Stati Uniti. La probabilità statistica applicata alla libertà su cauzione o alla recidiva potenzia l'approccio “tradizionale” al diritto penale d'autore e rischia, almeno nel caso americano, di correlare in maniera meccanica il passato al futuro finendo per scaricare sull'imputato pregiudizi legati, per esempio, alla mera appartenenza razziale. Il processo di despaializzazione<sup>28</sup> (delle regole, della procedura e del giudizio) va ad incidere sulla temporalizzazione della giustizia (ordine nel tempo, successione di fasi, pluralizzazione degli attori) e quindi sulla sua radicata struttura simbolica.

*Stare nel tempo* significa alla fine *stare nella storia*, nella concretezza delle relazioni tra gli individui e nelle società. Significa fare i conti con il «grande giudice»<sup>29</sup>. Questo *esistenzialismo penale* è il risultato del lungo cammino per la “civilizzazione” del punire. La giustizia penale deve continuare a istituire e ordinare il *proprio tempo*. Rifletterci sopra è, come sempre, un primo passo importante.

zia riparativa occorre tempo, occorre dare tempo, ognuno si prende il suo tempo. Nessuno può prede-terminare 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.» (Bartoli).

<sup>27</sup> V. soprattutto A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, il Mulino, 2021. Nell'ambito di una letteratura ormai vastissima cfr. E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, Cedam, 2020.

<sup>28</sup> A. Garapon, *La despaializzazione della giustizia*, Milano, Mimesis, 2021.

<sup>29</sup> Si veda R. Ferrari Zumbini, *Il grande giudice. Il Tempo e il destino dell'Occidente*, Roma, Luiss University Press, 2021.

Passaggi



Maurizio Bettini

*Quia res incorporalis est.*

Appunti sulle rappresentazioni del tempo<sup>1</sup>

Il Tempo esiste, non c'è dubbio: eppure non si vede. Sull'onda del suo stoicismo, Seneca lo definì una volta *incorporalis*<sup>2</sup>: «il tempo li inganna, perché è una cosa priva di corpo, che non cade sotto la vista». Il tempo è incorporale, d'accordo, ma dire questo è ancora poco. Bisogna pure rassegnarsi ad ammettere che Lui, per noi, è soltanto un groviglio di tracce. Quel poco (o quel molto) che da sempre fa correre cacciatori solitari lungo i solchi delle sue piste. E anche Seneca fu fra questi. Ma sono poi, davvero, "piste"? esiste davvero un Invisibile in fuga che "segna" di sé tutto quel che sfiora? Le sue spie più conclamate e chiare (il sole, la luna, le stagioni) non fanno altro che tornare regolarmente uguali: e dunque loro, del Tempo, ne sono fuori. Quanto alla folla dei suoi segni più tragici e minuti, come i cambiamenti, o la morte, è pur possibile che siano falsi messaggi, segnali senza emittente. Che non ci sia nessuno là in fondo (o là dietro) a schiacciare i tasti. Che siano loro stessi, il Tempo, magari con la -t- minuscola: e tutto finisca lì.

In definitiva se del Tempo si vuole parlare (e sa dio quanto ce n'è bisogno, ogni giorno che passa!) se di questo insieme di passione e di cultura che chiamiamo "il Tempo" si vuol fare un oggetto di discorso occorre rappresentarlo in qualche modo. Nell'immaginazione linguistica e culturale il tempo si fa spazio. Ovvero per rappresentarlo si utilizza la "metafora culturale" dello spazio, intendendo "metafora" nel senso di costruzione della realtà attraverso una sua particolare rappresentazione (non semplice abbellimento retorico). Come quando, ad esempio, si identifica la "tradizione" (concetto astratto) con le "radici" (immagine concreta) di una comunità, costruendo così la tra-

<sup>1</sup> Questo testo riprende gli appunti che ho utilizzato per la mia esposizione a Sirolo durante l'incontro del 2022. Di essi hanno in parte mantenuto il tono informale e colloquiale.

<sup>2</sup> *De brevitate vitae* 8, 1: «[tempus] fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit».

dizione culturale nella solida forma di un albero o di una pianta. Attraverso la spazializzazione metaforica del tempo le sue implicazioni, i suoi effetti, si ordinano, sono “vicini” “lontani”, “avanti” “dietro”, “sopra” “sotto”... I suoi disastri o i suoi doni si mettono a scivolare lungo un asse che li spinge verso di noi, oppure attendono a piè fermo il nostro passaggio come tante pietre miliari sulla via principale dell’esistenza. Il tempo assume così una topografia. Ma è il linguaggio che gliela dà. È lui, per primo, che «ha dato luogo al tempo». E forse non è solo un gioco di parole.

Cominciamo col vedere i principali termini tramite cui, in latino, viene designato il tempo<sup>3</sup>. Approfondirli dal punto di vista storico-linguistico potrà restituirci alcune delle principali rappresentazioni culturali di questa fondamentale dimensione della esperienza umana.

*Tempus*: questa parola designa il tempo considerato soprattutto come frazione della durata, diverso da *aevum/laetas* che indicano piuttosto una continuità e di cui ci occuperemo fra un momento. Per questo si possono usare espressioni come *anni tempora* o *tempus diei*, “le fasi del tempo” o “il tempo di un giorno”, che definiscono sempre “porzioni” di tempo. Così come si usa il nesso *primum tempus* “il primo tempo” da cui il francese «*Printemps*», ossia primavera. Allo stesso modo, con *tempus* si può indicare anche il momento favorevole – dunque uno spazio ristretto di tempo – e con *tempora* le circostanze in cui si svolge una certa azione. Con *temperi* infine si indica poi un evento che si verifica “al momento opportuno”.

Probabilmente *tempus* si riconnette a un termine indoeuropeo \**temp-* che indicava “misura” “tratto di”, “spazio definito”, da cui forse anche *temp-lum*, “spazio consacrato”. Lo si direbbe bene in inglese, “*stretch of time*”, “*stretch of space*”. Come si vede, nella parola *tempus* si affaccia già quella metaforizzazione spaziale del tempo – *tempus* = “porzione di tempo” “*stretch of time*” – di cui parlavamo sopra. La spazializzazione del tempo, però, la cogliamo in tutta la sua pienezza nella rappresentazione dei rapporti di anteriorità e posteriorità.

Conoscete certamente la coppia di preposizioni latine *ante/post*, propriamente “davanti” e “dietro”. Esse però si usano anche come preposizioni o avverbi temporali.

Nel modello temporale, le due particelle continuano ad opporsi, e *ante* «davanti» indica ciò che è avvenuto prima, mentre *post* «dietro» indica quello che è avvenuto dopo. È chiaro che la nozione di “anteriorità”, il venir prima, è espressa tramite quella di “davanti” (*ante*), la “posteriorità” il venir dopo, è espressa invece tramite il “dietro” (*post*). Dati due eventi A e B, se

<sup>3</sup> Testo di riferimento: A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 1932.

A (come si diceva sopra) viene prima di B, esso sarà definito “davanti” a B; correlativamente B, che viene dopo A, sarà definito “dietro” ad A. *Ante urbem conditam / post urbem conditam*, davanti alla città fondata (= prima) / dietro la città fondata (= dopo). La cosa peggiore, per affrontare lo studio di questo tipo di relazioni, sarebbe trovare tutto ciò ovvio. Cerchiamo intanto di raccogliere e analizzare alcune delle principali espressioni linguistiche che ci testimoniano (per il latino) l’associazione “prima”~”davanti”.

Consideriamo l’aggettivo *antiquus* «antico». Si tratta chiaramente di un derivato da *ante* «davanti». Ciò che è “antico”, “vecchio” ecc. è dunque qualcosa che sta “davanti”. Per quanto riguarda *post*, e il suo derivato, la differenziazione spaziale/temporale è stata operata altrimenti: *posticus* (correlativo di *anticus*) ricopre l’asse spaziale, mentre l’asse temporale è espresso da *posterus* (con una terminazione di “posizione nello spazio” analoga a quella di *superus* e *inferus*). I posteri sono quelli che vengono “dietro”.

Ora, se nel modello anteriorità/posteriorità al “prima” viene associato il “davanti” e al “poi” il “dietro”, nel modello passato/futuro – quello in cui il soggetto si pone al centro del tempo, ossia parla del tempo rispetto a se stesso, si riferisce al suo proprio tempo – la localizzazione si inverte: al “passato” viene associato il “dietro”, il prima non sta più *ante*, davanti a me, ma *post*, dietro, dietro le mie spalle; e il futuro, ciò che avverrà dopo, non sta più dietro, ma io lo sento *davanti* a me. In altre parole, nel modello passato/futuro la relazione “prima”/”poi” riceve una localizzazione spaziale rovesciata rispetto a quella che essa riceve nel modello anteriorità/posteriorità:

anteriorità / posteriorità = “prima” – *davanti* (ante) / “poi” – *dietro* (post).  
passato / futuro = “prima” – *dietro* / “poi” – *davanti*,

Vediamo anzi qualche esempio di localizzazione passato/futuro.

Come dice Lucrezio<sup>4</sup>: *nam cum respicias immensi temporis omne / praeteritum spatium*, «infatti quando ti volti a guardare tutto lo spazio passato dell’immenso tempo»; ovvero Cicerone<sup>5</sup>: *quoad longissime potest mens mea respicere spatium praeteriti temporis*, «fin al punto più lontano in cui la mia mente può voltarsi a guardare lo spazio del tempo passato». L’uso del verbo *respicere* “voltarsi a guardare” non lascia dubbi: per osservare il proprio passato, bisogna voltarsi «indietro».

Dunque, possiamo essere certi che il passato è collocato “dietro” il soggetto. Questo presuppone, naturalmente, che il futuro sia invece collocato davanti ad esso: così come è anche nella nostra esperienza (linguistica e culturale) contemporanea. Ed ecco infatti che in latino pensare al futuro, occuparsene,

<sup>4</sup> Lucrezio, *De rerum natura*, 3, v. 854.

<sup>5</sup> Cicerone, *Pro Archia* 1.

si dice *pro-spicere*, *pro-videre*, ossia usando dei composti con la preposizione *pro-* che significa proprio “in avanti”: dunque guardare “in avanti”.

E osservate questa frase di Seneca<sup>6</sup>: *in hoc enim fallimur, quod mortem prospicimus: [...] quidquid aetate retro est, mors tenet*. «in questo ci sbagliamo, nel fatto che ‘guardiamo in avanti’ (*prospicimus*) la morte, mentre la morte possiede tutto quanto sta dietro (*retro*) di noi». Evidentemente, nella rappresentazione usuale la morte è collocata davanti al soggetto (*pro-spicimus*): in effetti, esso è l’evento “futuro” per eccellenza. Correlativamente, il passato è collocato *retro* rispetto al soggetto (come ormai sappiamo).

Questo gioco di rappresentazioni spaziali di anteriorità / posteriorità e passato / futuro, alternativamente davanti e dietro, può dar luogo a “Witz” particolarmente divertenti. Come questo, che circolava già ai tempi di Sigmund Freud: «Il tal dei tali ha un grande futuro dietro le spalle».

Perché questa inversione nella rappresentazione spaziale (metaforica) del tempo? Perché, nel passaggio da anteriorità / posteriorità a passato / futuro il davanti passa dietro e viceversa? Bisogna tener conto dei significati e valori gerarchici che, all’interno della cultura, caratterizzano le diverse posizioni spaziali e soprattutto i loro rapporti. Fra davanti e dietro c’è una gerarchia di valori, il davanti / prima fa sempre aggio sul dietro / poi. Ciò che sta davanti è sempre più importante di ciò che sta dietro: vedi il comune desiderio di “mettersi in prima fila” “al primo posto” o in latino il fatto che la preposizione *prae-* “prima” serve a formare tutti i nomi che designano le cariche più importanti della *res publica*: *prae-tor*, *prae-sul*, *prae-fectus* e così via. Ora, dato che nella dimensione temporale ciò che è avvenuto prima costituisce sempre la causa, il presupposto, di ciò che è avvenuto poi, ovverosia costituisce il corno più importante del binomio, a questa dimensione tocca il davanti (e al dopo, alla conseguenza, tocca il dietro). Al contrario, nella rappresentazione di passato / futuro, in cui il soggetto è coinvolto direttamente, il termine più importante è il futuro, l’avvenire, la vita ancora da vivere e sperimentare: per cui stavolta è a questa dimensione che tocca il davanti mentre il passato – che appunto è già passato, come si dice, è avvenuto, non c’è più – tocca il dietro, ossia la posizione meno rilevante<sup>7</sup>.

Vediamo adesso una nuova dimensione di questa spazializzazione del tempo. Nella rappresentazione del passare o trascorrere del tempo vi sono infatti due possibili modelli: io sono in movimento e vado incontro al mio avvenire (che ho comunque “davanti” a me); oppure il mio avvenire viene incontro a me e io sto fermo (e man mano l’avvenire passa “dietro” di me).

<sup>6</sup> Seneca, *Epistulae ad Lucilium* 1, pp. 1-3.

<sup>7</sup> Una discussione più ampia e approfondita di questi temi in M. Bettini, *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo e immagini dell’anima*, Roma, Carocci, 2019.

Questo fondamentale asse antropologico influisce anche sui rapporti fra il tempo e il “racconto”, fra il “testo” e il tempo. Una volta Thomas Mann, nella sua *Montagna magica* in un capitolo che si intitola (VI) *La passeggiata in riva al mare*, collocato subito dopo la morte dell’amico di Hans Castorp, Joachim, fa una riflessione molto bella a questo proposito:

«È possibile narrare il tempo, il tempo stesso, come tale, in sé e per sé? No davvero, sarebbe un’impresa pazzesca! Un racconto che dicesse: “Il tempo passò, trascorse, il tempo fluiva” e sempre così via, ... nessuno che abbia la testa a posto lo potrebbe chiamare racconto. Sarebbe come se un dissennato tenesse per un’ora una stessa nota o un accordo e... spacciasse questa roba per musica. La narrazione infatti somiglia alla musica in quanto “riempie” il tempo, lo “riempie decorosamente”, lo “suddivide” e fa sì che “contenga e significhi” qualcosa [...] Il tempo è “l’elemento” del racconto, come è l’elemento della vita ad essa indissolubilmente legato, come ai corpi nello spazio. È anche l’elemento della musica, come quella che misura e articola il tempo, e lo rende dilettevole e prezioso: affine in ciò, ripetiamo, alla narrazione, la quale a sua volta ... si presenta soltanto come successione, come uno svolgimento, e anche quando volesse tentare di essere presente tutta intera in ogni istante, per mostrarsi ha bisogno del tempo.

Che sia così è evidente. Ma altrettanto palese è anche una differenza. L’elemento temporale della musica è uno solo: un settore dell’umano tempo terreno, nel quale essa si riversa per nobilitarlo in modo ineffabile ed elevarlo. Il racconto invece ha due specie di tempo: anzitutto il proprio, il tempo musico-reale che ne condiziona lo svolgimento, l’apparizione, e in secondo luogo quello del suo contenuto che è prospettico, e in misura così diversa che il tempo immaginario del racconto può quasi, o anche del tutto coincidere col suo tempo musicale, ma può anche allontanarsene a distanze astronomiche. Un pezzo di musica intitolato *Valzer di cinque minuti* dura cinque minuti; in questo e in nient’altro consiste il suo rapporto col tempo. Un racconto invece, il cui contenuto abbracciasse un periodo di cinque minuti, potrebbe durare mille volte tanto in virtù d’una straordinaria coscienziosità nell’empire questi cinque minuti... ed essere anche molto dilettevole, benché in relazione al suo tempo immaginario sarebbe molto noioso».

A parte queste suggestive e profonde considerazioni di Thomas Mann, possiamo osservare che il rapporto che si pone fra testo e tempo – dal punto di vista della rappresentazione di passato / futuro – può dar vita a due modelli letterari diversi e complementari: da un lato quello rappresentato già dell’*Odissea*, o dalla prima parte dell’*Eneide*, quella che contiene i viaggi di Enea, due archetipi del romanzo di viaggio, in cui si va incontro all’avvenire (collocato sempre davanti), come una meta da raggiungere; dall’altro quello rappresentato invece già dall’*Iliade*, che narra gli eventi accaduti nei cinquantuno giorni del decimo e ultimo anno di guerra, sempre nel medesimo teatro, la piana di Troia, o dentro la città: qui è piuttosto il tempo che viene incontro ai soggetti dell’azione epica, sempre impegnati in comportamenti ripetitivi (duelli, battaglie, assemblee etc.). Più chiaro ancora, in questa prospettiva, è però il romanzo di Ivan Aleksandrovič Gončarov, *Oblomov*, 1859: centrato sulla figura di un personaggio che sta sempre a letto, o nella sua cameretta, e lascia che le cose accadano: è chiaramente il tempo che viene incontro a lui,

Oblomov è l'anti-Odisseo per eccellenza. Un po' come nei versi di una celebre canzone di Fabrizio de André, *La guerra di Piero*, in cui la voce narrante dice al soldatino Piero: «fermati Piero, fermati adesso, lascia che il tempo ti passi un po' addosso ...». Piero non deve andare incontro al suo avvenire, attivamente, ma deve fermarsi: che sia l'avvenire a farsi incontro a lui. Non c'è fretta di raggiungere la meta, perché in realtà si tratta della morte.

Vediamo adesso un altro termine importante tramite cui in latino si designa il tempo: *Aevum*. I significati di questa parola sono 1. Durata della vita, generazione 2 eternità. Da questo secondo significato deriva *ae(vi)ternus*, cioè *aeternus*. Questa espressione attribuisce una concezione *animata* alla durata del tempo. *Aevum* infatti corrisponde al greco αἰών, forza vitale e durata nello stesso tempo: forza vitale perché spesso αἰών è associato a ψυχή, soffio vitale; e soprattutto questa stessa parola può indicare anche il midollo spinale, che nella fisiologia degli antichi era la sede della vitalità, della capacità riproduttiva di una persona. Un'altra corrispondenza interessante è quella col vedico *ayuh*, genio della forza vitale. Si tratta insomma di un termine che presenta molti paralleli indoeuropei interessanti, e che orientano in una direzione precisa. *Aevum* ci offre una rappresentazione arcaica del tempo, che lo considera = vita vissuta, tempo esistenziale, con un sottofondo biologico e forse religioso.

Da *aevum* derivano poi *aetas* (*ae(vi)tas*): durata della vita, vita da vivere, poi anche epoca, tempo e così via.

Infine, un ultimo termine, *saeculum*: in questo caso ad essere in gioco è il tempo che corrisponde a una generazione di umani, come il greco γενεά o φῶλον, gruppo umano che condivide lo stesso spazio di esistenza. Infine, come sappiamo, *saeculum* viene a indicare cento anni, considerato il massimo della durata per una generazione umana.

Vediamo adesso alcuni aspetti più generali nella rappresentazione del tempo, in primo luogo quella offerta dal linguaggio e dai rapporti sintattici che in esso si articolano<sup>8</sup>. Punto fondamentale della questione: non possiamo pensare le relazioni di tempo fuori dal linguaggio, sono le strutture di questo strumento comunicativo per eccellenza, nell'esperienza umana, che formano la "base" del tempo. È chiaro che adesso parleremo di "tempi" e non più di tempo, intendendo con questa espressione i tempi sintattico-grammaticali che fanno da impalcatura all'espressione linguistica.

Prima di tutto occorre mettere in evidenza la centralità del tempo presente nella determinazione linguistica del tempo. È il presente che fa da perno a tutto, passato e futuro. Distinzione importante: non si parla del tempo in cui si è, ma del tempo in cui si parla, è questo il nostro "presente". Tant'è vero che

<sup>8</sup> G. Manetti, *L'enunciazione. Dalla svolta comunicativa ai nuovi media*, Milano, Mondadori, 2006, pp. 34 ss.

il “presente” si sposta in avanti man mano che il discorso procede, tuttavia rimanendo sempre “presente”. Si tratta del tempo coestensivo alla situazione di enunciazione. Potrebbe essere definito anche tempo sui-referenziale, in quanto assunzione, da parte del parlante, dell’enunciazione stessa come attuale. Tutto il sistema temporale fa perno sul presente dell’enunciazione, che serve a situare gli avvenimenti nel passato o nel futuro. Senza fare perno sul presente, non sarebbe possibile dare alcun ordine al tempo.

Inoltre, c’è un altro aspetto interessante del tempo linguistico. Molte lingue hanno più forme per il passato, anche l’italiano, che ne ha tre, perché qui si situa l’esperienza umana: e dunque c’è bisogno di articolarla, di metterla in prospettiva, di gerarchizzarla. Al contrario, molte lingue non hanno forme per esprimere il futuro, che spesso è sostituito da un congiuntivo o una perifrastica (come in latino). Del resto, anche in italiano le forme “avrò”, “farò” non sono veri tempi verbali autonomi, ma il risultato di perifrastiche, “avere ho” “ho da avere”; fare ho” “ho da fare”. Perché il futuro non è esperienza, ma solo previsione, immaginazione. Come tale non può disporre di una sua precisa collocazione nel tempo. È troppo aleatorio!

Oltre il tempo linguistico, che costituisce l’impalcatura della nostra esperienza temporale, possiamo poi presupporre l’esistenza di un tempo che possiamo definire fisico. È il tempo degli organismi, che mutano nel tempo, quello degli astri che si muovono, e così via. Nella nostra percezione questo tempo risulta segmentabile a piacere, è il tempo che si vive, la cui esperienza varia a seconda delle singole circostanze e dei singoli individui (può risultare lungo o corto, e dipendere dalle condizioni in cui ci si trova a vivere). In realtà il tempo fisico scorre in maniera lineare e irreversibile. Quello che scorre invisibile ma implacabile dietro tutte le nostre rappresentazioni.

Infine, ecco il tempo che possiamo definire cronico. È il tempo socializzato, condiviso fra i vari membri di una comunità, che si trovano d’accordo nel misurare il tempo tutti nella stessa maniera. È il tempo degli orologi, dei calendari. Per quanto riguarda i calendari, si possono contare tre dimensioni fondamentali nella loro organizzazione del tempo: quella stativa, il momento da cui il tempo si misura (nascita di Cristo, fondazione di Roma); quella direttiva, ossia gli avvenimenti successivi o precedenti al punto assiale stabilito dalla condizione stativa; infine la condizione mensurativa, tramite cui si misura il tempo a partire dal momento assiale, si organizza in giorni, mesi, anni etc. Forse è questa la dimensione del tempo – quella mensurativa – che interessa di più ai penalisti? il tempo della pena, quando il giudizio di una corte si trasforma in una misura di tempo da scontare in prigione. E occorre trovare una articolazione fra natura e gravità del reato da un lato, quantità di tempo penale dall’altro. Il tempo cronico costituisce una organizzazione puramente *sociale* del tempo, e come tale paradossalmente intemporale: perché comporta

denominazioni del tempo che non hanno nulla in comune con la sua natura. Il tempo fisico scorre, il calendario o l'orologio invece si ripetono, e rimangono ogni volta identici a se stessi. Paradossalmente, il tempo cronico è estraneo al tempo, fuori dal tempo, perché pretende di far ricominciare ogni volta il tempo da capo. Magnifica illusione sociale, che permette di vivere in modo organizzato e – anche – di sperare.

Questa differenza fra tempo fisico e tempo cronico dà senso a un fenomeno comune a molte culture: le feste di fine d'anno, in tutte le loro varie forme. Infatti, mentre il tempo fisico continua a scorrere imperturbato, nel suo movimento lineare e irreversibile, il tempo cronico, quello dei calendari, in questo periodo si interrompe: per poi subito ricominciare da capo con l'inizio del nuovo anno. L'invenzione del calendario, ossia la griglia di mesi e giorni che si ripetono ogni anno con la stessa cadenza, costituisce una finzione culturale meravigliosa, perché non solo permette di dare un'organizzazione condivisa alla nostra vita collettiva; ma suggerisce l'illusione che il tempo non sia in perenne fuga, come invece purtroppo è, ma che ogni volta possa ricominciare da capo, identico, allo scadere di una data fissa. È inevitabile, però, che il periodo in cui il tempo "di prima" si interrompe per lasciare il passo al tempo "di dopo", sia percepito come un momento di passaggio, dal carattere eccezionale, che chiede di essere celebrato. Ed è appunto qui, all'interno di questa frattura fra calendari, fra tempo vecchio e tempo nuovo, che si collocano le nostre feste di Natale e fine d'anno; così come nello stesso periodo si festeggiavano a Roma i Saturnalia in concomitanza con un'altra importantissima celebrazione romana: i Saturnalia.

Questa festa si teneva in onore del dio Saturno e coinvolgeva tutti gli abitanti della Città. Sotto il segno del vecchio dio tornava in qualche modo a rivivere un mito, quello dell'età dell'oro, di cui Saturno era stato appunto il signore. Si era trattato di un periodo felice per l'umanità, quando non c'era bisogno di lavorare la terra per goderne i frutti e tutti vivevano in un regime di pace e giustizia. Sul modello di questa età felice, i Saturnalia erano caratterizzati dalla cancellazione rituale dello scarto che sussisteva fra liberi e schiavi. In quei giorni, infatti, i liberi abbandonavano la toga, ossia l'abito che distingueva il cittadino romano dai non cittadini, per indossare altre vesti; e mettevano sulla testa il copricapo tipico dei liberti, ossia gli schiavi liberati. Si chiamava *pilleus*, ed era considerato il "berretto della libertà". La festa poteva addirittura prevedere un rovesciamento dei ruoli fra liberi e schiavi. I padroni servivano cibo ai propri schiavi e si permetteva addirittura che i servi facessero il verso ai patrizi, prendendoli in giro. Era la "libertà di dicembre" come veniva chiamata, e anzi Orazio, in una delle sue Satire, raccontò della volta in cui il proprio schiavo, Davo, gli aveva fatto una lunga predica sui suoi vizi, approfittando appunto di questa libertà. In quei giorni, insomma, i servi godevano di un trattamento speciale, molto migliore del solito, per-

ché i cittadini diventavano più liberali e tolleranti nei confronti degli schiavi. Questa situazione non ricorda un po' il comportamento di Ebenezer Scrooge, nel *Canto di Natale* di Charles Dickens? Il vecchio avaro che proprio a fine dicembre si scopre più generoso nei confronti dei poveri di Londra. Del resto, la nostra tradizione vorrebbe che a Natale tutti si sentissero "più buoni" – che poi questo accada davvero, naturalmente, è un altro discorso. Dunque, anche a Roma alla fine dell'anno i ricchi e i privilegiati erano animati da una miglior disposizione d'animo verso i più sfortunati, come il vecchio e terribile Scrooge. Ed eccoci tornati ai Sigillaria, la festa delle statuine.

Queste "piccole immagini", i *sigilla*, erano dedicate al dio Saturno ed erano poste in vendita nel mercato annuale che si teneva per la circostanza. Un antico grammatico ce lo descrive, sia pure in maniera disgraziatamente un po' troppo succinta. Al momento dei Sigillaria, ci spiega, i mercanti aprivano delle tende di lino nei porticati, un tempo in quello di Agrippa, in seguito in quello delle Terme di Traiano. Non c'è che dire, questi mercatini dei Sigillaria, con i loro teloni messi su alla fine di dicembre e in cui si vendevano statuine di terracotta, come quella che Seneca regalava al piccolo Felicione, somigliano molto ai nostri mercatini di Natale. Nei quali, almeno in certe regioni d'Italia, dove ancora si pratica la tradizione del presepio, si vendono proprio statuine da collocare intorno alla grotta o nella capannuccia. Le botteghe di San Gregorio Armeno, a Napoli, con la loro meravigliosa offerta di sacre famiglie, pastori o personaggi bizzarri, sembrano dunque trovare in Roma antica un precedente abbastanza inatteso. Presso questi tendoni, aperti dai mercanti nei porticati, si potevano poi acquistare anche altri oggetti oltre alle statuine. Sappiamo ad esempio di libri o vassoi, destinati a essere donati a persone amiche alla stessa stregua dei *sigilla*. Anche nella Roma antica, infatti, il periodo di fine dicembre era caratterizzato dallo scambio dei doni, proprio come avviene in occasione del nostro Natale. Naturalmente in queste occasioni non si trattava semplicemente di esternare generosità o bontà. In qualsiasi società, infatti, la pratica del dono è inserita in realtà in un complesso sistema di relazioni sociali, che possono talora dar vita a vere e proprie forme di obbligazione. Obbligo di donare, obbligo non solo di ricevere, ma soprattutto di ricambiare. Come peraltro avviene in occasione del nostro Natale, quando ci tormentiamo al pensiero che il dono verso una persona non costituisca un contraccambio adeguato a quello da noi ricevuto in occasione del Natale precedente; ovvero ci preoccupiamo che l'oggetto scelto sia in grado di dimostrare la nostra gratitudine per un favore, o un servizio, che ci è stato reso, come la classica cassetta di vini inviata al dottore. A proposito di doni obbligati, ci viene anzi detto che, in occasione dei Sigillaria, i ricchi romani avevano preso l'abitudine di esigere dai loro clienti doni così costosi che un tribuno, Publicio, intervenne direttamente con un provvedimento che limitava questa pratica ai soli *cerei*, le candele tipiche della festa. Che anche il potere legislativo si fosse interessato ai

Sigillaria mette ulteriormente in evidenza l'importanza di cui a Roma godeva questa festa. Inutile dire però che si resta colpiti anche dal ruolo centrale occupato in essa dai *cerei*, le candele, ritenute essenziali per la celebrazione dei Sigillaria, e che dobbiamo immaginare destinate a illuminare le vie e le case della città: luci di fine dicembre che (ancora una volta) tanto ricordano i costumi caratteristici del nostro Natale, con i suoi festoni di lampadine. La cosa forse più interessante, però, è che le "statuine" dei Sigillaria venivano donate in particolare ai bambini. Le si donava addirittura ai più piccoli, «quelli che non camminano ancora», come giocattoli. Ora, se c'è una cosa che caratterizza il nostro Natale, è proprio l'attenzione dedicata ai bambini. È a loro che, prima d'ogni altro, sono destinati i regali che si fanno in famiglia, sono loro i piccoli eroi delle feste natalizie. Lo si vede perfino dalle pubblicità che passano in televisione: se sulla scena c'è un albero di Natale, o qualche altro addobbo tipico di queste feste, si può star certi che prima o poi comparirà anche un bambino. Del resto, nel Natale cristiano il personaggio principale non è forse un bimbo adagiato in una mangiatoia? Un bambino divino, la cui nascita è salutata da un coro di angeli e che, per coloro che credono, è addirittura destinato a salvare il mondo.

Luca Scuccimarra

Semantiche della temporalità e conoscenza storica: il contributo della  
*Begriffsgeschichte*

### 1. Concetti e tempo

Obiettivo del mio intervento è contribuire alla riflessione interdisciplinare sul tempo che costituisce il filo conduttore di questo numero dei «Quaderni di storia del penale e della giustizia», mettendo in campo alcuni generali elementi di approfondimento riflessivo emersi nello sviluppo del dibattito storiografico contemporaneo. Il percorso che propongo muove da quella che considero una delle più interessanti e ambiziose proposte metodologiche impostesi a livello internazionale nel corso degli ultimi decenni, la *Begriffsgeschichte* (*Storia dei concetti* o *storia concettuale*) nella versione messa a punto dallo storico tedesco Reinhart Koselleck e dal gruppo di lavoro da lui coordinato nel corso di una sperimentazione più che trentennale. Si tratta, come è noto, di una delle più note varianti di quel processo di complessivo riorientamento della cornice epistemica della storiografia contemporanea comunemente approssimato attraverso la denominazione di *linguistic turn*<sup>1</sup>: anche in questo caso ci troviamo di fronte, infatti, ad una prospettiva metodologica che sposta decisamente il baricentro dell'indagine storica sul piano dell'analisi del «linguaggio», assunto come una «istanza ultima metodologicamente irriducibile, senza la quale non si può avere alcuna esperienza né alcuna scienza del mondo o della società»<sup>2</sup>. Nel caso di Koselleck e dei suoi collaboratori, ciò non significa mai, però, mettere in questione la rilevanza assunta nel contesto della conoscenza

<sup>1</sup> Georg G. Iggers, *Zur "Linguistischen Wende" im Geschichtsdnken und in der Geschichtsschreibung*, in «Geschichte und Gesellschaft», Vol. 21/4, 1995, pp. 557-570; Gabrielle M. Spiegel (Ed.), *Practicing History. New Directions in Historical Writing after the Linguistic Turn*, New York/London, Routledge, 2005.

<sup>2</sup> Reinhart Koselleck, *Stichwort: Begriffsgeschichte* (2002), in Idem, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 2006, p. 99.

storica da elementi «pre-linguistici» o «a-linguistici» di costituzione del senso. Al contrario, qui il linguaggio è sempre assunto, contemporaneamente, come l'«indicatore» di una «"realtà" preesistente (*vorgefundenen* "Realität")» e il «fattore» attivo del suo concreto «reperimento (*Realitätsfindung*)»<sup>3</sup>, una prospettiva, questa, attraverso la quale la storia concettuale ritiene di poter sfuggire alla tradizionale alternativa tra "idealismo" e "materialismo": come scrive Koselleck, essa indaga, infatti,

sia quali esperienze e stati di fatto vengano portati al loro concetto, sia come queste esperienze o stati di fatto vengano concepiti. La storia concettuale media perciò tra la storia del linguaggio e quella dei fatti. Uno dei suoi compiti è l'analisi delle convergenze, degli slittamenti o delle discrepanze che nel corso della storia si verificano nel rapporto tra concetto e stato di fatto<sup>4</sup>.

In questa sede, non posso ovviamente soffermarmi sulle generali istanze metodologiche che hanno sostenuto l'impianto della *Begriffsgeschichte* nel suo pluridecennale percorso di sperimentazione sul campo<sup>5</sup>. Ai fini del nostro percorso mi preme però sottolineare il ruolo di assoluta centralità che il *fattore tempo* ha assunto nell'orizzonte teorico e categoriale di questo specifico approccio storiografico, fin dalla sua primissima definizione alla metà degli anni Sessanta: come emerge già nel primo articolato contributo di Koselleck sul tema – l'articolo *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*, pubblicato nel 1967 e presentato dal suo stesso autore come la sintesi di una riunione tra curatori e collaboratori di quello che a distanza di anni sarebbe diventato il monumentale lessico storico *Geschichtliche Grundbegriffe*<sup>6</sup> – tale modello nasce, infatti, dominato dall'assunto che i «concetti storici», e cioè i concetti posti alla base della concreta «esperienza storica» di singoli e gruppi,

<sup>3</sup> *Ibidem*. Ma sul punto si veda anche Reinhart Koselleck, *Die Geschichte der Begriffe und Begriffe der Geschichte* (2003), in Id., *Begriffsgeschichten*, cit., pp. 56-75 (trad. it. *La storia dei concetti e i concetti della storia*, in R. Koselleck, *Il vocabolario della modernità*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 27-47, in part. p. 32): «Tutte le teorie oggi di moda che riducono la realtà a linguaggio e nient'altro, dimenticano che il linguaggio è e rimane ambivalente: da un lato esso registra, ricettivamente, ciò che avviene fuori di esso, stabilisce ciò che gli si impone senza avere a sua volta un carattere linguistico, cioè il mondo come si presenta a livello pre-linguistico e non-linguistico. Dall'altro, il linguaggio modifica attivamente tutti gli stati e i dati di fatto extralinguistici. Ciò che deve essere esperito, conosciuto e compreso extralinguisticamente va portato al suo concetto».

<sup>4</sup> Koselleck, *Stichwort: Begriffsgeschichte*, cit., p. 99.

<sup>5</sup> Sul tema mi permetto di rinviare a L. Scuccimarra, *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, in «Storica», 10, 1998, pp. 7 ss.; Id., *Idee, concetti, parole. Studiare la storia del pensiero dopo Koselleck*, in «Intersezioni», 3, 2021, pp. 311-331.

<sup>6</sup> Reinhart Koselleck, *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*, in «Archiv für Begriffsgeschichte», XI, 1, 1967, pp. 81 ss. Sulla genesi e l'impianto di quest'opera, considerata a tutt'oggi come il più rilevante risultato di questa direttrice della storiografia contemporanea, si veda almeno Melvin Richter, *The History of Political and Social Concepts. A Critical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1995 (trad. it. *La storia dei concetti politici e sociali*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2022).

non possano essere considerati come un insieme di «costanti catalogabili, ma rientrino pienamente nel movimento della temporalità storica», in riferimento al quale soltanto esprimono la loro più profonda valenza teorica e pratica<sup>7</sup>. Una posizione, questa, che attraverso il confronto con la peculiare dimensione del *begreifen*, assunto «in generale» come specifica soglia di costituzione riflessiva della *storia*<sup>8</sup>, spinge la nascente *Begriffsgeschichte* koselleckiana ben oltre il livello di una mera «critica delle fonti», sino a proporla come una sistematica esplorazione concettuale delle scansioni del movimento storico che, «registrando i mutamenti intervenuti nell'uso linguistico di determinate parole, ma anche il complessivo rivolgimento del loro valore semantico»<sup>9</sup>, appare in grado di cogliere le concrete scansioni del divenire storico in modo più efficace di quanto sappiano fare altri approcci storiografici.

Colta nella sua specificità la *Begriffsgeschichte* non è assimilabile, perciò, né ad una storia del lessico (*Wortgeschichte*), né ad una storia dei fatti o degli eventi (*Sach- oder Ereignisgeschichte*), né ad una storia delle idee o della cultura (*Gedanken- oder Geistesgeschichte*), sebbene nelle sue ricerche essa si serva dell'ausilio di tutte loro. Il mutamento di significato delle parole e la trasformazione dell'oggetto, il cambiamento della situazione e la spinta verso nuove denominazioni costituiscono infatti altrettante linee di sviluppo di quella processualità storica al cui punto di intersezione si colloca il relativo concetto. Nell'indagine di questa composita costellazione storico-semantica la *Begriffsgeschichte* oscilla pertanto tra l'indagine *semasiologica* – lo studio di tutti i significati di un particolare termine – e quella *onomasiologica* – l'analisi di tutte le possibili designazioni di un oggetto esistenti in un determinato periodo storico – non mancando di introdurre «qua e là» problematiche direttamente afferenti alla storia materiale e a quella dello «spirito», che risultano altrettanto essenziali «per afferrare il contenuto storico di un concetto»<sup>10</sup>. Tutti elementi che a distanza di qualche anno troviamo ribaditi e specificati nell'introduzione al primo volume dei *Geschichtliche Grundbegriffe*<sup>11</sup>, in cui il confronto con le principali metodologie di tipo semantologico emerse

<sup>7</sup> Sandro Chignola, *Storia concettuale e filosofia politica. Per una prima approssimazione*, in «Filosofia Politica», 1, 1990, pp. 5-36, in part. p. 14.

<sup>8</sup> Koselleck, *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*, cit., pp. 85 s.: «Che la storia di sedimenta in determinati concetti e in generale è storia solo nella misura in cui è di volta in volta compresa concettualmente (*begriffen*) – in che modo ciò accada è proprio la nostra tematica –, questa è la *premessa filosofico-storica* del nostro metodo». E ancora: «noi cerchiamo di descrivere il processo storico “dietro” il mutamento concettuale, ma solo quello che si mostra nello stesso concetto. Per la nostra metodologia la storia è una storia di concetti: il concetto sovrasta la parola nella misura in cui esso comprende la storia».

<sup>9</sup> Chignola, *Storia concettuale e filosofia politica*, cit., p. 14.

<sup>10</sup> Koselleck, *Richtlinien*, cit., p. 85.

<sup>11</sup> Reinhart Koselleck, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Vol. 1, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, pp. XIII ss.

nel corso del precedente decennio, in Germania e fuori, sfocia nella teorizzazione di un approccio di tipo compiutamente diacronico, diretto a superare la costitutiva frammentarietà dell'analisi testuale/contestuale attraverso una consapevole riflessione sulla sostanza stessa dei processi storici. Affinché si raggiunga tale risultato occorre, secondo Koselleck, che i concetti portati alla luce dall'analisi storico-lessicale siano sciolti dal loro originario contesto, seguiti nella loro funzione significativa «attraverso la successione delle epoche e poi reciprocamente coordinati»<sup>12</sup>: solo in questo modo, infatti,

possono divenire visibili le linee di faglia (*Verwerfungen*) che sussistono tra gli antichi significati della parola, che si riferiscono ad una situazione di fatto che scompare, e nuovi contenuti della stessa parola. Allora possono essere presi in considerazione delle sopravvenienze di significato a cui non corrisponde più alcuna realtà, o appaiono realtà il cui significato resta inconscio<sup>13</sup>.

Nella misura in cui i passaggi successivi della storia di un concetto possono trovarsi tutti contemporaneamente richiamati in una «multistratificazione (*Mehrschichtigkeit*) di significati», espressione di fasi diverse del suo «sviluppo strutturale», questo tipo di indagine tende ad assumere però un significato *più che diacronico*, aprendosi alla rappresentazione di quella *contemporaneità del non contemporaneo* destinata nel corso del tempo ad imporsi come la autentica cifra di questo tipo di pratica storiografica<sup>14</sup>. Indagato in questa prospettiva ciascun concetto si rivela, infatti, caratterizzato da una specifica «profondità storica» di tipo «sistemico o strutturale», che già all'inizio degli anni Settanta Koselleck individua come l'oggetto di studio per eccellenza del proprio modello di *Begriffsgeschichte*<sup>15</sup>:

La storia concettuale spiega [...] anche come un concetto sia costituito di più strati, ossia di significati che derivano cronologicamente da tempi diversi. In tal modo essa supera la rigida alternativa diacronia-sincronia, anzi richiama la contemporaneità del contenuto non-contemporaneo che può essere presente in un concetto. [...] La profondità storica di un concetto, che non coincide con la successione cronologica dei suoi significati, acquista così un valore sistematico di cui deve rendere conto ogni ricerca storico-sociale<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Ivi, p. XXI.

<sup>13</sup> Cfr. Koselleck, *Einleitung*, cit., p. XXI.

<sup>14</sup> Koselleck, *Einleitung*, cit., p. XXI: «Alla questione degli strati temporali e delle strutture sociali non è possibile rispondere solo diacronicamente. [...] Come una parola si trasforma, ad esempio, da concetto religioso a concetto sociale [...] o come titoli giuridici si trasformano in concetti politici, per emergere infine nel linguaggio scientifico e nella propaganda [...] ciò può naturalmente essere colto solo a livello diacronico. Ma la multistratificazione dei significati porta al di là della stretta diacronia. La storia dei concetti spiega la contemporaneità del non contemporaneo, che è contenuto in un concetto».

<sup>15</sup> Koselleck, *Einleitung*, cit., p. XXI.

<sup>16</sup> Reinhart Koselleck, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte* (1972), in Id., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1979 (trad. it. *Storia dei concetti e storia sociale*, in Reinhart Koselleck, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986, p. 107).

## 2. Storia concettuale e semantica della temporalità

Quello che viene delineandosi qui è, a ben vedere, uno degli aspetti più significativi e impegnativi della *Begriffsgeschichte* koselleckiana. Nell'elaborazione metodologica di Koselleck, l'adozione di un rigoroso *approccio sincronico/diacronico* nello studio dei concetti del passato apre, infatti, la strada ad una innovativa forma di *Zeitgeschichte* diretta a decifrare gli elementi di *permanenza, mutamento e novità* caratteristici dello specifico contesto di esperienza storica di volta in volta indagato<sup>17</sup>. Una prospettiva, questa, attraverso la quale la richiamata immagine koselleckiana degli «strati di tempo (*Zeitschichten*)» assume una valenza decisamente più che metaforica, anche grazie all'incrocio con la coppia categoriale *evento/struttura* presente nella sua cassetta degli attrezzi dai tempi della giovanile frequentazione dell'*Arbeitskreis für Moderne Sozialgeschichte* diretto dal suo maestro Werner Conze: dal punto di vista temporale – annota, infatti, Koselleck – con il termine «strutture» si intendono quei «complessi di rapporti che non si risolvono nella stretta successione di eventi sperimentati una sola volta», ma «stanno a indicare piuttosto durata, stabilità notevole, e, ovunque, cambiamenti solo a lungo termine»<sup>18</sup>, contesti di ripetizione eccedenti, cioè, l'«esperienza cronologicamente registrabile» dei singoli individui e perciò decifrabili nel loro lento processo di trasformazione solo attraverso un'indagine storico-concettuale in grado di far emergere l'«articolazione diacronica profonda (*diachronische Tiefgliederung*)» caratteristica di tutti i «concetti storici fondamentali»<sup>19</sup>. Da questo punto di vista, si può dire, perciò, che nella *Begriffsgeschichte* koselleckiana l'analisi semantica si concentri sulla «terminologia politica e sociale» di una determinata epoca, ma abbia come fondamentale dimensione di riferimento i processi di costituzione, mutamento e dissoluzione dei relativi orizzonti di senso, indagati attraverso un'approfondita analisi dei nessi esistenti tra mutamento linguistico-concettuale e cambiamenti politico-sociali di lungo periodo.

Nella matura esperienza di ricerca di Koselleck, i «concetti storici» rappresentano, peraltro, qualcosa di più di un sensibile indicatore dei diversi livelli di temporalità di volta in volta intrecciati nella “oggettiva” dinamica del divenire storico. È proprio attraverso di essi, infatti, che secondo lo storico tedesco è

<sup>17</sup> Koselleck, *Einleitung*, p. XXI.

<sup>18</sup> Reinhart Koselleck, *Darstellung, Ereignis und Struktur* (1973), in Id., *Vergangene Zukunft*, cit., pp. 144 ss. (trad. it. *Rappresentazione, evento e struttura*, in Koselleck, *Futuro passato*, cit., pp. 123-134, in part. p. 125).

<sup>19</sup> Ivi, p. XXI: solo a questo livello, infatti, «la durata sociale di un significato e le strutture ad essa corrispondenti possono venire in primo piano. Parole durature non sono di per sé un indizio sufficiente di strutture persistenti. Solo la profonda articolazione diacronica (*diachronische Tiefgliederung*) di un concetto dischiude le trasformazioni strutturali di lungo periodo».

possibile avere accesso a quella *temporalità vissuta* che costituisce un decisivo elemento di articolazione del concreto contesto di esperienza e riflessione storica caratteristico degli uomini del passato. A entrare in gioco a questo livello di analisi è quella «segreta concatenazione» (Novalis) di *passato, presente e futuro* che, sin dagli albori della filosofia occidentale, ha costituito la chiave di volta della auto-coscienza individuale e l'enigma irrisolto della costituzione qualitativa del tempo: anche la storia collettiva, così come quella individuale, coincide, infatti, in primo luogo «con lo spazio in cui gli uomini hanno di volta in volta configurato una particolare forma di divisione e correlazione tra passato e futuro»<sup>20</sup>, una relazione che si trasforma continuamente nel corso del tempo e che può essere colta a posteriori solo nella misura in cui essa è stata fissata concettualmente all'interno dell'economia linguistica del passato e effettivamente articolata nel linguaggio delle fonti.

Tenuto conto delle modalità decisamente complesse – ed elusive<sup>21</sup> – di articolazione semantica che caratterizzano, nella maggior parte dei casi, le concrete «esperienze storiche del tempo», l'interpretazione delle fonti presuppone, tuttavia, a questo livello la adozione di strumenti di indagine sufficientemente flessibili e penetranti da permettere di derivare dalle testimonianze linguistiche del passato le «rappresentazioni temporali in esse implicite»<sup>22</sup>. Un'esigenza, questa, che nella riflessione di Koselleck ha trovato, come è noto, una risposta originale ed efficace attraverso la enunciazione della griglia ermeneutica di base definita dalle «categorie antropologiche» *spazio di esperienza* e *orizzonte di aspettativa*, con cui egli ritiene di aver definito una «condizione fondamentale» di ogni storia possibile<sup>23</sup>. Secondo lo storico tedesco, queste categorie «sono straordinariamente adatte a tematizzare il tempo storico», perché nella presenzialità di esperienza e aspettativa si intrecciano tra loro il passato e il futuro<sup>24</sup>. Esse sono inoltre particolarmente appropriate ad indagare il tempo storico nell'ambito della ricerca empirica, perché, «una volta fornite di un contenuto, dirigono le concrete unità di azione nel corso del movimento sociale e politico», concretizzandosi in quelle peculiari forme di

<sup>20</sup> Nicola Auciello, *Vortici e forze (storiografia e riflessione)*, in Nicola Auciello, Roberto Racinaro (a cura di), *Storia dei concetti e semantica storica*, Napoli, ESI, 1990, pp. 19 ss., in part. p. 43.

<sup>21</sup> Cfr. Reinhart Koselleck, *Moderne Sozialgeschichte und historischen Zeiten* (1982), in Id., *Zeitschichten. Studien zur Historik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2000, pp. 317-335 (trad. it. *La storia sociale moderna e i tempi storici*, in Pietro Rossi, a cura di, *La teoria della storiografia oggi*, Milano, Il Saggiatore, 1983, pp. 141 ss., in part. p. 154: «È noto che il tempo storico difficilmente può esser reso intuibile; esso si nutre di significati spaziali e può essere descritto solo metaforicamente».

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*. In questa funzione di analisi qualitativa dei tempi storici, esse sono preferibili alle categorie – per altri versi analoghe – di *ricordo* e *speranza* «perché l'aspettativa ha un campo più ampio della speranza e l'esperienza scende più in profondità del ricordo».

esperienza del tempo che troviamo puntualmente richiamate nel seminale saggio “*Erfahrungsraum*” und “*Erwartungshorizont*” del 1976:

L’esperienza è un passato presente, i cui eventi sono stati conglobati e possono essere ricordati. Sia l’elaborazione razionale sia i comportamenti inconsci che non devono, o non devono più, essere presenti alla conoscenza si fondano sull’esperienza. Inoltre, nella propria esperienza è sempre contenuta e conservata anche un’esperienza altrui, mediata da generazioni o istituzioni. In questo senso fin dai tempi antichi anche la storiografia era concepita come conoscenza di esperienze altrui.

La situazione dell’aspettativa è analoga. Anch’essa è insieme personale e interpersonale; anche l’attesa si compie nell’oggi, è futuro presentificato, tende a ciò che non è ancora, al non esperito, a ciò che si può solo arguire e scoprire. Speranza e paura, desiderio e volontà, preoccupazione, ma anche analisi razionale, visione ricettiva o curiosità, intervengono nell’aspettativa, in quanto la costituiscono.

Nonostante la presenzialità di entrambi i concetti, non si tratta di concetti complementari simmetrici, che, ad esempio, colleghino specularmente passato e futuro. Esperienza e aspettativa hanno invece modi di essere differenziati<sup>25</sup>.

Per lo storico tedesco, è sempre «nel mezzo di determinate esperienze e di determinate aspettative», dunque, che matura la storia concreta<sup>26</sup>. Applicate riflessivamente, queste categorie rappresentano, pertanto, per la nostra conoscenza storiografica, decisive determinazioni formali che ci consentono di decifrare la realizzazione concreta della storia, «precisamente in quanto indicano e producono la connessione interna tra il passato e il futuro di ieri, di oggi o domani»<sup>27</sup>. Obiettivo specifico e privilegiato della storia concettuale come «semantica dei tempi storici» diviene, così, quello di mostrare concretamente, attraverso un’adeguata decifrazione del materiale documentale a disposizione, come «il coordinamento tra esperienza e aspettativa si sia spostato e trasformato nel corso della storia»<sup>28</sup>. Se la prova riesce – scrive, infatti, Koselleck – ne risulterà chiaro che «il tempo storico non è solo una determinazione vuota, priva di contenuto, ma è anche una grandezza che cambia con la storia», le cui trasformazioni possono essere colte nel mutevole coordinamento di passato e futuro, ricordo e speranza, esperienza e aspettativa, all’interno della coscienza individuale e collettiva<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Reinhart Koselleck, *Erfahrungsraum und Erwartungshorizont - zwei historische Kategorien* (1976), in Id., *Vergangene Zukunft*, cit., pp. 349 ss. (trad. it. di «Spazio di esperienza» e «orizzonte di aspettativa»: due categorie storiche, in R. Koselleck, *Futuro passato*, cit., pp. 300 ss., in particolare pp. 304 s.).

<sup>26</sup> Koselleck, *La storia sociale moderna e i tempi storici*, cit., p. 154.

<sup>27</sup> Koselleck, «Spazio di esperienza» e «orizzonte di aspettativa»: due categorie storiche, cit., p. 303.

<sup>28</sup> Ivi, p. 304.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

È appunto a partire da questa intelaiatura metodologica e categoriale che Koselleck ha potuto portare alle estreme conseguenze la più nota ipotesi interpretativa presente alla base dell'imponente impianto lessicografico dei *Geschichtliche Grundbegriffe*: la tesi, cioè, che nell'età moderna si sia verificata una «temporalizzazione dei contenuti categoriali di senso», che ha reso sempre maggiore il dislivello – in una certa misura fisiologico – tra passato e futuro, ricordo e speranza, esperienza e aspettativa<sup>30</sup>. Che, anzi, l'età moderna abbia potuto essere concepita come un «tempo nuovo (*Neuzeit*)», proprio nella misura in cui le aspettative cominciarono progressivamente ad allontanarsi da tutte le esperienze precedenti, dando vita ad un'articolazione individuale e collettiva della temporalità radicalmente orientata verso il *futuro*:

La mia tesi è che nell'età moderna la differenza fra esperienza e aspettativa aumenta progressivamente; o, più esattamente, che l'età moderna può essere concepita come un tempo nuovo solo da quando le aspettative si sono progressivamente allontanate da tutte le esperienze fatte finora. Ciò non risolve ancora minimamente la questione se si tratti di storia oggettiva o solo del suo riflesso soggettivo. Infatti le esperienze passate contengono sempre dati oggettivi che influenzano la loro elaborazione. Naturalmente ciò è accaduto anche nelle aspettative del passato. Considerate come semplici orientamenti sul futuro, queste aspettative possono non essere state altro che una particolare realtà psichica. Ma in quanto rappresentano una forza motrice, la loro efficacia deve essere considerata non inferiore a quella di esperienze rielaborate, poiché hanno generato attese di nuove possibilità a spese della realtà in atto<sup>31</sup>.

Secondo la ricostruzione offertane da Koselleck, questo processo di progressivo slittamento del baricentro temporale dell'esperienza umana «è stato portato al proprio concetto con l'idea di “storia in generale”, mentre la sua qualità specificamente moderna è stata espressa per la prima volta dal concetto di “progresso”»<sup>32</sup>. Dal punto di vista lessicale, esso ha prodotto, peraltro, i suoi esiti più plateali con la nascita dei moderni «concetti di movimento» – gli

<sup>30</sup> Koselleck, *Einleitung*, cit., pp. XVI s.: «Una seconda caratteristica di quei concetti che hanno incorporato nuove esperienze è venuta con l'introduzione di una temporalizzazione nelle categorie di significazione. *Topoi* tradizionali ora si caricarono emotivamente, pervasi da un senso di aspettativa che non avevano avuto in precedenza. [...] Ai concetti che registravano cambiamenti già avvenuti si contrapposero quelli definiti in un modo che incorporava coefficienti di cambiamento futuro...». Nell'introduzione generale al *Lexikon*, questo processo di «temporalizzazione» dei concetti è esplicitamente identificato come uno dei quattro criteri-guida attraverso i quali identificare lo specifico contenuto storico-concettuale dell'avvento della modernità politica e sociale. Gli altri tre sono la *democratizzazione* del vocabolario politico-sociale dell'epoca come effetto dell'*ampliamento* della base di riferimento del linguaggio politico sperimentata dall'Illuminismo; un processo di *astrazione-ideologizzazione* che fa di molti concetti delle «formule vuote e cieche, utilizzabili in modo differente e contrapposto a seconda della appartenenza di classe e degli interessi di chi parla»; la conseguente spinta alla *politizzazione* che trasforma sempre più le parole e i concetti in *strumenti di mobilitazione della massa della cittadinanza*.

<sup>31</sup> Koselleck, «Spazio di esperienza» e «orizzonte di aspettativa»: *due categorie storiche*, cit., p. 317. Ma si veda anche Id., *La storia sociale moderna e i tempi storici*, cit., p. 155.

<sup>32</sup> Koselleck, «Spazio di esperienza» e «orizzonte di aspettativa»: *due categorie storiche*, cit., p. 317.

-ismi della politica – che secondo lo storico tedesco rappresentano per molti versi lo specchio più fedele della *Neuzeit*<sup>33</sup>. Nella prospettiva koselleckiana si tratta, peraltro, di una dinamica che investe l'intera costellazione terminologico-concettuale dell'epoca moderna, caricando di una sempre più accentuata dimensione di aspettativa verso il futuro – e perciò di una inedita valenza politico-ideologica – anche concetti fino a quel momento caratterizzati essenzialmente da una funzione di «registrazione dell'esperienza» come quelli appartenenti allo specifico ambito del «linguaggio giuridico»<sup>34</sup>: è il caso, questo, di lemmi tratti dalla tradizionale «topologia costituzionale (*Verfassungstopologie*)» come l'«icastico» termine «*Bund* (lega, federazione)», oggetto verso il 1800 di uno spettacolare processo di risemantizzazione da parte di autori come Müller e Kant<sup>35</sup>, ma anche di nozioni di carattere decisamente più tecnico come quella, di derivazione giusromanistica, di «*Emanzipation* (emancipazione)», svincolata nel corso del XVIII secolo dai suoi specifici riferimenti giuridici per essere proiettata sul ben più ampio orizzonte dei processi di «autodeterminazione individuale e collettiva»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Ivi, p. 320: come dimostra la vicenda della coppia lessicale *Republik/Republikanismus*, concetti che un tempo indicavano «una situazione», «uno stato», assumono ora, «con l'aiuto del suffisso “-ismo”», la «forma temporalizzata di concetti di movimento», che servono «ad anticipare teoricamente il movimento storico futuro e a influenzarlo praticamente». Su questo aspetto della teorizzazione koselleckiana si veda anche Koselleck, *Einleitung*, cit., pp. XVI s.; Id., *'Neuzeit'. Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe* (1977), in R. Koselleck, *Vergangene Zukunft*, cit., pp. 300-348 (trad. it. «*Età moderna (Neuzeit)*». *Sulla semantica dei moderni concetti di movimento*, in Id., *Futuro passato*, cit., pp. 258-299).

<sup>34</sup> Cfr. Reinhart Koselleck, *Begriffliche Innovationen der Aufklärungssprache* (2001), in Id., *Begriffsgeschichten*, cit., pp. 309-339, in part. p. 336: «Sino al XVIII secolo il linguaggio giuridico, soprattutto quello giuridico anche se ciò vale anche per il linguaggio politico e sociale, contiene essenzialmente una registrazione dell'esperienza. I concetti che venivano utilizzati, elaborati o reperiti registravano ciò che era già presente nell'esperienza. Essi portavano retrospettivamente al concetto ciò che era abbozzato o che successivamente si era arricchito nell'esperienza. [...] A partire dal XVIII secolo si creano le condizioni in base alle quali si può scatenare, fondare, provocare concettualmente una nuova esperienza, come mai era accaduto prima...».

<sup>35</sup> Koselleck, «*Spazio di esperienza*» e «*orizzonte di aspettativa*»: *due categorie storiche*, cit., pp. 318 s. Koselleck si riferisce qui esplicitamente ai «concetti di *Staatenbund*, *Bundesstaat* e *Bundesrepublik*, ossia, rispettivamente, “confederazione di Stati”, “Stato federale” e “Repubblica federale”», conati verso il 1800 come «termini artificiali», e cioè privi di un esclusivo riferimento all'esperienza, e diretti a identificare «alcune potenzialità di organizzazione federale contenute nell'Impero agonizzante», «per poterle realizzare in futuro come esperienze possibili».

<sup>36</sup> Koselleck, «*Età moderna (Neuzeit)*». *Sulla semantica dei moderni concetti di movimento*, cit., p. 294: «*Emanzipation* perde il suo vecchio e puntuale significato di atto di dichiarazione della maggiore età. L'istituzione giuridica si risolve anch'essa nella linea prospettica temporale di processi irreversibili che, in virtù della storia, devono portare a una sempre più ampia autodeterminazione degli uomini. “E questo ampliamento del concetto non è affatto casuale o arbitrario, ma è fondato necessariamente nella natura dell'umanità e nell'andamento del suo sviluppo, sicché quello di emancipazione è diventato il concetto più importante, dal punto di vista pratico, ma specialmente il centro di tutti i problemi politici del presente ossia del nostro tempo” (K.H. Scheidler)». Ma su questo passaggio si veda anche R. Koselleck, *Grenzverschiebungen der Emanzipation. Eine begriffsgeschichtliche Skizze* (1987), in Id., *Begriffsgeschichten*, cit., pp. 182-201, in part. pp. 188 s. Secondo il costituzionalista Hasso

Da questo punto di vista, si può dire perciò che dalla metà del Settecento l'intero vocabolario politico e sociale dell'Europa di lingua tedesca si sia radicalmente trasformato<sup>37</sup>. E, come sottolinea Koselleck, proprio la struttura temporale interna ai singoli concetti politici e sociali ci consente di capire come, a partire da quest'epoca, esperienza e aspettativa abbiano assunto «un peso del tutto diverso» nella articolazione individuale e collettiva della temporalità<sup>38</sup>. Nello spazio di pochi decenni – questa, in sintesi, la tesi dello storico tedesco – «l'intero spazio linguistico politico-sociale è passato – nella assoluta identità di molte parole – da una tradizione quasi statica, che mutava solo lentamente, ad una concettualità il cui significato può essere dischiuso solo a partire da un futuro esperito in modo nuovo»<sup>39</sup>. L'anticipazione euristica che sta alla base della storiografia di Koselleck – e cioè l'assunto che l'età moderna sia caratterizzata da un crescente dislivello tra passato e futuro, esperienza e aspettativa – appare, dunque, passibile di una verifica semantica, sebbene essa non possa naturalmente essere confermata in tutte le parole<sup>40</sup>. Procedere ad una puntuale ricostruzione storica delle specifiche modalità di articolazione linguistica di questo passaggio epocale si imporrà, perciò, con sempre maggiore evidenza, come uno dei principali obiettivi conoscitivi del modello di storia concettuale da lui praticato assieme al suo gruppo di ricerca.

### 3. *Scale di tempo*

È sufficiente sfogliare alcuni dei più importanti saggi pubblicati da Koselleck nel corso della seconda fase del suo lungo percorso di ricerca per rendersi conto degli esiti complessivi prodotti da questa svolta sulle sue stesse generali modalità di concettualizzazione dell'avvento della modernità politica e sociale. Alla base del concetto di «età moderna» si pongono infatti ora istanze soggettive più o meno direttamente riconducibili ad una nuova qualità, peculiarmente storica, del tempo: la vertiginosa esperienza di un improvvisa dinamicizzazione del mondo della vita; la percezione, da ciò derivante, di un futuro aperto ad ulteriori ed imprevedibili cambiamenti; la convinzione di

Hofmann, anche la vicenda settecentesca del «singolare collettivo» *Costituzione* si presta ad analoghe considerazioni, come dimostra la definizione che alla metà del secolo ne offre Emeric de Vattel: il «piano della nazione per la sua aspirazione verso la felicità». Si veda, al proposito, H. Hoffmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in Sandro Chignola, Giuseppe Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, FrancoAngeli, 2005, pp. 227-237, in part. p. 228.

<sup>37</sup> Koselleck, *La storia sociale moderna e i tempi storici*, cit., p. 156.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Reinhart Koselleck, *Über der Theoriebedürftigkeit der Geschichte* (1972), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 298-316, in part. p. 304.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

una fondamentale «unicità dell'accadere», e cioè della sua «novità assoluta rispetto al passato»; il «teorema, attestato dall'esperienza, della *non contemporaneità* di storie diverse, ma *contemporanee* dal punto di vista cronologico»; la consapevolezza di «vivere in un'età di transizione, in cui sarà sempre più difficile mediare le tradizioni ereditate con le necessarie innovazioni» e infine «il senso dell'accelerazione con la quale i processi di cambiamento, siano essi economici o politici, sembrano compiersi»<sup>41</sup>. Proprio quest'ultima forma di esperienza del tempo ha assunto, anzi, un ruolo sempre più rilevante nell'esplorazione koselleckiana del temporalizzato contesto di senso proprio della modernità avanzata, fino al punto da proporsi come l'espressione per eccellenza della nuova forma di vita moderna:

Il cambiamento, la *mutatio rerum*, possono essere affermati di tutte le storie. Ciò che è moderno, comunque, è il cambiamento che evoca una nuova esperienza temporale: e cioè, che tutto muta più velocemente di quanto ci si potesse aspettare o si fosse sperimentato prima. Attraverso i più corti spazi temporali, nella quotidianità degli interessati entra una componente di non familiarità che non poteva essere derivata da alcuna esperienza precedente. Ciò distingue l'esperienza dell'accelerazione<sup>42</sup>.

La crescente attenzione attribuita alla esplorazione semantica dei «concetti centrali» che tra Sette e Ottocento hanno posto le basi per la genesi della *futuristica* esperienza del tempo tipica della modernità trionfante<sup>43</sup>, non hanno però mai spinto Koselleck a trascurare il ruolo che il riferimento al passato e alla continuità dell'esperienza hanno giocato anche nei momenti di più accelerata trasformazione della «società vetero-europea». Al contrario, come emerge dalla metafora stessa della *Sattelzeit* – età-sella o età-crinale – utilizzata dallo storico tedesco per dare un'evidenza plastica alla propria personale concezione dei processi di modernizzazione, a dispetto del sincopato immaginario storico dei moderni, i tempi del mutamento socio-politico per lui sono rimasti fino all'ultimo quelli decisamente lunghi della storia strutturale – una prospettiva, questa, che lo ha portato, non a caso, a mettere radicalmente in questione la effettiva capacità esplicativa della coppia oppositiva «rivoluzione»/«reazione», nella quale avevano trovato alimento molte delle più tumultuose vicende politico-ideologiche dell'Europa post-1789:

Ci sono processi a lungo termine che si attuano indipendentemente dal fatto che siano contrastati o promossi. Se si pensa, oggi, all'impetuoso sviluppo industriale successivo alla rivoluzione del 1848, si può porre il problema se abbia avuto luogo nonostante o a causa

<sup>41</sup> Reinhart Koselleck, *Das achzehnte Jahrhundert als Beginn der Neuzeit*, in Reinhart Herzog, Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Epochenschwelle und Epochenbewusstsein*, München, Fink, 1987, p. 278, cit.

<sup>42</sup> Reinhart Koselleck, *Gibt es eine Beschleunigung der Geschichte?* (1976), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 150 ss., p. 164.

<sup>43</sup> R. Koselleck, *Vorwort*, in Id., *Vergangene Zukunft*, cit. (trad. it. *Prefazione*, in Koselleck, *Futuro passato*, cit., p. 6).

del fallimento della rivoluzione. Ci sono argomenti pro e contro: né gli uni né gli altri possono essere considerati assoluti, ma gli uni e gli altri permettono di capire meglio quel movimento che si realizza attraverso gli schieramenti politici della rivoluzione e della reazione. Così, non è escluso che la reazione in questo caso abbia avuto un effetto più rivoluzionario della rivoluzione stessa. Dunque se la rivoluzione e la reazione insieme sono indicatori di un identico movimento, che si alimentò in entrambi i campi e fu promosso da entrambi, questa coppia dualistica di concetti sta chiaramente a indicare un movimento storico, un processo irreversibile di trasformazione strutturale a lungo termine, che trascende il pro e il contro di reazione e rivoluzione<sup>44</sup>.

Anche da questo punto di vista, si può dire, perciò, che nella storiografia di Koselleck non si dia mai una «totale alterità del passato (*totale Andersartigkeit der Vergangenheit*)», qualcosa come una assoluta incommensurabilità tra vecchio e nuovo; al contrario qui, «strato dopo strato, il passato fluisce nel e attraverso il presente a diverse velocità», contribuendo proprio attraverso il ritmo del suo fluire a dare consistenza a quella trasformazione delle modalità individuali e collettive di esperienza approssimata dalla nozione di «mutamento epocale»<sup>45</sup>. Nella rappresentazione koselleckiana del divenire storico, la dimensione di tendenziale «ripetitività» dell'accadere approssimata dalla nozione di «struttura» ha finito, anzi, con il passare degli anni per acquisire una sempre più spiccata predominanza rispetto all'elemento di «unicità» anche temporale (*Einmaligkeit*) e di «irreversibilità» (*Irreversibilität*) a suo giudizio caratteristico di ogni autentico momento di incremento dell'esperienza storica. Secondo la sua lettura, infatti, «in ogni azione unica e in ogni costellazione unica compiuta o subita in un certo momento da uomini singoli, unici nel loro genere, sono sempre contenuti strati reiterativi di tempo che creano, condizionano e limitano le possibilità di azione umana e al tempo stesso consentono che si realizzino», contribuendo poi alla stabilizzazione dei suoi effetti. Una volta che siano state catturate da concetti, anche le esperienze storiche più innovative e sconvolgenti divengono, inoltre, ripetibili e trasferibili a piacere, alimentando nuovi e inediti nessi di ripetizione, come dimostrano nel modo più esplicito, secondo Koselleck, le vicende, in un certo senso paradossali, di quella *tradizione rivoluzionaria* creata e sostenuta – in Francia e non solo – dalla convinzione della sostanziale riproducibilità della straordinaria costellazione pratico-politica innescata dagli accadimenti del 1789.

Riletta in questa chiave, la «storia», nella sua inesauribile dimensione di «strutturazione sistematica», offre perciò, per Koselleck, sempre «qualcosa di più della sequenza di un processo temporalmente unico e inafferrabile»: «essa è anche questo, ma non solo questo» e senza questo tipo di differenziazione

<sup>44</sup> Koselleck, *Rappresentazione, evento e struttura*, cit., pp. 126 s.

<sup>45</sup> J. Zammito, *Koselleck's Philosophy of Historical Time(s) and the Practice of History*, in «History and Theory», 43, 2004, p. 133.

non è possibile né comprenderla né rappresentarla<sup>46</sup>. Nella matura riflessione koselleckiana, per poter davvero afferrare dal punto di vista storiografico le concrete modalità di articolazione del rapporto tra ripetibilità e unicità che alimenta la dinamica del divenire storico occorre, perciò, addentrarsi in quella complessa architettura di dogmi, riti, costumi, regole e istituzioni da cui in ultima analisi dipende «la permanenza e la costanza del comportamento sociale», avvalendosi per la sua piena comprensione degli specifici elementi di conoscenza a tal fine offerti dalle diverse discipline specialistiche delle scienze storiche, a cominciare da quelle più direttamente impegnate nell'indagine del composito universo dei *fenomeni giuridici*. Come troviamo esplicitamente sottolineato nel denso testo *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, nato non a caso come un contributo per il *Rechtshistorikertag* del 1986 e poi confluito nel volume *Zeitschichten*<sup>47</sup>, se c'è un ambito storiografico adatto «per la sua stessa tematica» a dare conto operativamente di questo cruciale aspetto del divenire storico, è infatti proprio quello della «storia giuridica e costituzionale», giacché «il diritto, per essere tale, dipende dalla sua ripetuta applicabilità» e ciò richiede «un massimo di formalità e di regolarità che trascende i singoli casi». Da questo punto di vista, studiare la storia del «diritto (*Recht*)» significa per lo studioso tedesco confrontarsi quotidianamente con il campo di tensione prodotto in ogni momento storico dalla coesistenza di diverse *scale di temporalità*: se è vero, infatti, che nessuno può impedire ad uno storico del diritto di indagare la genesi di una specifica legge o di un altro dispositivo ordinamentale, collocandosi così «nel campo della storia diacronica degli eventi nella loro singolare successione», è altrettanto vero però che

le scale di misurazione del tempo del diritto, di qualunque diritto, sono determinate [...] dalla sua strutturale ripetibilità, indipendentemente dal fatto che esso aspiri ad una eterna durata o preveda già i propri termini di scadenza. Dal punto di vista empirico è noto che la storia del diritto segue ritmi temporali diversi da quelli della storia politica, così come quest'ultima ne segue altri rispetto alla storia sociale o a quella economica. [...] Dal punto di vista teorico noi dovremmo perciò tener fermo il punto che la storia del diritto, così come quella di tutte le singole disposizioni giuridiche, si pone sotto una coazione alla ripetizione e dipende dalla applicazione ripetuta e perciò tematizza più lunghi archi temporali e durate relative, o, se si vuole, strutture invece di eventi. All'interno della storia del diritto, il caso del mugnaio Miller è affascinante non soltanto come singola vicenda storica – lo è naturalmente anche da questo punto di vista –, ma anche come sintomo di un cambiamento

<sup>46</sup> Reinhart Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit* (1986), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 336-358, in part. p. 350.

<sup>47</sup> Sullo sfondo politico-culturale dell'intervento di Koselleck e sui suoi rapporti con il contesto degli studi giuridici nella Germania post-bellica si veda ora Ville Erkkilä, *The rise and demise of non-existent universalism: Reinhart Koselleck and the universality of legal concepts*, in «History of European Ideas», Vol. 49/2, 2023, pp. 443-459.

strutturale, che esclude la ripetibilità di certe espressioni del potere, al fine di porre in atto e attestare giuridicamente la nuova regolarità di procedure giurisdizionali indipendenti<sup>48</sup>.

Tra le impegnative conseguenze metodologiche che Koselleck ritiene di poter trarre da questo assunto spicca sicuramente la tesi che, proprio in forza di questa peculiare «dimensione di profondità temporale (*zeitliche Tiefendimension*), che mira alla relativa durata del diritto», alle fonti giuridiche debba essere riconosciuto uno «*status tutto proprio*» nel contesto dell'indagine storiografica, che non dovrebbe essere confuso con quello spettante alle fonti politiche e sociali o comunque ad altre «fonti narrative»<sup>49</sup>. Secondo lo storico tedesco, ciò riverbera, però inevitabilmente sulla posizione spettante alla disciplina della *storia del diritto* nell'ambito della complessiva divisione del lavoro vigente all'interno degli studi storici. Alcune «condizioni minimali della storia generale» possono trovare, infatti, un'adeguata concettualizzazione e spiegazione solo in una prospettiva storico-giuridica attenta al complesso rapporto tra innovazione e ripetizione, perché solo quest'ultima apre la strada ad una adeguata comprensione dei tempi lunghi del mutamento sociale: per quanto sempre praticabile nell'ambito della storia generale, la scelta di ricondurre la storia dei fenomeni giuridici a mutevoli costellazioni di interessi o alle vicende diacroniche del potere rischia perciò di cancellare proprio lo «specifico contenuto» di quelle vicende storiche, «la cui struttura temporale è orientata verso la ripetibilità» – una tendenza, questa, che secondo Koselleck va combattuta interrogandosi sistematicamente su ciò che è divenuto possibile proprio perché l'esperienza storica «è giuridicamente condizionata e strutturata»<sup>50</sup>.

Nella prospettiva koselleckiana, ciò non significa, peraltro, che la storia del diritto possa fare a meno del contributo delle «discipline storiografiche confinanti». Al contrario, per lo storico tedesco la storia delle confliggenti interpretazioni di «principi giuridici introdotti per durare» ci rimanda sempre a «istanze pre- ed extra-giuridiche» in cerca di nuove risposte. Da questo punto di vista, ogni «diritto» può essere di volta in volta interpretato anche «come la difesa degli interessi dei potenti», «come l'espressione delle possibilità linguistiche di una comunità giuridica» o «come una risposta ad abusi sociali o sfide economiche», «come una reazione a problemi sino a quel momento privi di regolamentazione o emersi da poco ovvero come una istanza regolativa per determinati conflitti che si collocano al di fuori dei confini giuridici». Contro ogni forma di purismo disciplinare, Koselleck fa valere perciò la necessità di un'apertura programmatica della storia del diritto che la porti a dialogare stabilmente con la storia politica, sociale o economica, con la storia della

<sup>48</sup> Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, cit., pp. 352 s.

<sup>49</sup> Ivi, p. 354.

<sup>50</sup> Ivi, p. 357.

religione, del linguaggio o della letteratura, e, in ultima analisi, persino con la storia della tecnologia<sup>51</sup>. Come dimostra la breve ma fulminante rilettura del contesto temporale delle riforme di Stein e Hardenberg offerta nel saggio del 1986, egli appare convinto, anzi, che solo attraverso un sinergico e mirato utilizzo delle diverse scale di tempo che caratterizzano i differenti ambiti della conoscenza storica divenga davvero possibile dare conto dalla complessità dei processi di trasformazione politico-sociale<sup>52</sup>.

Anche in questa interpretazione «flessibile» e «integrata» dello statuto della storiografia giuridica, compito specifico di tale approccio disciplinare resta, comunque, per Koselleck quello di «indagare le differenziazioni temporali che risultano dalla pretesa alla durata e dalla ripetibilità di ogni diritto». È nel confronto con testi capaci di «interrompere la preesistente catena eventuale e stabilire una nuova durata», ma anche di mediare la diversità del nuovo con la rassicurante continuità di comportamenti consolidati, che essa sperimenta, infatti, la sua autentica specificità disciplinare. Ed è proprio per questa strada che la storia del diritto può divenire capace di offrire alla conoscenza del passato un contributo decisamente eccedente i limiti di un puro sapere settoriale, come ci ricordano le fulminee considerazioni di taglio quasi antropologico con le quali nel contributo del 1986 Koselleck chiude la sua densissima riflessione sui rapporti tra storia e diritto:

Nella storia politica, sociale, economica, linguistica e in quella giuridica ci sono differenti velocità di cambiamento che nel complesso coesistono e convergono nell'esperienza quotidiana di ieri, di oggi e di domani. Dalle loro differenze materiali derivano però in ciascuno oggi anche frizioni e uno dei compiti più duraturi del diritto era ed è proprio quello

<sup>51</sup> Ivi, p. 355.

<sup>52</sup> Ivi, p. 356: «Per citare un noto esempio storico, le leggi di riforma di Stein e Hardenberg reagirono nel medio periodo ad un mutamento strutturale della società e nel breve periodo a delle catastrofi politiche ed economiche. La loro spinta innovativa può essere perciò valutata in modo differente; in ogni caso il successo dell'innovazione dipendeva dalla ripetibilità dei nuovi ordinamenti giuridici (*Rechtsordnungen*). Con il suo ordinamento municipale (*Städteordnung*) Stein si riallacciò al tradizionale modello di ordine cetuale. Si trattava di una riforma del ceto municipale (*stadtbürgerliche Standesreform*) e perciò ebbe successo. Fu regolato in modo nuovo un minimo della differenziazione cetuale, per garantire un massimo di autoamministrazione finanziaria e civica. Senza il richiamo ovvero la ripresa di antichi privilegi e regole giuridiche cetuali l'ordinamento municipale sarebbe, presumibilmente, naufragato. Le riforme economiche di Hardenberg furono proporzionalmente molto più innovative e proprio perciò, in parte, naufragarono. Esse riformarono e sostituirono l'ordinamento giuridico municipale del Barone von Stein, imponendo un ordinamento economico comune e statale per tutti gli abitanti prussiani. Furono necessari numerosi atti amministrativi e giurisdizionali, e alla fine ulteriori leggi e accordi interstatuali, per creare quello spazio economico progettato fin dall'inizio e che fu organizzato da regole giuridiche comuni. Antichi interessi – e diritti – cetuali opponevano resistenza, nuovi interessi e pretese giuridiche borghesi premevano per un cambiamento accelerato. La specifica risposta giuridica alle sfide di questa situazione sociale si concretizzò nella ricerca di regole giuridiche che dovevano esprimersi attraverso la ripetuta applicazione e in tal misura potevano anche garantire giustizia. *Elaborare tutto ciò è il compito genuino di una storia giuridica che non può perdersi nella storia sociale generale, nella misura in cui deve affrontare le proprie questioni*».

di aiutarci a risolverle. Suppongo che sia proprio per questo motivo che la storia del diritto procede più lentamente, che ha una differente velocità di mutamento almeno rispetto alla sequenza di eventi della storia politica. La durata, dopo tutto, ha bisogno di tempo. È forse per questo che i giuristi sono più conservatori di altri colleghi: conservatori non per motivi politici, ma perché hanno il buon diritto di esserlo<sup>53</sup>.

#### 4. Storia concettuale e antropologia storica

Per comprendere appieno la portata della teoria koselleckiana dei tempi storici occorrerebbe, peraltro, soffermarsi sull'aspetto più complesso e sfuggente del suo percorso intellettuale, vale a dire quella riflessione quasi-trascendentale sulle condizioni stesse di costituzione dell'«agire» e del «patire storici» che egli ha scelto di rubricare sotto l'etichetta di «*Historik*», chiaramente derivata dalla «cassetta degli attrezzi» dello storicismo ottocentesco<sup>54</sup>, e che rappresenta per molti versi la testimonianza più evidente della formazione spiccatamente filosofica dello storico tedesco<sup>55</sup>. Come «teoria delle condizioni di ogni possibile storia», la *Istorica* di Koselleck non si limita, infatti, a ricercare gli «elementi teoricamente fondati» a suo giudizio necessari per capire «come e perché» le storie «debbano essere studiate, rappresentate o narrate», ma si propone anche di comprendere «come mai le storie accadano e come possano compiersi»<sup>56</sup>, sforzandosi così di portare alla luce il «circuito antropologicamente condizionato, che rimanda l'una all'altra l'esperienza storica e la sua conoscenza»<sup>57</sup>. Un approccio, questo, che nel percorso rifles-

<sup>53</sup> Ivi, p. 358.

<sup>54</sup> R. Koselleck, *Über der Theoriebedürftigkeit der Geschichte* (1972), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 298-316, in part. 299 ss. Sulle origini e lo sviluppo del concetto di «*Historik*» si veda la voce corrispondente in Joachim Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 3, Basel-Stuttgart, Schwabe & Co, 1974, pp. 1132 ss. e in Jürgen Mittelstrass (Hrsg.), *Enzyklopädie philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. 2, pp. 112 s.

<sup>55</sup> Per una piena esplicitazione di questo aspetto si veda Reinhart Koselleck, *Historik und Hermeneutik. Vortrag zu Ehren Hans-Georg Gadamers 85. Geburtstag, am 16.2.1985* (1987), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 97-117 (trad. it. *Istorica ed ermeneutica*, in Reinhart Koselleck, Hans-Georg Gadamer, *Ermeneutica e istorica*, Genova, il melangolo, 1990, pp. 19 ss.). Qui, nell'ambito di una ontologia della temporalità di taglio dichiaratamente post-heideggeriano, Koselleck propone infatti un elenco di categorie «esistenziali» di base, articolate per lo più nella forma di coppie oppositive, che a suo giudizio appaiono idonee «a trattare la struttura-base temporale di ogni possibile storia»: i) la coppia *dover morire/poter uccidere*; ii) la coppia *amico/nemico*; iii) la coppia *interno/esterno*, con la sua sottoarticolazione *segreto/pubblico*; iv) la categoria della *generatività*, con la sua sottoarticolazione *continuità generazionale/frattura generazionale*; v) la categoria della *relazione gerarchica*, con le singole coppie antitetiche (*padrone/schiavo*, *forte/debole*, ecc.) in cui essa di volta in volta si articola.

<sup>56</sup> Koselleck, *Istorica ed ermeneutica*, cit., p. 17.

<sup>57</sup> Reinhart Koselleck, *Geschichte, Geschichten und formale Zeitstrukturen* (1973), in Id., *Vergangene Zukunft*, cit., pp. 130 ss. (trad. it. «*Geschichte*» (storia), «*Geschichten*» (storie) e le strutture formali del tempo, in Koselleck, *Futuro passato*, cit., p. 110). Per comprendere meglio le concrete modalità di questo passaggio si veda Reinhart Koselleck, *Erfahrungswandel und Methodenwechsel*.

sivo koselleckiano ha trovato, forse, il suo più rilevante esito costruttivo nella individuazione di «tre modi temporali di esperienza rigorosamente formalizzati» dalla cui combinazione diviene possibile a suo giudizio derivare concettualmente tutte le «determinazioni differenzianti» necessarie allo storico «per poter rendere visibile la concreta dinamica storica» oggetto delle sue indagini: l'*irreversibilità degli eventi*, con «il prima o il poi nelle diverse connessioni del loro decorso»; la *ripetibilità degli eventi*, col «sottinteso di una loro identità», o declinata come il «ritorno di costellazioni» ovvero come il loro mero «coordinamento figurale o tipologico»; e la *contemporaneità del non contemporaneo*, con «le diverse estensioni temporali in esse contenute», giacché ogni prognosi anticipa eventi che sono sì impliciti nel presente, e in questo senso esistono già, ma che non sono ancora avvenuti<sup>58</sup>.

Come è stato recentemente sottolineato, nel suo sforzo di formalizzazione dei fondamentali *modi* dell'esperienza storica Koselleck non ha mai mirato, peraltro, alla elaborazione di una cornice classificatoria ultimativa e vincolante, da applicare meccanicamente all'interpretazione dei materiali della ricerca storica. Al contrario, egli ha sempre presentato i risultati di questa ambiziosa linea di ricerca come una mera «anticipazione teorica» che dovrebbe aiutare lo storico a dischiudere le «effettive strutture temporali» presenti nelle fonti delle sue indagini. Da questo punto di vista, i «tempi storici» posti al centro della teorizzazione koselleckiana «sono sempre in qualche modo ipotetici e servono a far parlare le fonti», proprio nel senso da lui più volte richiamato «della storica come teoria di possibili storie. Essi necessitano perciò di uno “storico consapevole delle ipotesi”, che tenga a mente la *fictio* prospettivistica posta alla base della sua rappresentazione del fattuale e ne espliciti le anticipazioni teoriche, rimarcando la sua posizione di parlante e le sue categorie»<sup>59</sup>.

È un dato di fatto, però, che nel corso della fase più tarda del suo ricchissimo itinerario intellettuale Koselleck abbia impresso una sempre più decisa caratterizzazione “onto-fenomenologica” alla sua teoria dei tempi storici, servendosi in ultima analisi per portare a compimento la sua prolungata resa dei conti con ogni unilaterale interpretazione del mutamento storico co-

*Eine historisch-anthropologische Skizze* (1988), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 27-77.

<sup>58</sup> Koselleck, «*Geschichte*» (storia), «*Geschichten*» (storie) e le strutture formali del tempo, cit., p. 110: «Dalla combinazione di questi tre criteri formali si possono derivare concettualmente il progresso e la decadenza, l'accelerazione e il rallentamento, il non-ancora e il non-più, il prima e il dopo-che, il troppo-presto e il troppo-tardi, la situazione e la durata, e quante altre determinazioni differenzianti si debbano prendere in considerazione per poter rendere visibile la concreta dinamica storica. Ogni asserzione storica che parta da premesse teoriche per procedere all'indagine empirica ha sempre bisogno di differenziazioni di questo tipo».

<sup>59</sup> Cristian Köhler, *Zur historischen Zeit als Kategorie der medienhistorik*, in Claudia Öhlschlager, Lucia Perrone Capano (Hg.), *Figurationen des Temporalen. Politische, philosophische und mediale Reflexionen über Zeit*, V & R Unipress, pp. 45-63, in part. p. 52.

me regime di innovazione assoluta. Per farsi un'idea degli esiti ultimi di tale percorso credo che, in conclusione, possa essere utile richiamarsi, sia pur brevemente, ad un testo nel complesso poco noto del grande storico tedesco, il saggio *Wiederholungsstrukturen in Sprache und Geschichte*, basato su una lezione tenuta a Friburgo nel 2003 e pubblicato poco dopo la sua morte sulla rivista "Saeculum"<sup>60</sup>. In queste pagine, al centro della riflessione koselleckiana si pone, infatti, ancora una volta, il confronto con quel fondamentale nesso di relazioni tra *durata e cambiamento, ripetizione e innovazione* che, come abbiamo ricordato, ha rappresentato probabilmente il più caratteristico oggetto di riflessione della *Begriffsgeschichte* koselleckiana fin dalle sue origini. E la tesi in esse sviluppata è che, sebbene «le persone e i loro accadimenti, gli eventi e i conflitti così come i loro esiti, ovvero le catastrofi o i compromessi, rappresentino dal punto di vista temporale eventi unici e irripetibili», essi sono sempre «preparati da o contenuti all'interno di precondizioni che si ripetono nel tempo (*widerholende Vorgabe*), senza mai essere identici ad esse». Da questo punto di vista – annota Koselleck –

né la categoria di durata, che trova conferma nella ripetizione dell'identico, né la categoria di eventi unici posti diacronicamente in sequenza (indipendentemente dal fatto che siano visti da una prospettiva progressiva o storicistica) sono di per sé sufficienti per interpretare le storie umane. La natura storica dell'essere umano, o, messa in termini gnoseologici, l'antropologia storica, si colloca [...] tra la costante ripetibilità e l'innovazione permanente. E la questione che ne emerge è come possano essere analizzati e rappresentati in modo stratificato i rapporti di mescolanza<sup>61</sup>.

Ripensata in questa prospettiva, la specificità della *Begriffsgeschichte* come generale direttrice di indagine storica può essere individuata allora, secondo Koselleck, proprio nel tentativo di mettere a tema il rapporto di consustanzialità esistente tra ripetizione e innovazione, servendosene per «registrare» i rallentamenti e le accelerazioni del divenire storico, «a seconda di quanto spesso ripetizione e singolarità (*Einmaligkeit*) possano essere reciprocamente correlati». Secondo questo modello, perché ci sia *accelerazione* occorre, infatti, che «in una serie comparativa si abbiano sempre meno casi di ripetizione e si verificino sempre più novità che si discostano dalle circostanze pregresse», mentre si può parlare di un *rallentamento* «quando le ripetizioni tradizionali divengono un'abitudine o si solidificano così tanto da inibire o rendere impossibile qualsiasi forma di cambiamento». Un approccio, questo, che secondo Koselleck, ci consente di distinguere «ciò che è davvero nuovo nella nostra cosiddetta modernità (*Neuzeit*) – e cioè ciò che non ripete *nulla* di ciò che

<sup>60</sup> Reinhart Koselleck, *Wiederholungsstrukturen in Sprache und Geschichte* (2006), ora in Id., *Von Sinn und Unsinn der Geschichte*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 2010, pp. 96. Una versione più breve del testo era apparsa nel 2005 sulla *Frankfurter Allgemeine Zeitung* con il titolo *Was sich wiederholt*.

<sup>61</sup> Koselleck, *Wiederholungsstrukturen in Sprache und Geschichte*, cit., p. 98.

accadeva prima – e ciò che invece c'era già prima e si è solo riproposto in una forma nuova»<sup>62</sup>, spazzando via una volta per tutte le cattive rappresentazioni epocali che costellano la nostra presunta conoscenza del passato: procedendo in questo modo, diviene, infatti, possibile «determinare i tipi di strutture durature che distinguono tutte le storie umane a prescindere dal periodo di tempo o dall'ambito culturale in cui le collochiamo»; di più, ci si può anche interrogare

su ciò che è proprio a *tutti* gli esseri umani, ciò che è proprio solo ad *alcuni* di loro o ad una *singola* persona. La diacronia si distribuirebbe così in sedimenti stratificati, che consentirebbero varie correlazioni in grado di tagliare trasversalmente le convenzionali epoche storiche. Sulla base dei rapporti di mescolanza tra ripetizione e singolarità le epoche storiche potrebbero essere allora pluralizzate senza cadere preda di più o meno vacue categorie periodizzanti come “vecchio”, “medio” o “nuovo”. Perché non possiamo derivare ciò che è vecchio, medio o nuovo da questi termini. Ma questi rapporti di mescolanza tra ripetizione e singolarità offrono classificazioni sostanziali che sono adatti ad archiviare le tradizionali tre epoche che organizzano i nostri eurocentrici manuali di storia e comprimono le nostre cattedre universitarie<sup>63</sup>.

Per comprendere appieno il senso della nozione di «strutture di ripetizione», occorre ovviamente tenere sempre presente l'impianto quasi-trascendentale caratteristico di questo livello della riflessione koselleckiana, il suo riferimento, cioè, ad un approccio diretto ad indagare «non tanto il movimento, quanto la mobilità, non il mutamento in senso concreto, ma la mutevolezza»<sup>64</sup>. Non è un caso, da questo punto di vista, che nello sviluppo del suo saggio Koselleck senta il bisogno di richiamare ancora una volta l'attenzione sul contesto solo potenziale di produzione evenemenziale definito dalle «strutture di ripetizione»<sup>65</sup>, mettendo in guardia altresì nei confronti del rischio di un abuso di «correlazioni causali» sempre incombente sulla conoscenza storica<sup>66</sup>: secondo lo storico tedesco, ci sono, infatti,

<sup>62</sup> *Ibidem*. Ma sul punto si veda anche Reinhart Koselleck, *Wie neu ist die Neuzeit?* (1990), in Id., *Zeitschichten*, cit., pp. 225-239.

<sup>63</sup> Koselleck, *Wiederholungsstrukturen in Sprache und Geschichte*, cit., p. 99.

<sup>64</sup> Koselleck, *Über die Theoriebedürftigkeit der Geschichtswissenschaft*, cit., p. 299.

<sup>65</sup> Koselleck, *Wiederholungsstrukturen in Sprache und Geschichte*, cit., p. 100: «[...] Le “strutture di ripetizione” mirano a condizioni reiterative di produzione di singoli eventi e delle loro conseguenze, che sono sempre possibili e variamente attuabili, ma sempre legate alle situazioni. Una teoria stocastica delle probabilità potrebbe servirsi di queste possibilità sempre presenti, la cui realizzazione dipende però sempre da una serie sconosciuta di coincidenze. In questo modo una certa singolarità può essere spiegata – o addirittura essere resa probabile».

<sup>66</sup> *Ibidem*: «Ogni storico è in grado di trovare per ciascun evento quante cause vuole o quante gli consente l'approvazione pubblica. Il nostro modello teorico mira ad una aporia che si apre tra le condizioni reiterative di possibili eventi e quegli eventi stessi, assieme alle loro persone attive o passive. Nessun evento può essere completamente e sufficientemente derivato dalle condizioni sincroniche o dalle precondizioni diacroniche, a prescindere dal fatto che siano economiche, religiose, politiche, psicologiche, culturali o di qualsiasi altro tipo».

infinite condizioni (sincroniche) e precondizioni (diacroniche) non riconducibili a una legge che motivano, provocano, consentono e limitano le azioni concrete di agenti reciprocamente in contrasto, competizione o conflitto. Già la sola pluralità di ambiti aperti di azione di coloro che sono coinvolti proibisce l'invenzione di catene unilineari o determinanti di cause e effetti (con l'eccezione di ragionamenti euristici). Sono le stesse strutture di ripetizione che contengono al tempo stesso di più e di meno di ciò che nelle singole occasioni viene alla luce<sup>67</sup>.

Consapevole del rischio di eccessiva astrattezza sempre incombente su questa impegnativa direttrice di sviluppo della sua *Historik*, in questo testo, più che altrove, Koselleck si è sforzato però di fare un passo in più verso la concretezza del divenire storico, impegnandosi in un lavoro di ulteriore messa a fuoco categoriale delle condizioni di possibilità dell'esperienza storica, che sfocia nell'enunciazione di ben *cinque differenti strutture di ripetizione* operanti a diversi livelli di profondità dell'esperienza umana:

- (a) le condizioni extra-umane della nostra esperienza;
- (b) le precondizioni biologiche della vita che noi condividiamo con gli animali;
- (c) le istituzioni;
- (d) le ripetibilità contenute in singole sequenze di eventi;
- (e) le strutture linguistiche di ripetizione, all'interno delle quali sono state generate e riconosciute e vengono ancora generate e scoperte tutte le ripetizioni o le ripetibilità sopra menzionate<sup>68</sup>.

Come credo sia immediatamente evidente, ci troviamo di fronte ad una cornice categoriale ampia e fortemente diversificata, che richiederebbe un puntuale approfondimento dei differenti ambiti di articolazione dell'esperienza storica in essa richiamati. In riferimento alla specifica cornice del nostro discorso, mi sembra opportuno dire qualcosa di più almeno sulla terza di queste tipologie, quella cioè frutto dei processi, tipicamente umani, di *istituzionalizzazione*. In questo ambito Koselleck torna ad attribuire un ruolo di primo piano – accanto alle modalità di organizzazione del lavoro sociale, ai dogmi religiosi, ai programmi e alle organizzazioni di partito, ai mezzi di trasporto e di comunicazione – anche al «diritto» nelle sue diversificate incarnazioni storiche, presentando, anzi, per la prima volta l'indagine delle mutevoli estensioni temporali delle *strutture di ripetizione giuridica* come un punto di accesso privilegiato alla comprensione delle concrete dinamiche della temporalità sociale: «la giustizia e la sicurezza del diritto» – annota, infatti, qui –

possono essere realizzate solo se una volta posto in vigore il diritto viene applicato di nuovo, altrimenti regnerebbe il puro arbitrio, non importa da chi esercitato. La minima

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Koselleck, *Wiederholungsstrukturen in Sprache und Geschichte*, cit., pp. 100 s.

fiducia nel diritto necessaria vive della sua ripetuta – e perciò attesa – riapplicazione. Anche qui, naturalmente, l'intera storia passata ci insegna che di caso in caso sono state richiesti accertamenti e disposizioni giuridiche (*Rechtsfindung und -setzung*) sempre nuovi. E con l'inizio della nostra nuova epoca si verifica uno spostamento, che garantisce alle ordinanze con forza di legge emanate ad hoc e alle leggi proclamate sovranamente un peso crescente rispetto alle regole giuridiche tradizionali o ai costumi, che potevano essere state in vigore per decenni o persino per secoli. Le nostre accelerate condizioni di vita evocano atti giuridici pronti ma anche di minore durata, il cui incremento assicura sempre meno giustizia. Allo stesso tempo, l'ambito giuridico rimane sicuro e capace di garantire la giustizia solo se una misura certa di riapplicazione delle leggi consente di includere tutti i singoli casi di nuova apparizione<sup>69</sup>.

A quanto mi risulta, si tratta dell'unica esplicita apertura dell'*Historik* koselleckiana ad una più puntuale indagine delle molteplici forme di articolazione temporale della normatività giuridica, pure da sempre al centro dei suoi concreti interessi storiografici<sup>70</sup>. Non sappiamo cosa avrebbe potuto seguirne, se è vero che quello offerto dallo storico tedesco in queste pagine non è che un *Theorieskizze*, variamente passibile di applicazione alla concreta ricerca storica. A dispetto della loro frammentarietà, questi passaggi del corpus koselleckiano non hanno mancato, comunque, di produrre echi anche in linee di indagine giuridica distanti dall'originario programma di ricerca della *Begriffsgeschichte*, come dimostra, ad esempio, la recente riflessione di Claudia Roesler sul nesso tra innovazione e conservazione semantica nella storia del linguaggio giuridico<sup>71</sup>. Si tratta di una tendenza a cui è possibile accostare l'influenza esercitata anche in questo ambito di ricerche da altre categorie-chiave della semantica storica koselleckiana come la onnipresente coppia categoriale *spazio di esperienzorizzonte di aspettativa*, negli ultimi anni utilizzata con frequenza sempre maggiore anche nello studio delle moderne dinamiche giuridiche<sup>72</sup>. Al di là dei loro specifici esiti disciplinari, traslazioni e rifrazioni di

<sup>69</sup> Ivi, p. 105.

<sup>70</sup> Cfr. Jochen Hoock, *Droit et société dans la conception de l'histoire de Reinhart Koselleck*, in «Revue Germanique Internationale», n. 25, 2017, pp. 69-77.

<sup>71</sup> C. Roesler, *Legal concepts from the standpoint of innovation and preservation of meaning: a rhetorical perspective*, in Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão, Claudia Roesler (Eds.), *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 123-140, in part. p. 128: «The main goal of this article is [...] to clarify how innovations are produced and introduced in the legal lexicon. Now the research depends on a more detailed look at the internal aspects of the legal discourse. This research will be conducted by taking advantage of some of Theodor Viehweg's suggestions in writings after *Topik und Jurisprudenz*, in which the author drew a circular path between dogmatics, zetetics and base theory that are useful to show how this process of conceptual innovation appears in the field of law. Our project moves, therefore, in the delineation of law as a social artifact articulated intrinsically by history and language and how the former is affected by the issues that affect the latter two. Resorting to an interdisciplinary perspective that unites this knowledge across the board may be an effective way of highlighting aspects that are not very obvious in the legal practice of jurists».

<sup>72</sup> Cfr. George Rodrigo Bandeira Galindo, *Legal Transplants between Time and Space*, in Thomas

questo tipo possono essere considerate anche come un importante contributo all'ulteriore evoluzione e all'ampliamento di un approccio metodologico che lo storico tedesco ha sempre considerato tutt'altro che definito<sup>73</sup>. Nel dibattito degli ultimi anni su questi temi, mi sembra che una esigenza diffusa sia quella di *pensare con Koselleck, oltre Koselleck*<sup>74</sup>. Credo che ciò possa condurre a risultati inediti e interessanti anche nel campo della storia giuridica.

Duve (Ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt a. Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014; Andreas Thier, *Time, Law, and Legal History – Some Observations and Considerations*, in «Rechtsgeschichte/Legal History», 25, 2017, pp. 20-44.

<sup>73</sup> Per un esplicito *caveat* contro le «dune mobili dei puri dibattiti metodologici» si veda Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, cit., p. 337.

<sup>74</sup> Jörn Rüsen, *The Horizon of History moved by Modernity: after and beyond Koselleck*, in «History and Theory», Vol. 60/4, 2021, pp. 74-81.

Francesco Orilia

Il tempo: aspetti ontologici ed etico-esistenziali<sup>1</sup>

### 1. Introduzione

Il tempo è un fenomeno sfuggente ed enigmatico, come Borges evoca da par suo: «Diverse volte mi son detto che non c'è altro enigma che quello del tempo, quell'infinita trama dell'ieri, dell'oggi, dell'avvenire, del sempre e del mai»<sup>2</sup>. Agostino lo ha sottolineato con una frase famosissima, citata infinite volte: «O allora che è il tempo? Se nessuno me lo domanda, lo so: se voglio spiegarlo a chi me lo domanda, non lo so più»<sup>3</sup>.

Agostino rimarca che in un certo senso, implicitamente o inconsapevolmente, sappiamo tutti benissimo che cos'è il tempo, che cosa sono il passato, il presente e il futuro. Questo perché viviamo immersi nel tempo, sempre collocati nel presente, ma in grado di agire tenendo conto del ricordo di eventi passati che ci hanno influenzato e programmando le azioni future. Inoltre, Agostino segnala l'enorme difficoltà di trasformare questa conoscenza implicita in una conoscenza esplicita del tempo, in una teoria filosofica, o scientifica, del tempo, che ci illumini su che cosa siano veramente passato, presente e futuro. Questa è la questione ontologica riguardante il tempo, che è stata al centro della riflessione filosofica fin dalle origini, come è evidente dalla nota contrapposizione tra il divenire di Eraclito e l'essere immutabile di Parmenide e dagli altrettanto noti paradossi di Zenone.

<sup>1</sup> Ho presentato una versione orale di questo scritto, con il titolo "Ontologia temporale: aspetti teorici ed etico-esistenziali", nel seminario *Il tempo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (Sirolo, 6-7 Maggio 2022). Ringrazio tutti i partecipanti per molti interessanti stimoli e sollecitazioni. Questo lavoro è stato sostenuto finanziariamente dal MIUR tramite il progetto PRIN 2017 "The Manifest Image and the Scientific Image" prot. 2017ZNNWW7F\_004.

<sup>2</sup> J.L. Borges, *Il libro di Sabbia*, in J.L. Borges, *Tutte le opere*, vol. II, Milano, Mondadori, 1984, p. 601.

<sup>3</sup> Agostino, *Confessioni*, Libro XI, Cap. XIV.

La filosofia contemporanea continua ad affrontare la questione ontologica in un dibattito sempre più sofisticato. Nel prossimo paragrafo vorrei provare a dare un'idea di questo dibattito, spiegando in modo semplice e sintetico quali sono le principali teorie in gioco e le argomentazioni più importanti che le sostengono. Poi nei due paragrafi successivi vorrei proporre alcune riflessioni su dei risvolti etico-esistenziali della questione ontologica. Vorrei far vedere come una scelta teorica sul piano ontologico possa avere un impatto sul piano etico-esistenziale, al punto da poter suggerire una maggiore "desiderabilità morale", di una particolare teoria ontologica, ossia, a mio parere, il presentismo. Mi soffermerò in questi due paragrafi su due temi: il primo riguardante il passato e cioè il dolore già sofferto; il secondo riguardante il futuro, e cioè il libero arbitrio.

## 2. *La questione ontologica*

Alcuni filosofi della tradizione idealista hanno negato la realtà oggettiva del tempo. In sostanza, hanno negato che il tempo esisterebbe, se non esistessero soggetti pensanti, o che il tempo scorra indipendentemente dalla mente. Fra questi filosofi possiamo annoverare Kant ed Hegel e poi soprattutto uno dei principali esponenti dell'idealismo britannico della *Belle Epoque*, John Ellis McTaggart. Quest'ultimo presenta un'originale argomentazione a favore dell'irrealtà del tempo, tuttora molto discussa, in un citatissimo articolo del 1908, «The Unreality of Time»<sup>4</sup>. La concezione idealista del tempo è basata su speculazioni a priori, tipiche dell'indagine filosofica. Nei primi decenni del Novecento, inizialmente ad opera di Bertrand Russell, si è andata affermando una visione del tempo che ha significative analogie con quella idealista, ma è motivata soprattutto a posteriori alla luce del successo empirico della teoria della relatività. Si tratta della cosiddetta «teoria B», che nega in parte l'oggettività del tempo. A questa si contrappone la cosiddetta «teoria A», che in modi e forme diverse, a seconda delle sue varianti, l'afferma invece pienamente. Si distinguono queste due teorie, con queste denominazioni, dalla seconda metà del Novecento<sup>5</sup>. Le denominazioni sono ispirate dalla terminologia di McTaggart, che distingue convenzionalmente tra «A-determinations» e «B-determinations». Le A-determinazioni sono proprietà di momenti o eventi quali passato, presente e futuro, o anche passato da tre secondi, passato da cinque ore, futuro di tre minuti, futuro di tre anni, e così via. Le chiameremo

<sup>4</sup> J.E. McTaggart, *The Unreality of Time*, «Mind», 17, pp. 457-474; trad. it., L. Cimmino (a cura di), *L'irrealtà del tempo*, Milano, RCS Libri, 2006, pp. 121-141.

<sup>5</sup> Si veda, per esempio, R. Gale (ed. by), *The Philosophy of Time*, New Jersey, Humanities Press, 1968.

“A-proprietà”. Le B-determinazioni sono relazioni tra momenti o eventi quali precedenza e simultaneità. Le chiameremo “B-relazioni”. Molto in sintesi, la teoria A afferma la realtà primaria delle A-proprietà e subordina a queste le B-relazioni; per esempio, un certo evento precede un altro evento in virtù del fatto che, supponiamo, questo è presente e quello è passato. Invece, la teoria B nega la realtà delle A-proprietà e si limita ad affermare quella delle B-relazioni; che un certo evento precede un altro evento è un fatto primario, non riducibile all’esemplificazione di A-proprietà da parte di tali eventi. Adesso offrirò ulteriori dettagli e chiarimenti su questa contrapposizione. Parlerò in primo luogo delle tre principali versioni della teoria A, ossia l’A-eternismo, il passatismo e il presentismo. Poi mi soffermerò sulla teoria B.

L’A-eternismo afferma che le A-proprietà passato, presente e futuro sono oggettivamente esemplificate, ossia ci sono enti che godono di queste proprietà oggettivamente, indipendentemente dal fatto che soggetti pensanti le attribuiscono. Afferma inoltre che tutti gli enti che godono di queste proprietà, passati, presenti o futuri che siano, esistono; esistono *tout court* o *simpliciter*, ossia non sono solo parte della realtà passata, presente o futura a seconda dei casi, ma sono anche parte della realtà in un senso assoluto<sup>6</sup>. Sono dunque parte della realtà non solo eventi oggettivamente presenti come il passaggio nelle vicinanze di un’auto mentre sto scrivendo queste parole, ma anche eventi oggettivamente passati come l’incontro tra Garibaldi e Vittorio Emanuele II a Teano, ed eventi oggettivamente futuri come, supponiamo, la prima nascita di un italiano nel 2030. Inoltre, esistono non solo tali eventi, ma anche i momenti in cui accadono tali eventi, e gli individui protagonisti in questi eventi, sia quelli che esistono ora, come l’auto che ho sentito passare, sia quelli che sono esistiti, come Garibaldi e Vittorio Emanuele II, sia quelli che esisteranno, come il primo italiano del 2030<sup>7</sup>.

Il passatismo sostiene che le A-proprietà passato e presente sono oggettivamente esemplificate, e che tutti gli enti che godono di queste proprietà, passati o presenti che siano, esistono, sono parte della realtà in un senso assoluto. Secondo il passatismo, esistono quindi solo enti passati e presenti, e non esistono enti futuri. In questa visione, la realtà si va quindi continuamente accrescendo<sup>8</sup>. Per esempio, la prima nascita di un italiano nel 2030 e il primo italiano del 2030 non esistono, non sono attualmente parte della realtà, ma (supponiamo) lo diverranno, e ne faranno parte per sempre, così come sono

<sup>6</sup> Non si vuole dire qui che tutti gli enti passati presenti e futuri esistono *ora*, ma semplicemente che esistono. In questo contesto, l’espressione “esistono” deve essere intesa senza tempo verbale, *atensionalmente* (dall’inglese *tenseless*), dicono i filosofi.

<sup>7</sup> L’A-eternismo sembrerebbe l’ontologia temporale accettata da McTaggart, *The Unreality of Time* cit., se quest’ultimo non si schierasse invece per l’irrealtà del tempo. Per una difesa recente dell’A-eternismo, cfr. R. Cameron, *The Moving Spotlight Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

<sup>8</sup> Ed infatti per il passatismo si usa spesso il nome *incrementismo*; in inglese, *growing block theory*.

parte della realtà enti passati quali Garibaldi, Vittorio Emanuele e il loro incontro a Teano, o enti presenti come l'auto di cui ho sentito il rumore<sup>9</sup>.

Il presentismo asserisce che la A-proprietà presente è oggettivamente esemplificata e solo gli enti che godono di questa proprietà esistono; ossia, esistono solo enti presenti. Quindi, sono parte della realtà gli eventi oggettivamente presenti quali il mio scrivere queste parole, e tutto quello che è a ciò simultaneo, ma non sono parte della realtà Garibaldi e la prima nascita di un italiano nel 2030. Possiamo solo dire che l'uno lo è stato e l'altro (presumibilmente) lo sarà<sup>10</sup>.

Queste sono, in estrema sintesi, le tre versioni principali della teoria A. Passiamo adesso alla teoria B. Secondo questo approccio, ci sono eventi e momenti oggettivamente connessi dalle B-relazioni di precedenza e simultaneità, e in questo senso si può ammettere un'esistenza oggettiva del tempo. Tuttavia, degli enti connessi dalle B-relazioni, si può parlare in termini di passato, presente e futuro solo in un senso soggettivo. Per esempio, il rintocco della campana che proprio ora odo è presente in quanto simultaneo all'evento linguistico che è il mio scrivere queste parole; l'incontro a Teano è passato in quanto precede tale evento linguistico; la prima nascita di un italiano nel 2030 è futura in quanto questo evento linguistico la precede. Che qualcosa sia presente diventa così soggettivo tanto quanto la vicinanza spaziale. Per me è vicino il rintocco della campana che sto sentendo ed è lontano il pranzo che, supponiamo, sta facendo Biden alla Casa Bianca, ma sia il rintocco che il pranzo esistono. Analogamente, per me è presente il rintocco e passato l'incontro di Teano. La teoria B è una forma di eternismo, e la potremmo quindi anche chiamare "B-eternismo". Asserisce infatti che esistono, o sono parte della realtà, tutti gli eventi legati dalle B-relazioni di precedenza e simultaneità, passati, presenti o futuri che siano (da un punto di vista soggettivo), e così pure tutti gli individui coinvolti in tali eventi. Quindi, sono parte della realtà, secondo questo approccio, l'incontro di Teano e Garibaldi, nonché la prima nascita di un italiano del 2030 e il primo italiano del 2030<sup>11</sup>.

Vediamo adesso le motivazioni principali a favore di questi approcci.

<sup>9</sup> Il passatismo è stato difeso da C.D. Broad, *Scientific Thought*, London, Routledge and Kegan Paul, 1923, e più recentemente da F. Correia, S. Rosenkranz, *Nothing to come: A Defence of the Growing Block Theory of Time*, Cham, Springer, 2018.

<sup>10</sup> Il presentismo è attribuibile a A.N. Prior, *Past, Present and Future*, Oxford, Clarendon Press, 1967, e negli ultimi anni è stato esplicitamente difeso da molti filosofi analitici, tra i quali, per esempio, J. Bigelow, *Presentism and Properties*, «Philosophical Perspectives», 10, 1996, pp. 35-52, e C. Bourne, *A Future for Presentism*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

<sup>11</sup> Bertrand Russell è il primo a proporre la teoria B, per esempio in B. Russell, *On the experience of time*, «The Monist», 25, 1915, pp. 212-233, seguito da innumerevoli altri sostenitori tra i quali per esempio T. Sider, *Four-Dimensionalism*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

La teoria A rispetta le nostre intuizioni primigenie sullo scorrere del tempo e sulla differenza tra spazio e tempo: sentiamo lo scorrere del tempo come passaggio dal futuro al presente e dal presente al passato, e ciò che è presente ci appare oggettivamente tale al contrario di ciò che è vicino spazialmente. Questo rende la teoria A più vicina al senso comune. La vicinanza al senso comune la ritroviamo soprattutto nel presentismo, che è la versione della teoria A maggiormente seguita. Possiamo ritenere parte del senso comune la classica affermazione che il passato non c'è più e il futuro non c'è ancora, che troviamo in Sesto Empirico (*Contro i fisici*, 2, 197) e poi in Agostino (*Confessioni*, libro XI, capp. 14-15). In linea con questa affermazione, il presentista sostiene che esiste solo il presente. E soltanto ammettendo che c'è solo il presente possiamo concepire noi stessi e gli altri individui che ci circondano, in sintonia con il senso comune, come enti tridimensionali che persistono auto-identici nel tempo pur cambiando le loro proprietà. Per esempio, il limone che mi accingo a raccogliere è ora giallo e maturo, era verde e acerbo qualche settimana fa, e sarà marcio e ammuffito tra qualche settimana se dimenticato e abbandonato a sé stesso in cucina. Ma è sempre quel limone, tutto compreso nel momento presente in cui esiste. In una visione eternista, invece, il limone è frammentato in un'infinità di parti o fasi temporali, ciascuna esistente nei diversi momenti del tempo a partire da quando ha cominciato a esistere fino a quando cesserà; c'è quindi il limone giallo e maturo che sto raccogliendo, tanto quanto quello verde e acerbo e quello marcio e ammuffito. Questo sfida il senso comune. Va un po' meglio con il passatismo, per il quale ci sono solo le fasi passate del limone, ma è pur sempre difficile da digerire che esistano queste infinite fasi, tanto quanto la fase gialla e matura che sto raccogliendo. Nel passatismo o nell'eternismo non si sostiene soltanto che esiste Socrate, ma che esistono infiniti Socrate: Socrate che afferma che sa di non sapere, tanto quanto Socrate che beve la cicuta. E nell'eternismo si sostiene anche che esistono, per esempio, infiniti Biden futuri, quello che, supponiamo, brinda all'arrivo del 2024, e quello che, supponiamo ancora, abbandona la Casa Bianca alla fine del suo mandato. Questa visione è particolarmente straniante e difficile da accettare, se la rapportiamo a noi stessi e in particolare ai nostri ricordi e alle nostre aspettative e intenzioni. Per esempio, mi ricordo di quella dolorosa visita dal dentista nel 2018 e del sollievo quando è finita, ma se è vero l'eternismo (o il passatismo) non esisto solo io qui e ora, ma anche quel me stesso del 2018 che prova dolore dal dentista. E se è vero l'eternismo esiste anche, supponiamo, il me stesso che tra due settimane è dal dentista, anche se adesso la paura che sarà un'esperienza dolorosa fa vacillare la mia intenzione di andare all'appuntamento che ho fissato. Che ci siano infiniti me stessi, che coprono tutto l'arco della mia esistenza, dall'inizio alla fine, tutti esistenti quanto me stesso qui ed ora, non è facile da concepire e accettare. Penso piut-

tosto a me stesso come tutto qui e ora, pur coi miei ricordi di quello che ero e le aspettative su quello che sarò.

La teoria B appare però favorita dalla scienza corrente e in virtù di questo sembra sia l'approccio di maggior successo, prediletto dalla maggioranza dei filosofi che si occupano di queste questioni. È in particolare la fisica relativistica che appare in sintonia con la teoria B<sup>12</sup>. Infatti, nella teoria della relatività, la simultaneità è relativa al sistema di riferimento e non c'è motivo per assumere un sistema di riferimento privilegiato. Quindi, non si può dire in assoluto se un certo evento è simultaneo ad un altro; dipende dal sistema di riferimento, e di conseguenza non sembra esserci spazio per un presente oggettivo e in generale per A-proprietà oggettivamente esemplificate. Per esempio, se Giovanni è seduto in una stazione e Marta è affacciata dal finestrino in un treno in corsa che attraversa la stazione, Giovanni e Marta sono in due diversi sistemi di riferimento. E può accadere che il passaggio del treno dalla stazione per Marta è simultaneo ad un certo altro evento, per esempio la partenza di una spedizione verso la terra da Andromeda<sup>13</sup>; mentre non lo è per Giovanni, per il quale la partenza da Andromeda precede, o segue, il passaggio del treno dalla stazione. Stando così le cose, sia per Marta che per Giovanni il passaggio del treno è presente, ma per lei la partenza della spedizione è altrettanto presente, in quanto simultanea al passaggio del treno dalla stazione, mentre per lui è passata, se precede il passaggio, o futura, se segue il passaggio.

Per quanto tutti questi approcci abbiano dei seguaci, le due teorie agli estremi opposti, il presentismo e il B-eterismo, si configurano come le più interessanti e di fatto sono quelle maggiormente sostenute. Nel seguito concentrerò quindi su di esse la mia attenzione, ma parlerò genericamente di eterismo, dal momento che le considerazioni che farò si applicano indifferentemente sia all'eterismo di tipo B, che a quello di tipo A. Proverò a valutare presentismo ed eterismo da un punto di vista che potremmo chiamare etico-esistenziale. Metterò cioè da parte la questione teoretica di quale tra queste due opposte visioni rappresenti meglio la realtà delle cose e mi soffermerò piuttosto su certi risvolti pratici che la scelta dell'una o dell'altra potrebbero avere, favorendo atteggiamenti esistenziali con impatti emotivi diversi e che toccano la sfera etica, nel senso ampio del termine. Argomenterò che da questo punto di vista il presentismo è preferibile o maggiormente desiderabile, ossia che dovremmo desiderare che sia vero il presentismo piuttosto che l'eterismo<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Su questo tema, cfr. M. Dorato, *Che cos'è il tempo*, Roma, Carocci, 2013.

<sup>13</sup> Come immagina R. Penrose, discutendo approfonditamente un esempio analogo, nel cap. 5 del suo R. Penrose, *The Emperor's New Mind*, Oxford, Oxford University Press 1989 (trad. it., *La mente nuova dell'imperatore*, Milano, BUR, 2000).

<sup>14</sup> Le argomentazioni che presenterò qui sono accennate nel mio libro F. Orilia, *Filosofia del tempo. Il dibattito contemporaneo*, Roma, Carocci, Roma, 2012, e sviluppate più approfonditamente in alcuni miei lavori successivi, soprattutto nell'articolo F. Orilia, *On the Existential Side of the Eternalism-*

### 3. *Il dolore passato*

L'eternismo può apparire consolante. Sia Russell che Einstein lo hanno proposto come un rasserenante contraltare alla caducità della vita. In una famosa lettera del 21 Maggio 1955 alla sorella dell'amico Michele Besso, morto da poco, Einstein suggerisce che possa aiutarci ad accettare perdite e lutti, scrivendo così: «Michele mi ha preceduto nel congedarsi da questo strano mondo. Questo non significa nulla ... per noi che crediamo nella fisica, la differenza tra passato presente e futuro è solo un'illusione, per quanto testarda». E prima ancora Russell ha scritto che emanciparsi da questa illusione è «la porta della saggezza»<sup>15</sup>. Forse l'eternismo è in sintonia con il desiderio di preservare ciò a cui attribuiamo valore, soprattutto noi stessi e le persone che ci sono più care, e poi anche le nostre azioni più significative, tutto il bello e il buono che noi umani abbiamo prodotto, e tutto ciò che in questa nostra terra o nell'universo intero ci appare bello, o per dirla con Kant, sublime.

Tuttavia, se ci soffermiamo seriamente sul fatto che il passato è anche pieno di dolore e sofferenze fisiche e morali, di ingiustizie e mali di ogni sorta, la prospettiva si ribalta e il presentismo si rivela, a mio avviso, una prospettiva preferibile da un punto di vista etico-esistenziale. Se infatti pensiamo al dolore passato dovremmo sentirci risollepati al pensiero che, per quanto sia stato parte della realtà, questo dolore non esiste, non è parte della realtà. E questo è appunto quello che il presentismo afferma e che invece l'eternismo nega.

Il punto cruciale è che tra i tanti eventi del passato ci sono gli eventi che coinvolgono come partecipanti esseri viventi con sensazioni, pensieri, aspettative, desideri, e quindi con stati di piacere e di dolore. Questi eventi possiamo chiamarli per comodità eventi "senzienti". Possono essere dolorosi e piacevoli, a seconda dei casi, ma se ci concentriamo emotivamente ed empaticamente su quelli dolorosi, il presentismo appare preferibile all'eternismo. Questo perché, se l'eternismo è vero, esistono tutti gli eventi senzienti dolorosi del passato, che invece non esistono, se è vero il presentismo. Per rendere più vivida la differenza ci si può concentrare su un caso specifico in cui si sommano atroce sofferenza, crudeltà e ingiustizia, come in uno dei terribili esperimenti su cavie umane del dottor Mengele ad Auschwitz. Se è vero l'eternismo, esiste l'atroce dolore della vittima di questo esperimento. È vero che non esiste ora, ma ugualmente esiste, è parte della realtà, anche se è lontano da noi nel tempo, così come lo è il dolore di una persona che sta soffrendo ora lontano da noi nello spazio, per esempio una povera vittima della dura repressione dei moti di rivolta in Iran. Al contrario, assumendo la verità del presentismo, il

*Presentism Dispute*, «Manuscrito: revista internacional de filosofia», 39, 4, 2016, pp. 225-254.

<sup>15</sup> Cfr. B. Russell, *Mysticism and Logic and Other Essays*, Londra, Allen & Unwin, 1917, cap. 2, §3 (trad. it. *Misticismo e logica*, Milano, Longanesi, 1964).

dolore della vittima di Mengele non esiste, anche se purtroppo è esistito. C'è qui la differenza cruciale tra essere parte della realtà, ed essere stato parte della realtà. Se cogliamo questa differenza con un adeguato atteggiamento empatico, il presentismo dovrebbe sembrarci più desiderabile dell'eternismo. Seguendo la terminologia di un mio lavoro precedente<sup>16</sup>, chiamiamo questa argomentazione «argomento per la desiderabilità morale del presentismo». Un'argomentazione analoga è stata sviluppata indipendentemente da Ryan Mullins per sostenere che la prospettiva escatologica della teologia cristiana è incompatibile con l'eternismo e richiede piuttosto il presentismo<sup>17</sup>. In tale prospettiva, Dio garantisce che la realtà evolve verso un futuro stadio finale in cui il male sarà sconfitto e radicalmente eliminato. Se però fosse vero l'eternismo, rimarrebbe vero che tutto il male del passato è parte della realtà anche in questo stadio finale e non sarebbe quindi sostenibile che si sia pervenuti a un'eliminazione del male. Ci sarebbe un'eliminazione del male nello stadio finale, ma questo stadio sarebbe solo una parte della realtà, e rimarrebbe vero che tutte le parti della realtà precedenti a tale stadio contengono il male.

L'argomentazione per la desiderabilità morale del presentismo non è completa però, se non si tiene conto dell'altro lato della medaglia, quello che può portarci a considerare consolatorio l'eternismo e che si può vedere come un argomento per la desiderabilità morale dell'eternismo: se è vero l'eternismo, tutto il bene del passato è parte della realtà, in particolare tutti gli eventi sensibili piacevoli del passato e, alla luce di questo, l'eternismo è preferibile al presentismo, perché al contrario di quest'ultimo garantisce l'esistenza di tali eventi. Si può ribattere però che l'assenza di dolore è preferibile alla presenza di piacere, completando così con successo l'argomento a favore della desiderabilità del presentismo. Per cogliere bene questo punto, ci si può avvalere di questo esperimento mentale. Supponiamo di sapere che un demone potente e malizioso, al quale non possiamo opporci, stia per decidere tra due opzioni con il lancio di una moneta: se viene croce, concederà a due o più persone una gioia paradisiaca e infliggerà ad un'altra persona atroci sofferenze; se viene testa, non farà niente. Pur non potendo fermare il demone, certamente ci troveremmo a desiderare che l'esito del lancio sia testa, anche se nell'altro caso solo una persona soffre e invece due o più godono. Analogamente, dovremmo desiderare la verità del presentismo, piuttosto che dell'eternismo. Il punto è che, come mostra l'esperimento mentale, preferiamo l'assenza di dolore alla presenza di piacere. Possiamo concludere quindi che l'argomento per la desiderabilità del presentismo supera quello per la desiderabilità dell'eternismo.

<sup>16</sup> Cfr. F. Orilia, *The Moral Desirability of Presentism*, in M. Szatkowski (ed. by), *God, Time, Infinity*, Berlin, De Gruyter, 2015, pp. 147-162.

<sup>17</sup> R.T. Mullins, *Four-Dimensionalism, Evil, and Christian Belief*, «Philosophia Christi», 16, 2014, pp. 117-137.

Questo argomento è stato oggetto di diverse obiezioni alle quali ho risposto<sup>18</sup>. Mi vorrei soffermare qui sulla più interessante tra queste. È stata formulata originariamente da un revisore anonimo, e poi è stata approfondita da Ernesto Graziani dapprima in una nostra conversazione e poi ulteriormente in un recente articolo<sup>19</sup>. Nella sua originale formulazione, l'obiezione vede il mio argomento come la proposta di un paragone morale che riguarda il nostro mondo, con la sua triste storia che ingloba tante vergognose tragedie; il paragone è tra questo nostro mondo concepito come presentista e questo nostro mondo concepito come eternista, ossia, in breve, tra il mondo reale presentista e il mondo reale eternista. Il mio argomento di fatto sostiene che il mondo reale presentista è superiore moralmente al mondo reale presentista, perché nel primo il male passato è esistito, ma non esiste, mentre nel secondo non solo è esistito, ma esiste *tout court* (anche se non esiste ora). L'obiezione ribatte che ciò che conta veramente nella valutazione morale di un mondo è la storia, ciò che è *accaduto*, indipendentemente dalla differenza ontologica dei due mondi, ossia che l'uno è presentista e l'altro è eternista. Se in entrambi sono accadute le stesse tragedie e sofferenze, se condividono cioè la stessa brutta storia, una storia che, per esempio, comprende l'Olocausto, diamo un giudizio egualmente negativo di entrambi i mondi. A questo ho risposto che l'obiezione mette correttamente l'accento sul fatto che la storia sia rilevante nella valutazione morale: certamente preferiremmo, per esempio, che l'Olocausto non fosse accaduto. Quindi, potremmo dire che un mondo controfattuale senza l'Olocausto è *ceteris paribus* preferibile al mondo reale con l'Olocausto. Tuttavia, ho anche sottolineato, l'obiezione dimentica il punto cruciale che è la differenza tra il fatto che c'è stata, per esempio, una tortura ad Auschwitz, e il fatto che questa tortura ad Auschwitz è parte della realtà. Il mondo reale presentista e quello reale eternista condividono il fatto che la tortura c'è stata, ma solo nel mondo eternista la tortura è parte della realtà, e quindi la sofferenza di questa tortura esiste. Detto diversamente, l'eternista e il presentista sono concordi nell'ammettere che la proposizione "la vittima della tortura ha sofferto" è vera, e riflettere ora su questo comporta sdegno, sofferenza empatica e un giudizio negativo sulla storia del nostro mondo. Per il presentista però la sofferenza della vittima non è parte della realtà, e questo dovrebbe essere consolante, mentre per l'eternista questa sofferenza è parte della realtà tanto quanto la sofferenza di qualcuno torturato adesso e che non vediamo solo perché è spazialmente distante da noi.

<sup>18</sup> Cfr. Orilia, *On the Existential Side of the Eternalism-Presentism Dispute*, cit., §§ 2.2-2.3.

<sup>19</sup> E. Graziani, *Presentism and the Pain of the Past: A Reply to Orilia*, «Philosophical Inquiries», 9, 2, 2021, pp. 53-66.

Graziani mi ha fatto vedere nella nostra conversazione che l'obiezione del revisore anonimo si può rendere più acuta con un esperimento mentale in cui si paragona con il mondo reale eternista un modo controfattuale presentista con una storia più brutta, per esempio a causa di una maggiore lunghezza della seconda guerra mondiale, che permette ai nazisti di perpetrare ulteriori crimini<sup>20</sup>. Se ci chiediamo quali tra questi due mondi preferiamo, ha suggerito Graziani, rispondiamo che è preferibile il mondo reale eternista, nonostante il fatto che la quantità di male aggiuntivo nel mondo controfattuale presentista è minuscola a paragone dell'enorme quantità di male passato che è parte della realtà nel mondo presentista. Ma se è vero che rispondiamo in questo modo, allora, conclude l'obiezione, il valore morale di un mondo dipende dalla sua storia e non dalla sua ontologia, presentista o eternista, e alla luce di ciò sarebbe sbagliato sostenere che il presentismo è più desiderabile moralmente dell'eternismo. Ho risposto ammettendo che questo esperimento mentale può portarci ad incrementare il peso che ci sentiamo di dare alla sua storia nella valutazione morale di un mondo. Ho sottolineato tuttavia che dobbiamo vedere l'argomento morale a favore del presentismo come principalmente un argomento che riguarda questo nostro mondo con la sua storia. Da questo punto di vista, è cruciale come consideriamo ontologicamente questa storia. Se la vediamo in modo presentista, le sofferenze passate non esistono, ma se la vediamo in modo eternista esistono e sono paragonabili a sofferenze spazialmente lontane e tuttavia esistenti. E questo dovrebbe portarci a preferire il presentismo<sup>21</sup>.

Nell'articolo summenzionato, Graziani ha ancora approfondito l'obiezione con un ulteriore esperimento mentale, volto a convincerci che lo statuto ontologico del passato non è rilevante per la valutazione morale e che ciò che conta è solo la storia. Ci viene chiesto d'immaginare un graduale peggioramento controfattuale di un mondo presentista con l'obiettivo di chiedersi se c'è una soglia di peggioramento superata la quale il mondo controfattuale presentista, così peggiorato, ci appare meno preferibile del mondo reale eternista. Si potrebbe pensare che la soglia si superi immediatamente con qualsiasi minimo peggioramento, per esempio, la frattura dell'alluce di qualcuno che urta la gamba di un tavolo. Graziani pensa che sia così, e questo dimostrerebbe, sostiene Graziani, che lo statuto ontologico è irrilevante: se basta immaginare che c'è stata una piccola sofferenza aggiuntiva, incomparabilmente minuscola rispetto al male passato che esiste nel mondo reale presentista, ciò vuol dire che il fatto che questo male passato esista, in aggiunta al fatto che sia esistito, sia irrilevante. Oppure, ammette Graziani, si potrebbe pensare che il peggioramento debba

<sup>20</sup> Cfr. Orilia, *On the Existential Side of the Eternalism-Presentism Dispute*, cit., p. 237.

<sup>21</sup> Ivi, p. 238.

essere ampio e significativo per superare la soglia in questione; che ci vorrebbe per esempio un prolungamento di tre mesi degli abusi e dei delitti nei campi di concentramento nazisti. Anche in questo caso, secondo Graziani, si dovrebbe però concludere che lo statuto ontologico del male passato è irrilevante, perché la sofferenza aggiuntiva che stiamo immaginando rimane spropositatamente inferiore rispetto a tutto il male passato del mondo reale eternista, nel quale esso non solo è esistito, ma esiste, mentre nel mondo presentista, pur controfattualmente peggiorato, è esistito ma non esiste.

Nonostante sia estremamente interessante sollecitare e vagliare le nostre reazioni emotive a questi peggioramenti controfattuali, a me sembra che in ultima analisi il mio argomento a favore della maggiore desiderabilità del presentismo non venga intaccato. Bisogna ammettere che ci disturba immaginare che ci siano stati più male e sofferenza di quelli che effettivamente ci sono stati. Questo dipende presumibilmente dalle nostre capacità empatiche e di giudizio morale. Ma si può obiettare che ipotizzare un incremento di male e sofferenza passati, dovrebbe far aumentare la desiderabilità del presentismo piuttosto che portarci a ritenere che sia irrilevante che il mondo sia eternista o presentista. Potremmo pur ammettere che messi di fronte alla scelta tra desiderare che il mondo sia presentista, ma con una storia peggiorata, e desiderare che il mondo sia eternista, ma con la storia che effettivamente ha avuto, le nostre capacità empatiche e di giudizio morale ci impediscano di optare per la prima ipotesi. Questo dimostra, però, soprattutto qualcosa sul modo in cui noi siamo portati a giudicare piuttosto che sull'irrelevanza dello statuto ontologico del mondo rispetto alla desiderabilità. E infatti quanto più immaginiamo un peggioramento della storia passata tanto più dovremmo preferire che il mondo sia presentista, perché, con l'opzione presentista, la sofferenza passata aggiuntiva che stiamo immaginando è semplicemente una sofferenza che c'è stata, ma non c'è. E conversamente, quanto più immaginiamo un miglioramento della storia passata, meno marcata diventa la desiderabilità del presentismo, al punto che, se immaginiamo un passato di puro bene e senza sofferenza, dovremmo forse preferire l'opzione eternista, o quanto meno quella passatista. E infatti l'argomento morale per la desiderabilità del presentismo si fonda sull'assunto empirico che c'è stata sofferenza. Nell'ipotesi controfattuale di un mondo senza sofferenza passata, non potremmo derivare la maggiore desiderabilità del presentismo rispetto all'eternismo.

#### 4. *Il libero arbitrio*

C'è un motivo di tipo completamente diverso da quello discusso nel paragrafo precedente per desiderare la verità del presentismo ed ha a che vedere con il libero arbitrio. Noi ci vediamo come agenti liberi, ossia moralmente

responsabili delle nostre azioni, che deliberano in un modo, ma avrebbero potuto deliberare in un altro modo. In generale, pensiamo che quando agiamo deliberatamente in un modo, quando scegliamo di agire in quel modo, avremmo potuto agire diversamente, in quanto avremmo potuto scegliere, o deliberare, diversamente. In questo consiste la cosiddetta concezione libertaria del libero arbitrio, considerata incompatibile con il determinismo, e tipicamente contrapposta alla concezione compatibilista, secondo la quale il libero arbitrio è invece compatibile con il determinismo<sup>22</sup>. L'eternismo non appare compatibile con la concezione libertaria del libero arbitrio e quindi, se a questa attribuiamo valore, allora dovremmo preferire un'ontologia non eternista, e quindi presentista o quanto meno passatista (ma nel seguito tralascerò l'opzione passatista, visti i motivi già addotti per preferire a questa il presentismo). Vorrei adesso chiarire perché sussiste questa incompatibilità dell'eternismo con la concezione libertaria del libero arbitrio.

Il punto cruciale di questa concezione è che, quando una scelta è libera, l'agente avrebbe potuto scegliere diversamente e quindi agire diversamente da come di fatto ha scelto e ha agito. In altri termini, pur se l'agente A, al momento t, sceglie di fare X, non è necessario che scelga di fare X; ossia, la proposizione "al momento t, A sceglie di fare X" è una proposizione vera, ma non è necessariamente vera. Consideriamo per esempio il fatidico incontro di Garibaldi e Vittorio Emanuele II a Teano, il 26 Ottobre 1860 alle ore 8.30, quando Garibaldi pronunzia la celebre frase «Obbedisco» (assumendo vero il tradizionale racconto). Se la scelta di Garibaldi è stata libera, avrebbe potuto scegliere diversamente, decidendo per esempio di dire qualcos'altro, oppure di rimanere in silenzio; ossia, assumendo la concezione libertaria del libero arbitrio, la proposizione "il 26 Ottobre 1860 alle ore 8.30 Garibaldi dice: «Obbedisco»" è vera, ma non è necessariamente vera. Ma, se assumiamo l'eternismo, siamo costretti ad ammettere che invece questa proposizione è *necessariamente vera*, ossia non è vero che Garibaldi avrebbe potuto scegliere diversamente.

Per chiarire perché le cose stanno così, è opportuno distinguere diversi tipi di necessità per identificare correttamente il tipo di necessità che è in gioco in questa questione. C'è in primo luogo una necessità logico-matematica. Non è semplicemente vero, per esempio, che, se è vero P, ed è vero che P implica Q, allora anche Q è vero. Oppure, non è semplicemente vero che  $2 + 2 = 4$ . Queste proposizioni sono anche necessariamente vere, nel senso della necessità logico-matematica. Questa necessità ovviamente non c'entra niente con la scelta di Garibaldi a Teano. C'è poi una (più controversa) necessità metafisica,

<sup>22</sup> Si veda su questi temi, per esempio, M. De Caro, *Il libero arbitrio. Un'introduzione*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

che ha a che vedere con la distinzione tra proprietà essenziali e accidentali. Per esempio, Mattarella è un essere umano necessariamente; poi è anche presidente, ma in questo caso non necessariamente. Presumibilmente, anche questa necessità metafisica non c'entra con la scelta di Garibaldi. C'è inoltre una necessità nomologica, dovuta alle leggi di natura. Per esempio, è necessaria in questo senso l'eclissi solare del 12 agosto 2026. Questa necessità è qui rilevante ed è opportuno soffermarci su di essa. Secondo il determinismo, le leggi di natura e l'insieme degli avvenimenti di un certo momento determinano tutti gli avvenimenti di qualsiasi altro momento successivo. Se è vero il determinismo, quindi, che Garibaldi dice «Obbedisco» a Teano è necessario, nel senso nomologico, tanto quanto l'eclissi solare del 12 agosto 2026: Garibaldi non avrebbe potuto scegliere diversamente. Tuttavia, il determinismo non è prescritto dalla scienza contemporanea, e anzi la meccanica quantistica suggerisce l'opposto a livello microfisico. Se non è vero il determinismo, possiamo pur sempre concedere che molti eventi sono determinati, per esempio le eclissi e altri fenomeni astronomici, e nel contempo assumere che altri eventi non lo siano, e annoverare tra questi, almeno in alcuni casi, le nostre deliberazioni. Questa opzione è aperta sia al presentista che all'eternista. Entrambi possono quindi affermare che Garibaldi avrebbe potuto scegliere diversamente, che non è nomologicamente necessario, che abbia scelto in quel modo<sup>23</sup>. C'è però un ulteriore tipo di necessità che emerge con l'ontologia eternista. Nell'eternismo, tutti gli eventi di ogni momento esistono *tout court*, per quanto ciascuno collocato nel suo momento, nel momento in cui accade. Quindi, in qualsiasi momento precedente il 26 Ottobre 1860, ore 8.30, era già vero che esiste, collocato in quel momento, l'evento consistente nella scelta di dire «Obbedisco» da parte di Garibaldi. Per esempio, il 25 Ottobre 1860 era già vero che Garibaldi avrebbe detto «Obbedisco» il giorno dopo. Era già, potremmo dire, prefissato, e potremmo parlare di necessità da prefissazione. Dal punto di vista di questa necessità, assumendo l'eternismo, era necessario che Garibaldi scegliesse di dire «obbedisco» il 26 Ottobre 1860, ore 8.30. Garibaldi non avrebbe potuto fare diversamente, perché, assumendo l'eternismo, l'evento consistente in questa scelta esiste da sempre, collocato in quel preciso momento. E analogamente esiste da sempre la particolare volizione che implementa la scelta e la successiva azione causata dalla volizione. Dal momento che l'eternismo porta comunque a questo tipo di necessità, esso non sembra pienamente compatibile con la concezione libertaria del libero arbitrio. Lo può essere in parte, se rifiuta il determinismo, ma non pienamente, perché

<sup>23</sup> Su questo tipo di compatibilità tra eternismo e libero arbitrio, si veda, per esempio, M. Dorato, *Futuro aperto e libertà*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

intrinsecamente e inevitabilmente legato alla necessità da prefissazione per qualsiasi evento e quindi anche per gli eventi che sono le scelte umane.

Molte nostre scelte sono banali o comunque irrilevanti da un punto di vista morale, ma talvolta siamo chiamati a scelte complesse o anche drammatiche. Concepire le scelte nel modo in cui ci porta a vederle l'eternismo, cioè come già prefissate, può anche essere rassicurante. Per qualcuno il pensiero che la sua scelta e le azioni che ne conseguono siano inevitabili può alleviare il peso del processo decisionale, e questo potrebbe essere particolarmente vero per chi trova difficile decidere e tende a temere che rimpiangerà la scelta fatta. Tuttavia, vedere le nostre scelte e le azioni conseguenti come già prefissate, piccoli fotogrammi di un gigantesco film tutto esistente, infrange la concezione di noi stessi come agenti liberi, capaci di provare, a seconda dei casi, orgoglio o vergogna per queste scelte. Al contrario, dal punto di vista presentista, il futuro è aperto, arriva all'esistenza di momento in momento e, seppure in minima parte, noi contribuiamo con le nostre libere scelte a crearne i contenuti e possiamo sentirci pienamente responsabili delle nostre azioni. Questo mi sembra preferibile e si configura ai miei occhi come un'ulteriore motivo per la desiderabilità del presentismo.

### 5. *Conclusione*

Ovviamente, una teoria può essere desiderabile quanto si voglia e tuttavia essere falsa. Si potrebbe pensare che questa sia la sorte del presentismo, dato che non sembra in linea con la teoria della relatività, che invece sembra favorire il B-eternismo. Non penso sia giusto che la filosofia ignori i contributi della scienza e le mie argomentazioni a favore della desiderabilità del presentismo non vanno considerate come un invito a ignorare quello che la teoria della relatività sembra suggerire. Al contrario vorrei proporre che ci sono dei buoni motivi per approfondire una rilettura della teoria della relatività in una chiave diversa, che la renda compatibile con la teoria A e quindi in particolare col presentismo. La teoria della relatività come tradizionalmente concepita tradisce un presupposto verificazionista. Si misura il tempo relativamente ad un sistema di riferimento e, in assenza di ragioni fisiche per privilegiare un sistema di riferimento piuttosto che un altro, si trae la conseguenza che non c'è un sistema di riferimento privilegiato, quale l'etere della fisica pre-einsteiniana. Non possiamo infatti verificarne l'esistenza. Tuttavia, possiamo pur sempre postularlo, arrivando così a differenziare il tempo misurato dal punto di vista di un sistema di riferimento e il tempo assoluto del sistema di riferimento privilegiato. Questo non è del tutto implausibile da un punto di vista metodologico, perché, aprendo la strada al presentismo, rende possibile un enorme risparmio ontologico sul numero degli enti alla cui esistenza dobbia-

mo impegnarci: invece che enti passati, presenti e futuri, soltanto enti presenti. Il rasoio di Ockham predica che gli enti non vanno moltiplicati senza necessità e suggerisce quindi questa scelta.

Carlo Rovelli, nel suo fortunato libro “L’ordine del tempo”<sup>24</sup>, cita tre importanti fisici che ammettono «un tempo privilegiato e un presente reale». Sono Lee Smolin, George Ellis e Samy Maroun. Con quest’ultimo, Rovelli ha scritto un articolo che va in questa direzione esplorando «la possibilità di riscrivere la fisica relativistica distinguendo il tempo che guida il ritmo dei processi da un “vero” tempo universale». Rovelli ammette che questo tentativo è «difendibile», ma ciò nonostante risponde negativamente a questa domanda: «Ma è fertile?»<sup>25</sup>. Alla luce di quanto ho detto sopra, credo si possa invece rispondere affermativamente.

<sup>24</sup> C. Rovelli, *L’ordine del tempo*, Milano, Adelphi, 2017, nota 37, pp. 186-187.

<sup>25</sup> *Ibidem*.



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 declinano<sup>1</sup>, di persone che *in brevi spatio mutantur ... et quasi cursores vitae lampada tradunt*<sup>2</sup>. 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»<sup>3</sup>.

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*<sup>4</sup>, 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).

<sup>1</sup> *Iliade*, VI, v. 146s.

<sup>2</sup> Lucrezio, *De rerum natura*, II, v. 78-79.

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

<sup>4</sup> 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»<sup>5</sup>. «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»<sup>6</sup> (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 generalpreventivo<sup>7</sup>.

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 attuale<sup>8</sup>. 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»<sup>9</sup>.

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> S. Cotta, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Brescia, Morcelliana-Scholé, 2018, p. 125.

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

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

<sup>9</sup> 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»<sup>10</sup>. 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 legale<sup>11</sup>.

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 penale<sup>12</sup>. «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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> «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.

<sup>12</sup> 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 incorporato<sup>13</sup>. 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 sociali<sup>14</sup>. 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 bilancia<sup>15</sup>: 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 Arendt<sup>16</sup>, 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-

<sup>13</sup> «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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> A. Prospero, *Giustizia bendata*, Torino, Einaudi, 2008.

<sup>16</sup> 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 responsabilità<sup>17</sup> 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 giudicato<sup>18</sup>. 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

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

<sup>18</sup> 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 dantesco<sup>19</sup>.

Il tempo traveste tutte le cose, «l'estreme sembianze e le reliquie della terra e del ciel»<sup>20</sup>. Fuori dell'orizzonte del diritto, la dimensione temporale viene in rilievo là dove si chiedo 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 diritto<sup>21</sup>, teorie che *possono dare impulso e struttura a un discorso pubblico sul senso della pena statale*<sup>22</sup>: 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.

<sup>19</sup> D. Alighieri, *Inferno*, II, v. 4, 8.

<sup>20</sup> U. Foscolo, *I sepolcri*.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 problema<sup>23</sup>. La distinzione concettuale fra diritto e giustizia, fra diritto e morale, consente di porre in relazione i due piani<sup>24</sup>. 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 retribuzionisti<sup>25</sup>. 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 Costituzione<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> «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.

<sup>24</sup> «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.

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

<sup>26</sup> 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»<sup>27</sup>.

Di questo modello la dottrina ha analizzato pregi e difetti<sup>28</sup>. 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 pena<sup>29</sup>: 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.

<sup>27</sup> C. Cost. n. 264/1974, n. 306/1993.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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»<sup>30</sup>.

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 stoici<sup>31</sup>. 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*<sup>32</sup>.

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 cardinale<sup>33</sup>. 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 antinamica rispetto a finalità preventive<sup>34</sup>.

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 vita<sup>35</sup>. Gli ambiti d'applicazione sono diversi, più o meno ampi.

<sup>30</sup> M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1976, p. 252.

<sup>31</sup> «*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*.

<sup>32</sup> Orazio, *Satire*, libro I, 3, 96-98.

<sup>33</sup> F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 220.

<sup>34</sup> Ivi, p. 219.

<sup>35</sup> 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 elevata<sup>36</sup>.

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 libertà<sup>37</sup>.

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 espansione<sup>38</sup> (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 1974<sup>39</sup>, 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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).

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 schema<sup>40</sup>, ferma restando l'esigenza di trovare agganci per la rideterminazione della pena<sup>41</sup>.

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*<sup>42</sup>.

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 '80<sup>43</sup> alle indagini che hanno portato alla distruzione delle bande armate degli anni di piombo.

<sup>40</sup> A partire da C. cost. 10 novembre 2016 n. 236.

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> Orazio, *Satire*, I, 3, v. 119.

<sup>43</sup> 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»<sup>44</sup>. 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 sociali<sup>45</sup>.

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»<sup>46</sup>.

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

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

<sup>46</sup> 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 flessibile<sup>47</sup> 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 legge<sup>48</sup>.

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 vita<sup>49</sup>. Sul piano costituzionale è difendibile per delitti di massima gravità<sup>50</sup>, a condizione che sia prevista la possibilità di ritorno in libertà. Le indicazioni in questo senso, date dalla Corte costituzionale sul c.d. ergastolo ostativo<sup>51</sup>, 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 pena<sup>52</sup>. 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-

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Corte cost. n. 32/2020.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> Sentenza n. 253/2019 e ord. n. 97/2021.

<sup>52</sup> 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 processuale<sup>53</sup>. 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»<sup>54</sup>.

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 lui<sup>55</sup>.

È un problema di fatto, proponibile caso per caso, a quali condizioni le persone offese possano avere interesse a una riparazione interpersonale<sup>56</sup>. L'assenza di discipline giuridiche non ha impedito esperienze d'incontro<sup>57</sup>, 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-

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

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

<sup>55</sup> Hassemer, *Perché punire* cit., p. 232.

<sup>56</sup> Un bilancio appassionato e problematico su esperienze 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.

<sup>57</sup> 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 temporale<sup>58</sup>: *provvedimenti di clemenza* (amnistia e indulto) e prescrizione per decorso del tempo. Istituti *dell'oblio*<sup>59</sup>, che può essere funzionale (e necessario) «per la sopravvivenza delle comunità politiche, allo stesso modo in cui lo è per la sopravvivenza degli individui»<sup>60</sup>.

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 1992<sup>61</sup> ha di fatto reso politicamente impraticabile l'emanazione di leggi di amnistia e/o indulto; l'indulto del 2006 è un'eccezione ormai lontana<sup>62</sup>.

Fin dall'antichità l'amnistia/ pacificazione è stata una strada per l'uscita da situazioni conflittuali<sup>63</sup>. 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 apartheid<sup>64</sup>. La grande storia segue strade diverse dalla giustizia penale, e ne mostra i limiti.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Amnistia significa dimenticanza.

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

<sup>61</sup> 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*.

<sup>62</sup> 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.

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

<sup>64</sup> 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 reato<sup>65</sup>, 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 pena<sup>66</sup>, 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 blocco<sup>67</sup>. 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

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 22.

<sup>67</sup> 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»<sup>68</sup>. 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 vittime<sup>69</sup>; 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)<sup>70</sup>. Anche con riguardo alla responsabilità per delitti gravissimi, la risposta punitiva a distanza di decenni può essere ragionevolmente ripensata,

<sup>68</sup> D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018.

<sup>69</sup> D. Giglioli, *Critica della vittima*, Roma, Nottetempo, 2014.

<sup>70</sup> 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 tormento<sup>71</sup>; del diritto che nasce con noi non si fa mai parola.

<sup>71</sup> 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.



## Antropologie e Storie del diritto penale



Ettore Dezza

La prescrizione penale in un caso giudiziario nella Francia della *Renaissance*

### 1. *La vicenda di Peronelle La Nègre*

Perigueux, tardo autunno del 1518. Il *Parlement* di Bordeaux riunito in sede giurisdizionale tiene sessione nel capoluogo del Perigord sotto la presidenza di un giurista di vaglia, Nicolas Bohier, da poco nominato *Tiers Président* del *Parlement*<sup>1</sup>. Il supremo consesso è chiamato a giudicare in ultima istanza un caso relativo a un reato di incendio, considerato crimine capitale sia nella Francia dell'epoca sia più in generale, e sulla scorta della tradizione romanistica, nei sistemi penali di diritto comune<sup>2</sup>, e valutato di gravità tale da meritare la scomunica<sup>3</sup>. Il giudizio del *Parlement* è stato innescato da un ricorso presentato contro una sentenza di condanna a morte pronunciata sia in primo grado che in sede d'appello nei confronti di una donna imputata di avere dolosamente dato fuoco e bruciato due case. La ricorrente si chiama Peronelle La Nègre, si trova in stato di detenzione ed è rea confessata (e non è dato di sapere se la sua confessione sia stata ottenuta o meno mediante il ricorso alla tortura).

In prima istanza Peronelle è stata condannata alla decapitazione all'esito di una *inquisitio ex officio* condotta dal giudice ordinario della *Vicomté de Turenne*, all'epoca retta da Antoine de la Tour d'Auvergne. Contro la sentenza di prima istanza l'imputata ha interposto appello al giudice superiore, e cioè al *Sénéchal* del *Perigord*, Bertrand d'Estissac, che ha però confermato la

<sup>1</sup> Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, G.D. Guyon, voce *Bohier* (*Boyer*, Boerius) *Nicolas*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015<sup>2</sup>, pp. 124-126.

<sup>2</sup> In argomento si veda, in via d'esempio, G. Claro, *Receptarum Sententiarum Liber Quintus*, Venezia, apud Ioannem Gryphium, 1568, *Practica criminalis, Quaestio LXVIII*, vers. *Incendiarii e Item illi*, f. [523], con numerosi riferimenti a sentenze di condanna pronunciate in materia dal Senato di Milano.

<sup>3</sup> Ivi, *Quaestio LXXVII*, vers. *Incendiarii*, f. [548v]: «Incendiarii sunt ipso iure excommunicati».

sentenza di condanna pronunciata in prima istanza. A questo punto a Peronelle per cercare di evitare il patibolo non è rimasto che ricorrere alla suprema autorità giurisdizionale della Francia occidentale, e cioè al *Parlement* di Bordeaux<sup>4</sup>.

Già nei primi due gradi di giudizio la difesa della donna – che, lo ribadiamo, è rea confessa – si era incentrata sull'intervenuta prescrizione del reato, e cioè sul fatto che il processo veniva celebrato a più di venti anni di distanza dal momento in cui era stato commesso il crimine *de quo*. Nelle prime due sentenze i giudici non avevano tenuto conto di tale eccezione, e avevano pronunciato, come abbiamo visto, una sentenza capitale. La medesima argomentazione difensiva viene ora nuovamente riproposta ai consiglieri del *Parlement*. Questa volta però l'eccezione viene accolta. In effetti, con giudizio unanime del presidente Bohier e dei suoi colleghi il *Parlement* di Bordeaux con *arrêt* del 2 dicembre 1518 riconosce che la causa è stata mal giudicata dai giudici di primo e secondo grado e che l'istanza difensiva relativa all'intervenuta prescrizione ventennale è pienamente fondata. Pertanto, il supremo consesso dispone che l'imputata Peronelle La Nègre sia liberata dall'accusa «à pur et à plain» – e cioè totalmente e senza riserve – e di conseguenza sia definitivamente rimessa in libertà.

## 2. *Le raccolte di decisiones di Nicolas Bohier e di Jean Papon*

La vicenda giudiziaria che abbiamo testé riassunto ci è stata tramandata da due autorevoli fonti che appartengono alla tradizione, propriamente transalpina, delle collezioni di *arrêts* dei *Parlements* e delle altre giurisdizioni superiori di Francia. Una forma di letteratura giuridica che, come ben noto, si iscrive nell'ambito della più ampia categoria – tipica del maturo diritto comune – rappresentata dalle raccolte di *decisiones*<sup>5</sup>.

La prima tra tali fonti è costituita dall'opera che più di ogni altri ha contribuito alla fama del già citato Nicolas Bohier, e cioè dalle *Decisiones in Sacro Burdegalensium Senatu discussae et promulgate*, pubblicate in prima

<sup>4</sup> Per un primo approccio all'organizzazione e alla gerarchia delle corti penali nella Francia di *Ancien Régime* si rinvia a J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, in particolare pp. 39-71.

<sup>5</sup> Tra i contributi più recenti in materia di *arrêts* segnaliamo quelli raccolti in G. Cazals, S. Geonget (sous la direction de), «*Des arrests parlans*». *Les arrêts notables à la Renaissance entre droit et littérature*, Actes du colloque organisé au Centre d'Études Supérieures de la Renaissance de l'Université de Tours (Tours, 2-3 juin 2011), Genève, Librairie Droz, 2014, e in G. Cazals, F. Garnier (sous la direction de), *Les décisionnaires et la coutume. Contribution à la fabrique de la norme*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017. Cfr. Inoltre S. Dauchy. *L'arrestographie, un genre littéraire?*, «*Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*», 31, 2011, pp. 41-53.

edizione nel 1547<sup>6</sup>. La seconda è rappresentata dal *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France* di Jean Papon<sup>7</sup>, risalente in prima edizione al 1556 e altrettanto noto per il fatto di non limitarsi alle decisioni di un solo *Parlement* e di essere redatto in lingua francese<sup>8</sup>.

Le due raccolte sono in realtà molto diverse tra di loro. Le *decisiones* tracciate e riassunte da Bohier sono corredate da notevoli approfondimenti dottrinali nei quali è evidente l'influsso sia del retaggio culturale del *droit savant* che delle tecniche di redazione tipiche ad esempio delle *quaestiones* e dei *consilia*. Papon si limita invece alla sintetica esposizione del singolo caso e all'indicazione delle fonti testuali che hanno fatto da riferimento per la soluzione dello stesso, e punta ad offrire un quadro generale e per quanto possibile sistematico degli orientamenti giurisprudenziali maturati sulle singole questioni nelle corti transalpine del suo tempo. Queste differenze di impostazione tra i due *arrêstistes* si evidenziano anche in relazione al caso illustrato in precedenza, caso che Papon – giova rilevarlo – sembra riportare in modo indipendente dal pur precedente resoconto offerto da Bohier<sup>9</sup>.

Fatte queste precisazioni, possiamo ora concentrare la nostra attenzione sul punto focale del procedimento conclusosi a Perigueux nel 1518, che concerne modi, caratteri e rilevanza dell'effetto estintivo che anche in materia di giustizia penale può avere il trascorrere del tempo. Intendiamo in particolare riferirci alla sussistenza e all'applicazione, non solo in Francia ma nell'intera Europa del diritto comune, del principio generalissimo di matrice romanistica secondo il quale i reati devono considerarsi prescritti nel termine di venti anni dalla loro commissione, salvo ovviamente il caso in cui nel frattempo siano intervenuti atti idonei all'interruzione della prescrizione medesima.

### 3. I riferimenti testuali in tema di prescrizione penale

Sia Bohier che Papon ci indicano, al termine della *narratio* del caso giudiziario in oggetto, i riferimenti testuali sia civilistici che canonistici sui quali si

<sup>6</sup> N. Bohier, *Decisionum [...] Pars prima, quae olim in Sacro Burdegalensium Senatu discussae et promulgatae [...] fuerunt*, Lugduni, apud Antonium Vincentium, 1547. Il caso di cui ci occupiamo in queste note è riferito e discusso alle pp. 88ra-90ra.

<sup>7</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, L. Pfister, voce *Papon Jean*, in Arabeyre *et all.*, *Dictionnaire historique des juristes français*, ed. cit., pp. 792-793, e M. Delmas-Marty, A. Jeammaud, O. Leclerc (edd.), *Droit et humanisme. Autour de Jean Papon, juriste forézien*, Paris, Classiques Garnier, 2015.

<sup>8</sup> J. Papon, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, à Lyon, par Jehan de Tournes, 1556. Gli esiti e i principali aspetti della procedura contro Peronelle La Nègre sono riassunti alla p. 498.

<sup>9</sup> Nel resoconto di Papon sono in effetti presenti taluni particolari che mancano nel testo redatto da Bohier. A ciò si aggiunga che mentre Bohier afferma che la causa viene celebrata a 25 anni dalla commissione del reato, Papon parla invece di un intervallo temporale di 21 anni.

è basata la sentenza del *Parlement* di Bordeaux che, applicando appunto alla materia penale la regola generale della prescrizione ventennale, come abbiamo visto ha restituito la libertà (e la vita) a Peronelle La Nègre.

Per quanto riguarda il *côté* dello *ius civile*, tali riferimenti sono identificati in primo luogo in alcuni specifici passi giustiniani e nelle relative glosse accursiane. Il più rilevante di questi passi è rappresentato dalla *lex querela*, presente nel titolo XXII, *Ad legem Corneliam de falsis*, del libro IX del *Codex* (C.9.22.12). Si tratta di un frammento desunto da una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 293 che nel fissare a venti anni il termine per la prescrizione della *querela falsi* precisa come tale prescrizione ventennale si applichi non solo alla *querela falsi* ma anche a quasi («fere») tutti i restanti *crimina*<sup>10</sup>. La relativa glossa *sicut cetera* nota al riguardo come alcuni interpreti («*secundum quosdam*») propendano per la fissazione di una prescrizione trentennale, ma conclude che la prescrizione da applicarsi ai *crimina* debba essere propriamente quella ventennale, poiché «in dubiis restringere debeamus poenas»<sup>11</sup>.

Accanto al passo testé citato, il secondo riferimento testuale è rappresentato dalla *lex apostatarum*, ricompresa nel titolo VII, *De apostatis*, del primo libro del *Codex* (C.1.7[10].4). Desunto da una costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 426, il frammento in parola sancisce l'imprescrittibilità del *crimen* di apostasia<sup>12</sup>. Ciò che peraltro rileva in ordine al tema trattato in questa sede non è tanto il precetto giustiniano, pur non irrilevante in argomento, quanto la relativa glossa *perpetuari* nella quale, con esplicito riferimento alla testé citata *lex querela*, si sottolinea come, a differenza dell'apostasia appunto imprescrittibile, «*alia crimina usque ad viginti annos regulariter porrigantur*»<sup>13</sup>.

Il terzo riferimento testuale è fornito da due contigui frammenti dottrinali presenti nel Digesto. Nel primo (D.48.17.2), attribuito a Emilio Macro, giurista di età severiana, si afferma come sia sottoposta a prescrizione ventennale l'*occupatio* da parte del fisco dei beni dell'imputato assente che siano stati

<sup>10</sup> C.9.22.12: «*Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur nisi viginti annorum exceptione, sicut cetera quoque fere crimina*».

<sup>11</sup> Gl. *sicut caetera*, ad C.9.22.12, *ad legem corneliam de falsis*, l. *querela*: «*scilicet non tolluntur temporalibus praescriptionibus etiam xx annorum, secundum quosdam, sed tantum xxx annorum. Vel verius scilicet tolluntur xx annis, cum in dubiis restringere debeamus poenas*». Quest'ultima motivazione, di sapore garantista, si appoggia su D.48.19.42: «*Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*». Il passo è desunto dal primo libro delle *Iuris Epitomae* attribuite a Ermogeniano.

<sup>12</sup> C.1.7(10).4.pr.: «*Apostatarum sacrilegum nomen singulorum vox continuae accusationis incesset et nullis finita temporibus huiusmodi criminis arceatur indago*». C.1.7(10).4.2: «*In tantum autem contra huiusmodi sacrilegia perpetuari volumus actionem, ut universis ab intestato venientibus etiam post mortem peccantis absolutam vocem insimulationis congruae non negamus*».

<sup>13</sup> Gl. *perpetuari*, ad C.1.7(10).4.2, *de apostatis*, l. *apostatarum*: «*Cum alia crimina usque ad viginti annos regulariter porrigantur, ut ad legem corneliam de falsis, l. querela*».

oggetto di *adnotatio bonorum*<sup>14</sup>. In base al secondo (D.48.17.3), desunto dal *De publicis iudiciis* di Marciano, qualsiasi *quaestio* sussistente presso il *fiscum* per la quale non sia stabilita una specifica prescrizione, si prescrive «*viginti annorum silentio*», così come «*divi principes voluerunt*»<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda poi il diritto canonico, i nostri *arrêtistes* ci segnalano un unico riferimento testuale, presente nel secondo libro del Liber Extra. Come nel caso della *lex querela*, il riferimento riguarda propriamente la materia del falso ed è rinvenibile nel capitolo 6, *cum venerabilis*, del titolo 25, *de exceptionibus* (X.2.25.6). Il capitolo riporta il testo della decretale *Cum venerabilis* di Innocenzo III del 1206, nella quale si prevede la possibilità di riformare «*usque ad viginti annorum spatium*» la sentenza basata su *falsa instrumenta*<sup>16</sup>.

#### 4. L'elaborazione dottrinale sviluppata da Nicolas Bohier

L'elencazione dei riferimenti testuali seguita alla narrazione del fatto è ritenuta sufficiente da Jean Papon per la determinazione della regola generale secondo la quale in materia penale si debba applicare la prescrizione ventennale. Del resto, abbiamo già notato in precedenza come al giurista del Forez interessi appunto isolare i principi emersi dagli *arrêts* al fine di comporre un quadro tendenzialmente organico degli esiti giurisprudenziali dell'attività delle corti superiori di Francia.

Ben diverso e maggiormente legato alla tradizione dottrinale è invece l'approccio di Nicolas Bohier. Nella sua relazione sul caso di Peronelle La Nègre, anteriore di circa un decennio a quella di Papon, il *Tiers Président* del *Parlement* di Bordeaux fa seguire all'illustrazione della vicenda giudiziaria in oggetto un approfondimento dottrinale che appare estremamente ricco di citazioni – *comme d'habitude* nelle opere di *droit savant* – e nel quale vengono discusse talune questioni interpretative emerse in ordine al delicato tema degli effetti del trascorrere del tempo nello specifico contesto dell'amministrazione della giustizia penale.

<sup>14</sup> D.48.17.2: «Anni spatium ad occupanda bona eius, qui requirendus adnotatus est, pertinet. 1. Sed si per viginti annos fiscus bona non occupaverit, postea praescriptione vel ab ipso reo vel ab heredibus eius submorebitur».

<sup>15</sup> D.48.17.3: «Quamcumque enim quaestionem apud fiscum, si non alia sit propria praescriptio, viginti annorum silentio praescribi divi principes voluerunt».

<sup>16</sup> X.2.25.6: «Licet autem nimis excesserit qui transcriptum illius instrumenti falsavit, quia tamen dlictum personae in damnum ecclesiae redundare non debet, ac non solum ante sententiam, verum etiam post obitum potest exceptio falsitatis, quum falsorum instrumentorum praetextu lata sententia usque ad XX annorum spatium valeat retractari veritate comperta, nolumus, ut per id monasterio vestro praeiudicium generetur». Il testo è stato consultato in E. Friedberg (ed.), *Corpus Iuris Canonici*, II, *Decretalium Collectiones*, Leipzig, Tauchnitz, 1881, coll. 3877-3878.

Al fine di mettere a fuoco tali questioni ci pare dunque opportuno seguire, ancorché *summo digito*, i principali passaggi dell'esposizione condotta da Bohier. Ciò ci consentirà di iniziare a delineare alcuni tra i temi controversi che, in ordine alla prescrizione penale, furono oggetto di dibattito da parte dei giuristi e segnatamente dei criminalisti nell'età classica del diritto comune.

##### 5. «*Officium iudicis inquirentis succedit loco accusatoris*»

La prima tra le questioni trattate da Bohier concerne la possibilità di estendere ai procedimenti di natura inquisitoria una disciplina – quella della prescrizione ventennale – concepita in origine per i procedimenti di natura accusatoria.

Sul punto la dottrina appare largamente concorde: la regola in oggetto è valida e pienamente applicabile non solo alle *accusationes* ma anche alle *inquisitiones ex officio*, in quanto – come nota Bohier riprendendo *ad literam* il tenore di alcuni tra i testi consultati – «*officium iudicis inquirentis succedit loco accusatoris seu accusationis*», e dunque se l'accusa «*tollitur xx annis*», nello stesso modo anche l'*officium iudicis* viene meno decorso il termine ventennale. E questo in quanto la *lex querela* dispone «*generaliter*»<sup>17</sup>, come a suo tempo era stato già sottolineato da Bartolo<sup>18</sup>.

Accanto al nume di Sassoferrato il magistrato bordolese invoca sul punto numerose altre *auctoritates*, tutte concordi nel ritenere applicabile la prescrizione ventennale e la relativa eccezione procedurale anche in caso di processi di natura inquisitoria<sup>19</sup>. Tra esse meritano di essere segnalate le voci di Alessandro Tartagni e di Ippolito Marsili. Il primo scrive nel *consilium* 64 che proprio perché il giudice inquirente ha sostituito l'accusatore «*omnes exceptiones quae opponi possunt contra accusatorem, similiter possunt opponi contra iudicem inquirentem*»<sup>20</sup>. Di Ippolito Marsili viene invece segnalato un passo tratto dai *Singularia* nel quale il criminalista bolognese pur non citando espressamente il tema della prescrizione ha modo di notare che «*inquisitio et*

<sup>17</sup> Bohier, *Decisionum [...]* Pars prima, ed. cit., f. 88rv.

<sup>18</sup> Bartolo da Sassoferrato, *comm. ad C.9.22.12, ad legem corneliam de falsis, l. querela*, consultato in Idem, *Commentaria in secundam atque tertiam Codicis partem*, Venezia, Giunta, 1595, *ad legem Corneliam de falsis Rubrica*, lex II, f. 122r: «*accusationes criminales regulariter 20 an. tolluntur [...]* arbitror glossam nostram non dicere verum. Nam officium iudicis inquirentis succedit loco accusationis, ut Extra, de accusationibus, cap. qualiter et quando [X.5.1.24]. Sicut ergo accusatio tollitur 20 an., ut hic, ita eodem modo iudicis officium. Praeterea tex. hic generaliter loquit».

<sup>19</sup> L'elenco delle citazioni ricomprende Cino, Bartolomeo da Saliceto, Angelo degli Ubaldi, Pietro d'Ancarano, Giovanni da Imola, Angelo Gambiglioni, Alessandro Tartagni, Giasone del Maino e Ippolito Marsili.

<sup>20</sup> A. Tartagni, *Consiliorum [...]* liber primus, ed. Venezia, ex officina Damiani Zenarii, 1578, p. 266: «*officium iudicis inquirentis succedit in locum accusatoris, ideo [...] omnes exceptiones quae opponi possunt contra accusatorem, similiter possunt opponi contra iudicem inquirentem*».

*accusatio multum fraternizant, et ideo videmus quod iudex inquirens succedit loco accusatoris*»<sup>21</sup>.

#### 6. Prescrizione ventennale o trentennale?

Il secondo argomento toccato da Bohier risulta meno pacifico in dottrina. Ammessa concordemente l'applicabilità dell'istituto della prescrizione anche in materia penale, si tratta di stabilire se la durata della stessa sia appunto quella ventennale o non piuttosto quella trentennale. Abbiamo già accennato in precedenza alla questione<sup>22</sup>. Possiamo ora precisare che il dubbio trova fondamento e origine nella stessa esegesi accursiana, e in particolare nella glossa *querela* apposta alla già citata *lex querela*. In tale testo si ipotizza, in forma peraltro dubitativa, che la prescrizione da applicarsi alla materia penale possa essere quella trentennale<sup>23</sup>. In realtà, abbiamo visto come il dubbio venga già sciolto nella immediatamente successiva glossa *sicut caetera*, ove alla luce del principio garantista proclamato in D.48.19.42 si conclude in favore della prescrizione ventennale («*vel verius scilicet tolluntur xx annis, cum in dubiis restringere debeamus poenas*»)<sup>24</sup>.

Resta però il fatto che il dubbio sollevato nella glossa *querela* viene con grande frequenza evidenziato da non pochi esponenti della successiva dottrina, che peraltro in grande maggioranza finiscono per esprimersi a favore dell'applicazione della prescrizione ventennale. Bohier cita al proposito le opinioni conformi di Alberto Gandino<sup>25</sup>, Paolo di Castro<sup>26</sup> e del piemontese

<sup>21</sup> I. Marsili, *Singularia septingenta*, ed. Venezia, [sub signo fontanae], 1555, n. 524, f. 99vb. In altre opere Marsili ribadisce l'ordinarietà della prescrizione ventennale in materia penale, come ad esempio nel *consilium* 117, nel quale scrive che «de iure communi spatium 20 annorum delicta communiter tollantur»: I. Marsili, *Secundum volumen consiliorum criminalium*, Lione, impressa nomine et impensis d. Jacobi de Giunta, 1531, *consilium* 117, n. 42, f. 106rb.

<sup>22</sup> Cfr. *supra*, testo corrispondente alla nota 11.

<sup>23</sup> Gl. *querela*, ad C.9.22.12, *ad legem corneliam de falsis*, l. *querela*: «Quattuor modis de falso quaeritur. Per accusationem, et sic loquitur haec lex. Item per actionem in factum, et illa tollitur xxx annis sicut personales aliae actiones, ut s. de consti. pe. l. ii. Item per exceptionem, et haec nullo tempore tollitur, ut ff. de excep. doli. l. pure. § fin. Item per iudicis officium sine accusatore ut s. de proba. l. iubemus, et de testa. l. nullum, et tunc forte xxx annis tollitur».

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, nota 11.

<sup>25</sup> Alberto Gandino, *Tractatus de maleficiis*, Rubrica *Qui accusare possunt et qui non*, §§ 21-22, in H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, 2, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin-Leipzig, Walter De Gruyter & Co., 1926, p. 10: «[21] *Item repellitur quis accusans de crimine post XX annis*, ut C. de falsis l. querela ad finem [C.9.22.12]. [22] *Fallit in crimine suspecti seu suppositi partus*, in quo nulla temporis prescriptio obiicitur, ut ff. de falsis, l. qui falsam, § 1 [D.48.10.19.1]. Item fallit in ea, quae malis medicamentis partum abortivit, ne filium procrearet, iam suo viro facta inimica, ut ff. de penis, l. Cicero [D.48.19.39]».

<sup>26</sup> Paolo di Castro, *Consilia et allegationes*, Nuremberg, Anton Koberger, 1485, *consilium* 229, *Videtur quod ista accusatio*, f. [372]: il «tempus legale» entro il quale si può essere accusati «est xx annorum».

Giovanni Francesco Balbo, autore all'inizio del Cinquecento di un noto e approfondito trattato consacrato alla materia della prescrizione<sup>27</sup>.

A queste voci se ne potrebbero aggiungere molte altre, tutte favorevoli all'applicazione della prescrizione ventennale. Tra queste ci limitiamo a segnalare in questa sede quelle di due tra gli autori più risalenti, e precisamente Odofredo e Bonifacio Antelmi. Il primo già alla metà del XIII secolo spiega senza tentennamenti che i «*crimina publica durant usque ad xx annos, quia querela falsi sicut fere querela ceterorum criminum tollitur xx annis*»<sup>28</sup>. Bonifacio Antelmi, che scrive tra il 1300 e il 1301<sup>29</sup>, si occupa a sua volta della questione sia trattando delle *accusationes* che in ordine alle *inquisitiones*. In entrambi i casi il giudice mantovano conclude senza incertezze in favore della durata ventennale della prescrizione penale, affermando che «*usque ad xx annos potest quis de crimine accusari*»<sup>30</sup> e che l'*inquisitio* può essere condotta «*a die commissi criminis usque ad xx annos et non ultra*»<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> G.F. Balbo, *Tractatus de prescriptionibus*, Torino, per magistrum Franciscum de Sylva, 1511, opera consultata nella presente occasione nell'edizione Lione, per Benedictum Bonyon, 1542, *Quarta pars quarte partis principalis*, II, *Secundo quero*, ff. 66v-67v: «Secundo quero quanto tempore prescribatur actio sive accusatio criminalis, que est personalis, quia descendit ex delicto vel quasi [...]. Dic quod accusatio vel actio criminalis regulariter tollitur spacio xx annorum». Da notare il fatto che alcuni anni prima della pubblicazione dell'opera di Giovanni Francesco Balbo un altro esponente della medesima famiglia, originaria della città di Chieri, Jaffredo Lanfranco Balbo, nelle sue *Decisiones quam plurimorum casuum (Semita recta causidicorum et iudicum)*, Torino, Franciscus de Silva, 1497, aveva annotato al f. 28v. quanto segue: «Sicut accusatio falsi et ceterorum criminum regulariter tollitur spacio viginti annorum, l. querelam, C de fal., ita inquisitio ex officio iudicis, secundum Bart., Sali., Rapha. et communiter doctores ibi, licet glossa et Bal. ibidem dicant quod non tollitur inquisitio nisi triginta annis».

<sup>28</sup> Odofredo, *Lectura super Codice*, Trino, impensis domini Ioannis de Ferrarijs alias de Iolitis ac domini Girardi de Zeiis predicti loci, 1514, *Querela falsi*, versic. *Or signori*, f. 542r: «Or signori, habetis hic quod crimina publica durant usque ad xx annos, quia querela falsi sicut fere querela ceterorum criminum tollitur xx annis».

<sup>29</sup> Su Bonifacio Antelmi ci sia consentito di rinviare a E. Dezza, *Le origini della legge penale nella Summa de maleficiis di Bonifacio Antelmi*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», n. 3, (2021), *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, pp. 125-133. Cfr. inoltre P. Maffei, voce *Antelmi (pseudo-Vitalini)*, *Bonifacio*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013, I, p. 78.

<sup>30</sup> B. Antelmi, *Summa de maleficiis, Rubrica De accusatione*, vers. *Sed pone*, ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, *Reg. lat.* 1126, f. 71r: «Sed pone quod accusatus [es] de maleficio sive crimine per te commissio iam sunt xxx anni lapsi. Usque ad xx annos potest quis de crimine accusari. Nunquid debet super tali accusatione procedi? Respondeo non puto, sed infra xx annos sic, ut C. de falsis, l. querela, Extra de exceptionibus, c. cum venerabilis, ad fi, et hoc est regulare. Fallit in partu supposito, ut ff de fal., l. qui falsam, Extra de peniten., c. officii, et idem dici potest in ea que partum abiecit, ut ff de penis, l. cetero, Extra de homicid., c. si aliquis, cum similibus, et quia potest tunc accusari perpetuo». Il medesimo passo può essere consultato anche in una delle numerose impressioni a stampa dell'opera penalistica di Antelmi. Si veda ad esempio la bella edizione veneziana del 1518: Bonifacii de Vitelinis de Mantua [Bonifacio Antelmi], *Super maleficiis*, Venezia, per Philippum Pincium mantuanum, 1518, *Rubrica Quid sit accusatio*, versic. *Sed pone*, f. 31r.

<sup>31</sup> B. Antelmi, *Summa de maleficiis, Rubrica de inquisitione*, vers. *Sed usque*, ms. cit., f. 74v: «Sed usque ad quod tempus potest procedi et inquiri de maleficio? Respondeo a die commissi criminis usque ad xx annos et non ultra, ut [ff] ad l. aquil., l. ait pretor, C de fal., l. querela falsi. Fallit in crimine suppo-

## 7. *La prescrizione penale nello ius canonicum*

Nella sua esposizione Bohier non dimentica di sottolineare la presenza della prescrizione ventennale anche nell'ambito della disciplina penale canonica. Abbiamo visto in precedenza come in questo caso il testo di riferimento sia rappresentato da X.2.25.6<sup>32</sup>. Sulla base di tale testo la gran parte dei *doctores* concorda nell'affermare che per i *crimina* previsti dal diritto canonico «*tollitur directa accusatio dicto xx annorum tempore, cum lex civilis non reperiatur secundum ipsos a canone correctata*», e di conseguenza «*extat regula tam de iure civili quam canonico crimina xx annorum praescriptione tolli*»<sup>33</sup>.

Le *auctoritates* invocate in questo frangente sono quelle di Antonio da Budrio, Niccolò Tedeschi e Felino Sandei. Sulla base di questi autori il magistrato transalpino deve peraltro precisare che in ambito canonistico non esiste prescrizione «*in criminibus impediens executionem ordinis vel beneficii retentionem etiam post peractam poenitentiam*»<sup>34</sup>.

Una seconda importante precisazione riguarda il fatto che la prescrizione ventennale riguarda specificamente la punizione dei *crimina* previsti dal diritto canonico, ma non interferisce con l'imposizione delle *poenitentiae* per i peccati commessi. In effetti, osserva Bohier, la regola generale relativa alla prescrizione ventennale «*fallit quando agitur ad poenitentiam imponendam, contra quam non currit praescriptio etiam centum annorum, quia semper potest agi contra criminis ad peragendam poenitentiam*»<sup>35</sup>.

## 8. *Reati imprescrittibili e reati dotati di una propria prescrizione*

L'ultimo degli argomenti trattati da Bohier nel suo scritto riguarda le singole figure di reato per le quali sia prevista l'applicazione di una prescrizione diversa da quella ordinaria ventennale ovvero che risultino imprescrittibili. In questo ambito la fattispecie per così dire 'classica' è quella del reato di *adulterium*, accanto al quale sono collocati per analogia altri due *delicta carnis*, lo stupro (semplice) e il lenocinio. A tali reati si applica, sulla base di D. 48.5.30(29).6 e di C.9.9.5, una prescrizione abbreviata a cinque anni, purché

siti partus, ubi perpetuo potest etc., ut ff de fal., l. qui falsam, § i, et in crimine parricidii, ut ff. de parri., l. fi., ad Sill., l. in cognitione». Cfr. inoltre Bonifacii de Vitelinis de Mantua [Bonifacio Antelmi], *Super maleficiis*, ed. cit., *Rubrica de inquisitionibus et earum formis*, versic. *Sed usque*, f. 55r.

<sup>32</sup> Cfr. *supra*, testo corrispondente alla nota 16.

<sup>33</sup> Bohier, *Decisionum [...] Pars prima*, ed. cit., ff. 88vb-89ra.

<sup>34</sup> Mette conto segnalare che accanto agli autori testé menzionati Bohier colloca anche un altro noto *arrétiste* suo contemporaneo, Étienne Aufréri, che nella *Quaestio* 188 delle *Decisiones Capelle Tholosane* (qui consultata nell'ed. Lione, officina Antonii du Ry, 1527, f. 62v) si occupa dell'argomento seguendo le tracce di Niccolò Tedeschi.

<sup>35</sup> Bohier, *Decisionum [...] Pars prima*, ed. cit., f. 89ra.

l'adulterio non risulti commesso «*per vim*» o non sia «*incestui mixtum*», poiché in questi casi si ritorna alla prescrizione ventennale.

La specificità relativa all'adulterio viene sottolineata – giova rammentarlo – anche da Jean Papon, che immediatamente dopo aver riferito del caso di Peronelle La Nègre ci informa sinteticamente di un altro caso giudiziario, deciso sempre dal *Parlement* di Bordeaux il 13 aprile 1530 mediante l'applicazione della prescrizione quinquennale al reato di adulterio. Da tale sentenza il nostro *arrêtiste* fa discendere la regola generale secondo la quale l'«*adultère simple se prescrit par cinq ans, et incestueux par vingt ans*»<sup>36</sup>.

Adulterio, stupro e lenocinio non esauriscono peraltro l'elenco dei reati caratterizzati da una prescrizione differente rispetto a quella ordinaria. La dottrina intermedia spigolando per così dire tra le varie fonti dello *ius civile* e *canonicum* affianca via via all'adulterio una serie di ulteriori casi. Già la glossa accursiana segnala come anche il peculato si prescriva nel termine di cinque anni, e il medesimo termine riguarda anche il caso di colui che «*aperuit testamentum eius qui occisus fuit a familia, antequam ulcisceretur mortem defuncti*». Più breve è poi il termine per esperire l'*actio iniuriarum*, che si prescrive in un anno. La medesima fonte ci indica infine come imprescrittibili l'apostasia<sup>37</sup>, il *crimen suppositi partus*, il *crimen parricidii* e il *crimen concussionis*<sup>38</sup>.

Più avanti nel tempo Alberto Gandino e Bonifacio Antelmi aggiungeranno all'elenco rei reati imprescrittibili il procurato aborto<sup>39</sup>, mentre sul *côté* canonistico saranno inseriti nell'elenco altri *crimina* quali l'eresia e la simonia. Consigliamo peraltro al lettore che voglia avere un'idea generale di quali fossero i crimini imprescrittibili di saltare direttamente alla enumerazione pressoché definitiva che tre secoli più tardi fornirà Prospero Farinacci

<sup>36</sup> Papon, *Recueil d'arrests notables*, cit., p. 498: «Par arrest de Bourdeaux donné le 13 Avril 1530 fut iugé qu'un simple adultère est prescrit par cinq ans, per l. mariti. § hoc quinquennium., ff. de adult., et l. adulter. C. eod., sinon qu'il fust incestueux, et mixte, car lors il est de vingt ans, l. vim passam. § praeceptionum. eod. tit.».

<sup>37</sup> In ordine alla quale si precisa che il crimine è perseguibile nel termine di cinque anni anche dopo la morte dell'apostata.

<sup>38</sup> Gl. *sicut caetera*, ad C.9.22.12, *ad legem corneliam de falsis, l. querela*: «scilicet non tolluntur temporalibus praescriptionibus etiam xx annorum, secundum quosdam, sed tantum xxx annorum. Vel verius scilicet tolluntur xx annis, cum in dubiis restringere debeamus poenas, ut ff de poenis, l. interpretatione. Et secundum primam expositionem dicit fere, propter illas quae tolluntur temporalibus praescriptionibus, ut adulterii, secundum aliam dicit fere propter plures alias accusationes, quarum quaedam durant minori, quaedam maiori, ut ecce accusatio adulterii quinquennio, ut s. de adulteriis, l. adulter. Item quinquennio finitur accusatio eius qui aperuit testamentum eius qui occisus fuit a familia, antequam ulcisceretur mortem defuncti, ut ff ad Syllanianum, l. in cognitione. Item accusatio apostatatus quinque annis durat post mortem apostatae, dum vivit perpetua est accusatio, ut s. de apostatis, l. ii, et l. apostatarum, et idem de crimine peculatus, ut ff ad legem Iuliam peculatus, l. peculatus. Item actio iniuriarum tollitur anno, ut infra de iniuriis, l. si non convicii, et econtra perpetuae sunt, ut criminis suppositi partus, ut ff e. l. qui falsam, § i, et criminis parricidii, ut ff ad legem Pompeiam de parricidiis, l. fi. Item criminis concussionis, secundum P., ut ff de concussionem, l. i., secundum unam lectionem».

<sup>39</sup> Cfr. *supra*, note 25, 30, 31.

nel primo volume della sua monumentale *Praxis et theorica criminalis*<sup>40</sup>, apparso in prima edizione nel 1589 con il titolo di *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber primus*<sup>41</sup>.

### 9. *Ulteriori questioni in tema di prescrizione nella dottrina di diritto comune*

I punti controversi affrontati da Bohier e testé sintetizzati in realtà non esauriscono il vasto e complesso panorama di temi e problemi che investono l'argomento della prescrizione penale nell'età del diritto comune. La presente breve sintesi non pretende ovviamente di dare indicazioni esaustive al riguardo, ma almeno tre tra le questioni tralasciate da Bohier meritano, a sommo avviso di chi scrive, di essere quantomeno accennate, considerata la frequenza con la quale furono trattate fra XIII e XVI secolo da autori che talora non mancarono di esprimere valutazioni opposte e contraddittorie sul medesimo punto.

La prima tra queste questioni concerne la fissazione del termine *a quo* della prescrizione con riguardo ai reati occulti<sup>42</sup>. Si tratta di stabilire, in altre parole, se la prescrizione inizi a decorrere, come da regola generale, dal momento del commesso delitto ovvero, attesa la frequenza dei reati occulti, dal momento in cui il *crimen* cessi di essere occulto e venga alla luce. Il problema ricorre in realtà più volte negli scritti dei *doctores* che si sono occupati dell'istituto, e le incertezze sono numerose, atteso che lo stesso Bartolo lascia la questione irrisolta, come segnala Angelo degli Ubaldi<sup>43</sup>. Sembra peraltro prevalere, segnatamente tra gli specialisti della materia criminale, l'opinione favorevole al decorso della prescrizione ventennale dal *tempus commissi delicti*, e questo sulla base del principio romanistico secondo il quale *prescriptio currit ignorantia*.

<sup>40</sup> P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Pars prima, Tomus primus, ed. Lione, sumptibus Iacobi Cardon, 1634, Liber primus, Titulus primus, *De inquisitione*, Quaestio X, *Delicta qualiter et quanto tempore praescribantur, et an morte delinquentis extinguantur, quandove poena ex temporis diuturnitate minuatur*, pp. 110-127: i numeri 1-35 (pp. 109-115) sono dedicati alla prescrizione penale. Secondo il criminalista romano non è possibile applicare l'istituto in parola «in crimine suppositi partus, parricidii, haeresis, laesae maiestatis, apostatatus, assassinii, falsae monetae, simoniae, concussionis, et abortus, in quibus nulla currit praescriptio, sed perpetuo horum criminum rei dum vivunt accusari et inquiri possunt». Farinacci soggiunge che risultano imprescrittibili anche «alia delicta excepta et enormia praedictis similia» (p. 114, n. 29).

<sup>41</sup> P. Farinacci, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber primus*, Venezia, apud Io. Variscum et Paganinum de Paganinis, 1589.

<sup>42</sup> In realtà il punto è accennato anche da Bohier (*Decisionum [...] Pars prima*, ed. cit., f. 89va), ma con un rinvio al un passo di Angelo degli Ubaldi citato alla nota seguente.

<sup>43</sup> Angelo degli Ubaldi, *comm ad D.3.2.8, de iis qui notantur infamia, l. genero*, vers. *nunc restat videre*, consultato in Idem, *In primam Digesti Veteris partem acutissima commentaria*, Torino, apud haeredes Nicolai Bevilacqua, 1580, f. 94v, n. 2: «Bartolus istam quaestionem indiscussam reliquit».

Espliciti al riguardo sono Ippolito Marsili ed Egidio Bossi. Il primo nell'*Averolda* non ha dubbi nell'affermare che anche in caso di reato occulto la prescrizione decorre «*non a die scientiae sed a die delicti commissi*», e sebbene «*aliqui teneant quod tale tempus non currat nisi a die scientiae*», resta il fatto che la «*communis opinio est in contrarium*». I *doctores* che abbracciano questa conclusione «*moventur ex pluribus rationibus*», la più rilevante delle quali è costituita proprio dal principio secondo il quale «*praescriptio currit ignorantibus*»<sup>44</sup>. Il criminalista milanese, da parte sua, ritorna in più frangenti sul problema ma come il collega bolognese non ha tentennamenti nell'affermare che la prescrizione corre «*a die commissi delicti, etiam occulti*»<sup>45</sup>. Certo, si tratta di una «*quaestio ardua*», che per di più Bartolo – lo abbiamo già osservato – ha lasciato *indecisa*, ma la «*veritas videtur illa, quam servat Senatus*». Il Senato di Milano, conclude Bossi, ha infatti sempre applicato l'istituto della prescrizione «*ut currat ignorantibus*», facendola decorrere dal momento del commesso reato<sup>46</sup>.

La seconda questione risulta altrettanto controversa, e ci trasporta dal campo degli *iura communia*, nel quale finora ci siamo mossi, a quello degli *iura propria*, e segnatamente al *mare magnum* della legislazione statutaria. Se infatti nel primo ambito risulta pacifica la sussistenza di una regola generale di prescrizione ventennale, le legislazioni statutarie tradiscono una impostazione del tutto differente, in quanto sono solite fissare in materia di giustizia penale tempi di prescrizione decisamente più ristretti (ad esempio di sei mesi o di un anno, e talora anche meno) rispetto al principio generale accolto dalla dottrina civilistica e canonistica. Il dato spesso si ricollega al fatto che i magistrati che conducono le inquisizioni nelle corti municipali – e cioè, di norma, i podestà e/o i loro giudici – durano in carica un tempo limitato, ed è proprio a tale tempo che negli statuti viene con grande frequenza rapportata la durata della prescrizione.

Il problema, come accennato, è dibattuto in dottrina, anche se appare condizionato dalle prese di posizione di alcuni influentissimi autori quali Bartolo e Baldo, che appaiono favorevoli al rispetto delle prescrizioni brevi eventualmente fissate dagli statuti. Bartolo sembra abbastanza deciso sul punto quando commentando proprio la *lex querela* scrive le seguenti parole: «*Ego puto quod si a statuto statuatur tempus certum ad accusandum, quod ultra illud tempus non poterit inquiri [...], quod perpetuo tene menti*»<sup>47</sup>. Baldo da parte

<sup>44</sup> I. Marsili, *Practica criminalis Averolda nuncupata*, Venezia, [sub signo fontanae], 1564, f. 26r-27r, nn. 80-89.

<sup>45</sup> E. Bossi, *Tractatus varii*, Lione, sumptibus Philippi Tinghi florentini, 1575, Tit. *Quomodo procedatur per actionem in delictis*, p. 76, n. 24.

<sup>46</sup> Ivi, Tit. *de Iniuriis*, p. 273.

<sup>47</sup> Bartolo da Sassoferrato, *comm. ad C.9.22.12, ad legem corneliam de falsis, l. querela*, consultato in Idem, *Commentaria in secundam atque tertiam Codicis partem*, ed. cit., f. 122r: «Ego puto quod si

sua trattando dei principi generali di giustizia si domanda retoricamente a qual fine si debbano porre le normative statutarie se poi si finisce per disattenderele, e cita come esempio di doverosa applicazione delle normative municipali proprio il caso delle prescrizioni statutarie<sup>48</sup>.

Non mancano peraltro le voci dissenzienti. Tra queste mette conto segnalare quella del commentatore di Angelo Gambiglioni, Agostino Bonfranceschi, meglio noto come Agostino da Rimini, che appare assai scettico sul fatto che si possano giustificare *de iure* le brevi e talora brevissime prescrizioni statutarie. La perplessità riguarda segnatamente il caso dei reati occulti, in quanto ad avviso di Agostino il principio secondo il quale *praescriptio currit ignorantibus* vale solo per le prescrizioni di lunga durata superiori ai dieci anni<sup>49</sup>.

Resta il fatto che l'opinione favorevole alla validità delle prescrizioni statutarie appare e rimane maggioritaria, tanto che a fine Cinquecento sarà accolta dallo stesso Prospero Farinacci. Nella *Praxis et theorica criminalis* leggiamo infatti che «*etiam statuta possint inducere in delictis praescriptionem minori tempore quam inducat legalis, taliaque statuta valere dubitandum non est*». Ne discende dunque il principio generale secondo il quale «*delicta praescribuntur spatio 20 annorum, nisi per statutum civitatis brevius tempus praefigatur*»<sup>50</sup>.

Il terzo e ultimo punto cui facciamo cenno in questa celere rassegna riguarda la possibilità di invocare la prescrizione ventennale anche nel caso in cui sia intervenuta la confessione dell'imputato. Anche se nel suo commento Bohier a dire il vero non fa alcun riferimento alla questione, si tratta esattamente del caso di Peronelle La Nègre alla quale, come abbiamo visto, il *Parlement* di Bordeaux aveva riconosciuto il beneficio della prescrizione nonostante fosse rea confessata.

Siamo di fronte all'argomento forse più controverso nella dottrina di diritto comune che si è occupata della prescrizione penale. Sul punto in effetti

a statuto statuatur tempus certum ad accusandum, quod ultra illud tempus non poterit inquiri, licet gl. hic videatur innuere contrarium, ut hic vides, quod perpetuo tene menti». Analoga anche se meno esplicita la posizione espressa nel *comm. ad D.12.2.30.3, de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali, l. eum qui, § in popularibus*, consultato in Idem, *In secundam Digesti Veteris partem*, Venezia, Giunta, 1590, f. 29r, n. 4.

<sup>48</sup> Baldo degli Ubaldi, *comm. ad D.1.1.3, de iustitia et iure, l. ut vim*, consultato in Idem, *In primam Digesti Veteris partem*, Venezia, Giunta, 1616, f. 10r, n. 5.

<sup>49</sup> Agostino Bonfranceschi da Rimini, *Additiones* a Angelo Gambiglioni, *De maleficiis tractatus*, Lione, excudetat Dionisius Harsaeus, 1551 [colophon: 1550], § *Inchoata facta et formata*, f. 112v: «quod propter breve tempus statuti tridui vel mensis vel sex mensium vel per annum tollatur ut non possit quaeri de delicto hoc non credo de iure posse sustentari; iura enim supra allegata quae volunt quod tempus currat ignorantibus, regulariter habent maximum tractum temporis decem, viginti vel triginta annorum [...], quia lex praesupponit et praesumit quod elapso illo longo tempore quo non est quaesitum de delicto illud delictum non fuerit perpetratum in rerum natura, quia praescriptio equiparatur veritati [...], hae rationes cessant quando tempus breve est».

<sup>50</sup> Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Pars prima, Tomus primus, ed. cit., p. 113, n. 25.

si manifesta una vera e propria spaccatura tra coloro che ritengono che la confessione possa annullare gli effetti della prescrizione e coloro che invece valutano la confessione del reo ininfluente sull'efficacia della prescrizione. Alcuni rapidi esempi di questa contrapposizione possono essere rinvenuti da un lato nei pareri espressi da Ludovico Carerio e Bartolomeo Taegio e dall'altro nelle conclusioni cui approdano Flaminio Cartari e Prospero Farinacci.

I primi due (come del resto altri della medesima opinione) istituiscono un parallelismo tra i casi in cui sia sopravvenuta la confessione e i casi di *crimen notorium*. Carerio scrive in effetti che sia in caso di *confessio delinquentis* che di *crimen notorium* «tunc condemnari potest non obstante lapsu temporis ad inquirendum»<sup>51</sup>. Taegio si occupa del tema trattando in modo approfondito degli effetti dello scorrere del tempo in materia penale, e conclude che la prescrizione «non procedit ubi delictum est notorium, vel de eo constaret per confessionem quia, non obstante dicto lapsu temporis, potest in dictis casibus delinquens codemnari»<sup>52</sup>.

Sull'altro fronte Flaminio Cartari ribalta queste conclusioni. Il giurista orvietano ritiene infatti che la confessione del reo che sia protetto («*tutus*») dalla prescrizione «non praeiudicat, nec ex illa condemnari potest»<sup>53</sup>. Analoga appare la presa di posizione dell'assai più noto criminalista romano, Prospero Farinacci, che conferma il parallelismo tra *crimen notorium* e *confessio rei*, ma solo per affermare che anche in caso di *crimen notorium* l'intervenuta prescrizione impedisce che il reo possa essere condannato «ex hac sua confessione». La motivazione che supporta tale conclusione consiste nel fatto che la prescrizione 'abolisce' non solo l'accusa ma anche la stessa sussistenza del *maleficium*, «et sic nulla remanet actio»<sup>54</sup>. Come sua abitudine, Farinacci accompagna la sua esposizione con una lunga e accurata selezione di *auctoritates* tanto favorevoli che contrarie alla sua posizione, al termine della quale invita nondimeno il lettore a non recedere «*ullo pacto*» da una opinione – la

<sup>51</sup> L. Carerio, *Practica causarum criminalium*, Lione, Apud Gulielmum Rovillum sub scuto veneto, 1562, f. 221rv. Rammentiamo che l'opera fu composta nel 1540 (con prima edizione a Napoli nel 1546), e che fu rivista e integrata dall'autore a partire dall'edizione lionese consultata nella presente occasione.

<sup>52</sup> B. Taegio, *Tractatus varii ad criminales causas pertinentes*, Milano, apud Antonium Antonianum, 1564, 16, Pars Decimasexta, *De tempore*, f. 73v.

<sup>53</sup> F. Cartari, *Tractatus de executione sententiae contumacialis capto bannito*, Venezia, apud Ioannem Zenarium et fratres, 1587, f. 139rv.

<sup>54</sup> Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Pars prima, Tomus primus, ed. cit., p. 112, n. 14: «si maleficium est notorium, tamen lapsus sit tempus datum ad inquirendum ex forma statuti, et postea reus confiteatur maleficium, non poterit ex hac sua confessione condemnari, quia confitetur id, de quo contra eum non est actio [...], post praefatam enim praescriptionem nedum accusatio, sed etiam ipsum maleficium aboletur, accusatio quo ad publicam iniuriam, maleficium quo ad privatam, et sic nulla remanet actio».

sua, ovviamente – che non solo è «*communis*» (e su questo si potrebbe avere qualche dubbio) ma che è anche «*verior*»<sup>55</sup>.

### 10. *La sintesi di Giulio Claro*

Oggetto in Italia di recenti e roventi polemiche anche e specialmente in sede politica, studiato nei suoi sviluppi otto-novecenteschi<sup>56</sup>, l'istituto della prescrizione penale è uno dei tanti aspetti del tortuoso sistema della giustizia criminale di Antico Regime che, a sommosso avviso di chi scrive, meritano di essere meglio conosciuti e più chiaramente compresi nelle non lineari dinamiche che ne condizionano tanto le articolazioni dottrinali quanto l'applicazione pratica.

Da questa banale riflessione sono scaturite le presenti brevi note, nelle quali si è inteso semplicemente offrire una prima idea della complessità della ricostruzione storico-giuridica della materia in oggetto, sia nei suoi aspetti generali sia con particolare riferimento all'agitato panorama dottrinale che a livello continentale (si pensi ai contributi di Joos Damhouder<sup>57</sup> o di Antonio Gomez)<sup>58</sup> si sviluppa in argomento tra il XIII e il XVI secolo<sup>59</sup>. Lo spunto ci è stato offerto dal caso giudiziario di Peronelle La Nègre che, come abbiamo visto, è stato scelto da Nicolas Bohier come calzante esempio dell'applicazione pratica della regola relativa alla prescrizione ventennale<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> *Ibidem*: «tamen ab illa ullo pacto recedas, quae non solum communis est [...] sed etiam verior».

<sup>56</sup> V. ad esempio l'accurata indagine di S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, il Mulino, 2009, in particolare pp. 13-128. Cfr. inoltre, della medesima autrice, *Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al Codice Rocco*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 33, 2003, 2, pp. 429-464.

<sup>57</sup> J. Damhouder, *Enchiridion rerum criminalium*, Lovanio, ex officina typographica Stephani Gualtheri et Ioannis Bathenii, 1554, Caput 8, *De inquisitionibus*, p. 17, nn. 24-26: «iudex, fiscus, aut similis debet tantum inquirere de criminibus intra viginti annos admissis, computando ab ipso die commissi criminis, supra vero viginti annos nequaquam, l. querela, C ad l. Corn. de fals. [...], quam legem et ego censeo semper praesenti memoria tenendam, ac quasi ad unguem, pro amici liberatione perpetuo habendam [...]. Itaque inquisitio sive officium iudicis inquirentis tollitur viginti annis [...], Bartolo, Angelo, Saliceto et communiter doctoribus testibus, ita fixo pede tenentibus».

<sup>58</sup> A. Gomez, *Opus praeclarum et commentum super legibus Tauri*, Salamanca, Excudebat Andreas a Portonariis, 1552, *Lex lxxvi*, f. 283v, n. 5: «omne delictum regulariter praescribitur per viginti annos». Osserviamo per inciso come il giurista iberico non sembri apprezzare particolarmente l'istituto, che comporta il «maximum inconveniens» di contribuire a rendere difficoltosa la punizione dei colpevoli «in delictis ingredientibus poenam sanguinis».

<sup>59</sup> Per una prima informazione sull'applicazione della prescrizione penale nel XVII secolo, segnatamente in area toscana, cfr. M.A. Savelli, *Pratica universale*, Venezia, Baglioni, 1697, pp. 257-258.

<sup>60</sup> Mette conto segnalare che Bohier riferisce in modo sintetico anche di un secondo *arrêt* emanato a Bergerac ancora dal *Parlement* il 22 novembre 1519 – e dunque a un anno di distanza dal caso di Peronelle La Nègre – nel quale viene nuovamente applicata la regola della prescrizione ventennale sempre in riforma di una sentenza del *Sénéchal* del Perigord: «Et idem per aliud arrestum fuit dictum, latum die 22 mensis Novembris anno Domini MDXIX pro Guardo de Hom. a Senescalco petragoricens

L'esame del testo elaborato dal *Tiers Président* ci ha consentito da un lato di fissare alcune idee di fondo sufficientemente salde e diffuse nella dottrina penalistica, ma anche di individuare un complesso non esiguo di punti controversi, la cui soluzione ha innescato divisioni talora profonde nel pensiero giuridico e segnatamente criminalistico di diritto comune.

Per dar conto in sede riassuntiva delle prime – e cioè delle idee di fondo che in materia appaiono maggiormente condivise – ricorriamo ora, nel concludere le presenti pagine, a una delle voci più limpide e scolpite del panorama dottrinale cinquecentesco, quella di Giulio Claro. Al pari del collega transalpino, Claro appare ben conscio di trovarsi di fronte non a un dibattito dottrinale staccato, come talora suole accadere, dalla realtà giudiziaria, ma ad un concreto aspetto della quotidiana amministrazione della giustizia penale, un aspetto che lo stesso giurista alessandrino ha avuto modo di conoscere in prima persona attraverso la giurisprudenza del Senato milanese<sup>61</sup>.

Come suo solito, Claro imposta il discorso sulla prescrizione in modo pragmatico, inserendo l'istituto nella trattazione delle difese e segnatamente delle eccezioni di cui può giovare l'imputato<sup>62</sup>. Egli si limita altresì a illustrare i *puncta* che a suo avviso possono essere giudicati pacifici e condivisi tanto nella dottrina quanto nella prassi giudiziaria. Telegraficamente, tali *puncta* possono essere riassunti nel modo seguente.

a) *L'exceptio prescriptionis* è uno dei mezzi di difesa accordati all'accusato e può essere invocata quando siano trascorsi almeno venti anni dal momento della commissione del reato. Infatti, ogni accusa criminale si prescrive «eo temporis spacio». Sul punto vi è largo accordo tra i *doctores*, che individuano nella (già più volte citata) *lex querela* il fondamentale testo di riferimento in materia<sup>63</sup>.

b) La prescrizione ventennale agisce «de plano» quando si proceda «in accusatione», ma in realtà è pienamente operativa anche quando si proceda «in inquisitione». E ciò nonostante l'affermazione, peraltro dubitativa, della

in sede Brageraci appellante» (Bohier, *Decisionum [...] Pars prima*, ed. cit., f. 89vb).

<sup>61</sup> Trattando della prescrizione Claro ha in effetti modo di rammentare gli estremi di un caso giudiziario deciso dal Senato di Milano il 26 giugno 1554 con la liberazione per intervenuta prescrizione di un imputato di nome Giovanni Antonio da Vailate che aveva commesso un omicidio 25 anni prima e nei cui confronti era mancata la querela («Et ita in facti contingentia quidam Ioan. Anton. de Vaylate imputatus de homicidio supra 25 annos commisso, de quo nisi tunc fuerat querelatus, iussus fuit in pace dimitti, 26 Iunii 1554»: Claro, *Liber Quintus*, ed. cit., *Practica criminalis, Quaestio LI, De exceptione praescriptionis, peremptae instantiae et huiusmodi*, versic. *Potest*, f. [418]).

<sup>62</sup> Claro di occupa delle difese nelle *Quaestiones L-LX* della *Practica criminalis*, trattando *ex professo* della prescrizione nella *Quaestio LI*.

<sup>63</sup> Claro, *Liber Quintus*, ed. cit., *Practica criminalis, Quaestio LI, De exceptione praescriptionis, peremptae instantiae et huiusmodi*, versic. *Potest*, f. [418]: «Potest etiam reus se defendere exceptione praescriptionis, quia scilicet lapsus sit a die commissi criminis tempus viginti annorum, nam eo temporis spacio praescribitur omnis accusatio criminalis, l. querela, C. de falsis. Et ita tenent communiter doctores».

glossa *querela*, secondo la quale l'*officium iudicis* gode 'forse' («forte») di una prescrizione trentennale<sup>64</sup>. Tale interpretazione è concordemente rigettata dagli interpreti, che la riprovano «fixo pede»<sup>65</sup>. La *ratio* di tale estensione risiede nel fatto che l'*inquisitio* ha ormai sostituito l'*accusatio*, e dunque quando viene meno la seconda viene meno anche la prima, mentre la prescrizione trentennale si applica solo alle azioni civili che discendono dalla commissione di un reato<sup>66</sup>.

c) In determinati casi e in alcuni contesti risulta applicabile una prescrizione più breve di quella ventennale. Ciò accade *de iure* per singoli specifici reati, il più noto dei quali è rappresentato dall'adulterio. Ma ciò può anche accadere «ex dispositione statutorum», atteso che numerose legislazioni municipali («prout est in multis civitatibus») sogliono prefissare «brevius tempus ad procedendum in causis criminalibus»<sup>67</sup>.

d) Resta la delicata questione del termine *a quo* in base al quale computare il decorso della prescrizione, termine che può essere individuato o nel *dies commissi delicti* ovvero nel *dies scientiae*. L'alternativa rileva specialmente nel caso testé citato delle prescrizioni brevi stabilite dagli statuti. Si tratta – osserva Claro – di un «passus valde dubius», in ordine al quale non solo sussiste una notevole varietà di punti di vista, ma che vede altresì singoli e influenti autori entrare in palese contraddizione con sé stessi. Claro riesamina brevemente lo stato dell'arte e finisce per optare, questa volta in modo meno reciso, per l'opinione che gli appare «magis communis», e cioè che la prescrizione debba iniziare a decorrere «statim a die commissi delicti». E anche per Claro la *ratio* di tale scelta si appoggia essenzialmente sul già citato principio generalissimo secondo il quale «regulariter omnis praescriptio currit ignorantibus»<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Cfr. *supra*, nota 23.

<sup>65</sup> L'espressione è ripresa dalle pagine dedicate all'argomento da Joos Damhouder. Cfr. *supra*, nota 57.

<sup>66</sup> Claro, *Liber Quintus*, ed. cit., *Practica criminalis, Quaestio LI, De exceptione praescriptionis, peremptae instantiae et huiusmodi*, versic. *Et haec quidem*, ff. [418-419]: «Et haec quidem conclusio de plano procedit in accusatione, ut scilicet non possit quis post 20 annos a die criminis de eo accusari. Sed quid in inquisitione, nunquid poterit iudex ex officio de ipso delicto procedere post huiusmodi tempus 20 annorum? Respond. Glo. in d. l. quaerelam, in glo. prima, loquendo per verbum forte tenuit quod non praescribatur officium iudicis inquirentis nisi spacio 30 an., sed certe illa glo. communiter reprobat[ur] [...] communiter doctores ita fixo pede tenent. Et ratio est, quia cum inquisitio succedat loco accusationis, ut saepius dixi, merito sublato iure accusandi, censetur etiam sublato ius inquirendi. Et in hoc omnes concordant [...]. Unum tamen scias, quod licet criminalis actio vel inquisitio praescribatur, ut dixi, spacio 20 annorum, nihilominus omnes actiones civiles, quae ex crimine descendunt, durant usque ad 30 annos. Et haec est communis opinio».

<sup>67</sup> Ivi, versic. *Potest autem*, f. [419]: «Potest autem haec exceptio in aliquibus casibus oriri non solum ex cursu 20 annorum, sed etiam ex minori spacio temporis, puta in adulterii crimine, cuius accusatio quinquennii spacio praescribitur, secundum iuris communis dispositionem [...], vel etiam ubi ex dispositione statutorum praefixum esset brevius tempus ad procedendum in causis criminalibus, prout est in multis civitatibus».

<sup>68</sup> Ivi, versic. *Sed quaero*, ff. [419-420]: «Sed quaero, si statutum expresse praefigat terminum iudici ad formandam inquisitionem pro delictis, nunquid talis terminus praefixus iudici ad inquirendum

Dopo aver ascoltato le nitide e squadrate parole del giurista alessandrino, «autentica testa forte del vecchio teatro penalistico»<sup>69</sup>, non ci resta a questo punto che prendere commiato dal paziente lettore sottoponendogli due tra le riflessioni che potrebbero scaturire dalle presenti celeri annotazioni.

La prima riguarda il fatto che il puntuto dibattito relativo al forte impatto che il «giudizio del tempo»<sup>70</sup> opera sul processo penale attraverso l'istituto della prescrizione non è proprio né appartiene solo all'età contemporanea e ai suoi talora angusti confini. Esso si è infatti sviluppato ed è stato approfondito per secoli ben oltre le colonne d'Ercole dell'età napoleonica e con modalità di straordinaria ricchezza e complessità, delle quali il moderno osservatore impegnato nelle attuali dispute, politiche ancor prima che giuridiche, potrebbe forse (o dovrebbe?) tenere utilmente conto.

La seconda riflessione riguarda il fatto che il confronto di opinioni al quale in questa sede abbiamo potuto solo accennare, osservandone alcuni lacerti, si sia svolto in epoche caratterizzate da una giustizia penale segnata da risvolti iniqui e violenti ben noti non solo a livello storiografico, e per la quale Beccaria coniò l'icastica definizione di *ordigno criminale*<sup>71</sup>. Nondimeno, e nonostante tale contesto, l'istituto della prescrizione penale, pur considerato da taluni tra gli autori considerati – lo abbiamo visto – delimitabile e/o circoscrivibile nella sua applicazione concreta, non è mai stato messo in discussione nella sua essenza ovvero come principio generale di diritto, o forse sarebbe meglio dire come regola di civiltà giuridica.

currit a die commissi delicti, an autem a die scientiae? [...] Iste passus est valde dubius, cum nedum doctores sint varii, sed etiam illustres doctores ipsimet variant, quia in uno loco unum dicunt, et ipsimet in alio loco dicunt contrarium. Solet tamen in hoc articulo allegari doctrina Bartoli, [...] qui tenuit quod non currat nisi a die scientiae, [...] et hanc opinionem dicit esse communem Natta. [...] Sed certe contraria opinio est magis communis, scilicet quod currat statim a die commissi delicti. [...] Regulariter enim omnis praescriptio currit ignorantibus». Aggiungiamo che secondo Claro nei casi di reato reiterabile il termine *a quo* decorre dal momento dell'ultimo episodio criminoso: *ivi*, versic. *Sed hic*, f. [419]: «Sed hic quaero quid si aliquis committat aliquod delictum reiterabile, puta adulterium, stuprum, incestum, vel huiusmodi, nunquid hoc tempus erit computandum a die primi delicti commissi an autem ab ultimo delicto? Respond. quod est computandum a die ultimi delicti, [...] et est magis communis opinio [...]».

<sup>69</sup> F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 307.

<sup>70</sup> Cfr. *supra*, nota 56.

<sup>71</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Nuova edizione, Torino 1994, § XVII, *Del fisco*, p. 45.

Giacomo Pace Gravina

I cancelli del tempo. Genealogie delle partizioni dell'età minore in ambito penalistico

### 1. *Lo specchio della minore età*

Uno dei versanti in cui appare giuridicamente rilevante il trascorrere del tempo al riguardo della persona è certamente l'attingimento delle diverse età: solo per fare alcuni esempi, attinenti a diverse branche del diritto, il raggiungimento della maggiore età in campo civilistico; dell'età necessaria perché possano sussistere i presupposti della imputabilità penale piena o di quella condizionata in ambito penale; dell'età stabilita per l'elettorato attivo e passivo a riguardo del diritto pubblico.

Fino a tempi recenti o recentissimi esisteva una discrasia notevole tra queste diverse nozioni, stabilite dal Codice civile nel raggiungimento dei 21 anni, da quello penale alle età di 14 e 18 anni, mentre per la capacità elettorale erano stabilite diverse età, ritenendosi necessaria una maturità maggiore per alcune scelte e taluni ruoli pubblicistici. Diverse nozioni di età accolte nei codici novecenteschi, il cui mancato raccordo è stato dovuto a differenti visioni del fenomeno, e a diverse istanze sociali: dalla protezione del minore, ritenuto incapace di comprendere la gravità dei propri comportamenti, o i pericoli legati ad atti di disposizione patrimoniale; alla difesa sociale dalla 'piaga' della delinquenza minorile, con le istanze di abbassamento della soglia dell'età di imputabilità assoluta e relativa; alla maturità necessaria per esprimere il proprio voto per l'elezione di quella che veniva considerata la camera alta del regno o per sedere sugli scranni delle assemblee rappresentative.

A rilevare queste aporie poco dopo la pubblicazione del Codice Rocco fu Alfredo Sandulli, professore di Procedura penale nell'Ateneo napoletano, in un contributo pubblicato ne *La Giustizia penale* del 1933. Nonostante il titolo ampliasse il tema ai "codici vigenti", in effetti l'esposizione riguardava soprattutto le problematiche penalistiche, e le criticità derivanti dalla mancata coincidenza tra la maggiore età penale, fissata a 18 anni, e quella

civile, stabilita al compimento dei 21: l'auspicio del giurista era l'unificazione dei criteri della maggiore età nei vari settori dell'ordinamento giuridico<sup>1</sup>. A proposito dell'età penale il giurista criticava l'elevazione a quattordici anni dell'età di assoluta inimputabilità, ritenendo che, grazie alla scolarizzazione ormai diffusa e alla precoce capacità di apprendere, la capacità di intendere e di volere si raggiungesse ormai in età precoce, schierandosi così al fianco dei sostenitori della difesa sociale, in linea con alcune delle voci levatesi durante i lavori preparatori del codice. L'articolo contiene inoltre una minuziosa disamina dei casi problematici in cui nel codice penale e in quello di procedura si rilevavano nozioni poco chiare a proposito del concetto di minore età: al riguardo delle misure di sicurezza, del diritto di querela, ma soprattutto in relazione al minore vittima di reato. In tali casi rilevava la minore età "comune", cioè quella inferiore al compimento dei 21 anni, accolta nel Codice civile del 1865. A tal proposito l'autore denunciava una profonda contraddizione tra il caso di istigazione di minori alla prostituzione e relativo favoreggiamento, contemplati negli articoli 531 e 533 del Codice Rocco, per i quali già i primi commentatori del codice, Carlo Saltelli ed Enrico Romano Di Falco, avevano chiarito che il termine di 21 anni serviva a garantire ulteriormente il minore, senza che tale estensione venisse contemplata ugualmente per il ratto a fine di matrimonio o libidine, di cui agli articoli 522 e 523, in cui si prendeva in considerazione il (la) minore di 18 anni. Un caso ulteriore, già rilevato da Manzini, era quello dell'età necessaria per svolgere le funzioni di perito, consulente tecnico o interprete, stabilita sempre con riferimento ai 21 anni, quando invece «molti, prima di raggiungere questa età, sono già forniti di lauree e diplomi ed offrono sufficienti garanzie di speciali competenze tecniche»<sup>2</sup>. Il contributo di Sandulli ci offre una panoramica delle criticità rilevate "a caldo": diverse nozioni di età civile e penale, eredi di differenti percezioni dell'essenza del minore, legate a peculiari contesti storici e sociali, difficili da comprendere nell'era del diritto codificato.

Motivazioni economiche, giuridiche, sociali, si intrecciano strettamente con differenti nozioni di età, giunte fino al Novecento inoltrato, che racchiudono memorie di un remoto passato. Già in queste poche righe abbiamo visto comparire diverse scansioni temporali: 14 anni, 16, 18, 21, 25. Partizioni che non consentono certo di fornire una definizione chiara e netta della minore età e che spesso sono state basate solo su scelte più o meno arbitrarie. Il raggiungimento di alcune di queste soglie riveste un importante ruolo simbolico, legato ai riti di passaggio che sanciscono l'uscita dal mondo dell'infanzia e l'ingresso in quello degli adulti. Con il raggiungimento di alcune età il giovane

<sup>1</sup> A. Sandulli, *Il minore nei codici vigenti*, «La Giustizia penale», 39, 1933, pp. 1105-1114.

<sup>2</sup> Ivi, p. 1113.

viene quindi considerato a pieno titolo come un adulto: abbandona le caratteristiche della minore età per raggiungere lo *status* di cui farà parte fino alla morte. L'acquisizione della responsabilità penale si può considerare vicina ad altri importanti riti di passaggio, liturgie sacre o profane: come ad esempio per l'accesso ai sacramenti<sup>3</sup>, particolarmente significativo per la genesi canonistica del parametro del discernimento<sup>4</sup>.

## 2. I tempi della crescita

Nel campo del diritto penale minorile certamente uno dei problemi più intricati è stato costituito dalla definizione delle età<sup>5</sup>, dalla individuazione delle fasi della vita umana corrispondenti a diversi regimi penalistici. Il diritto romano distingueva una prima fase della vita umana, quella che andava dalla nascita fino ai sette anni, in cui il bambino veniva indicato come *infans*: *in-fans*, letteralmente colui che non può parlare, nel senso arcaico di non poter recitare compiutamente le formule dell'antico diritto quiritario da cui scaturivano precise conseguenze giuridiche<sup>6</sup>. La parola *infans* ha poi avuto grande fortuna nell'uso comune, venendo ad indicare con il sostantivo *infanzia* i primi anni della vita di un uomo. Qui fa la sua prima comparsa un numero che incontreremo più volte in queste pagine, il sette. Sono note le teorie sulla importanza di alcuni numeri, e tra essi proprio il sette è quello che risponde ad una forte ed ancestrale carica sacrale, sancita dalle sacre scritture, con la sua radice ebdomadaria che poi sarà fatta propria dalla cultura greca e, successivamente, da quella latina. Si riteneva che la durata dell'infanzia fosse legata alla caduta dei denti da latte, che non permetteva di articolare compiutamente il linguaggio, e quindi di non poter possedere le chiavi di accesso al *logos*, in accordo con il pensiero di Plinio il Vecchio e Isidoro di Siviglia, evidenziando gli oscuri poteri di tale numero, che racchiudeva le età dell'uomo, legate ai sette pianeti che dominavano e dirigevano la vita umana, credenza di lunga durata, accolta dalla scienza medievale, che cercava ancora di ricollegare l'in-

<sup>3</sup> Cfr. A. Martin-Fugier, *I riti della vita privata nella borghesia*, in Ph. Ariès, G. Duby, *La vita privata. L'Ottocento*, Roma-Bari, Laterza, 1988, pp. 200 ss.

<sup>4</sup> Sul discernimento mi sia consentito rinviare a G. Pace, *Il discernimento dei fanciulli: ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino, Giappichelli, 2000; Id., «A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?»: «dubbi» e «certezze» sull'imputabilità minorile tra Otto e Novecento, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 2, 2020, scritti ampiamente utilizzati per queste pagine.

<sup>5</sup> Sul concetto di età cfr. i saggi raccolti nel volume curato da C. Saraceno, *Età e corso della vita*, Bologna, il Mulino, 1986.

<sup>6</sup> J.-P. Neraudau, *Il bambino nella cultura romana*, in E. Becchi, D. Julia (a cura di), *Storia dell'infanzia. I. Dall'antichità al Seicento*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 31 ss. Sulla etimologia di *in-fans*, attestata da Varrone e presente in Isidoro da Siviglia, S. Nagel, S. Vecchio, *Il bambino, la parola, il silenzio nella cultura medievale*, «Quaderni Storici», 57, 1984, p. 721.

fanzia, l'impossibilità di parlare, ad una carenza anatomica: è la mancanza di una dentatura solida e completa che preclude ai piccoli la *sermonis expressio*, secondo la definizione di Isidoro, ripresa poi da Rabano Mauro e da Bartolomeo Anglico. L'impossibilità di parlare viene così collegata alla carenza di *ratio* e di *intellectus*. In questa prima fase della vita, appunto per la carenza di una razionalità compiuta, era sancita dal diritto romano l'impunità totale dell'*infans*, che quindi non veniva ad essere soggetto ad alcuna pena<sup>7</sup>.

La seconda fase della vita era quella che precedeva la pubertà, in cui i minori venivano definiti *impuberes*, età che andava dai sette ai quattordici anni, per i maschi; e dai sette ai dodici per le femmine. Si tratta di un'altra partizione ebdomadaria, derivante dalla gnoseologia stoica, secondo cui il *logos* maturava alla fine del secondo ciclo settennale, con uno stretto legame tra parola e pensiero, tra linguaggio e ragione, che poteva realizzarsi solo al quattordicesimo anno. Isidoro di Siviglia è colui che trasmette al medioevo il sistema settenario delle età dell'uomo, affermando la conquista dell'intelletto dopo il quattordicesimo anno, cioè dopo che siano trascorse la prima età, caratterizzata dall'assenza della parola, e la seconda, carente di potenza di generare, riconoscendo un elemento fondamentale nella pubertà. A tal proposito gli *impuberes* erano considerati punibili solo se venivano riconosciuti *doli capaces*, cioè se avevano compiuto il fatto con dolo, e se non si trattava di un reato omissivo. I ragazzi venivano in genere esentati dalla pena capitale e dalla mutilazione di membra, anche se, in caso di crimini atroci, il minore poteva essere condannato alla pena ordinaria. Ma tale partizione tra i sette e i quattordici non si rivelò soddisfacente, inducendo i giuristi di età imperiale ad immaginare una ulteriore suddivisione: la distanza tra un bambino di otto anni e un ragazzo di tredici poteva davvero essere enorme, al riguardo della piena coscienza del proprio operato. Ciò indusse quindi, a distinguere all'interno di questa seconda fascia di età, i bambini più piccoli, definiti *proximi infantiae*, e perciò assimilati agli infanti, per i quali veniva prolungata l'età di impunità; dai ragazzi più grandi, definiti *proximi pubertati*, considerati punibili se *capaces doli*<sup>8</sup>. Oltre i quattordici anni (dodici per le femmine), i *puberes* venivano considerati pienamente capaci di dolo, la maturità sessuale e la capacità di generare sancivano l'ingresso in una diversa fascia di età, che esercitava effetti anche in ambito penalistico, ma le pene erano meno severe fino al raggiungimento della maggiore età, fissata *ab antiquo* a 25 anni<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Pace, *Il discernimento*, cit., cap. I.

<sup>8</sup> Cfr. B. Perrin, *L'apparition du «Proximus pubertati» en droit romain classique*, in *Syntelesia Arangio Ruiz*, vol. I, Napoli, Jovene, 1964, pp. 469-474.

<sup>9</sup> Una accurata trattazione delle età è in P. Zacchia, *Quaestionum medico-legalium tomus prior*, J.A. Huguétan-M.A. Ravaud, Lugduni, 1661, pp. 1-21. Cfr. anche A. Burdese, voce *Età (dir. Romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 16, 1967, pp. 79-80.

Sono queste le partizioni accolte dai giuristi medievali<sup>10</sup>. I glossatori specificarono più precisamente la distinzione inserita nella seconda partizione settenaria. Nella gl. *Infantiae proximus* a Inst. 3.19.10 Accursio riferiva questa partizione all'età fino ai dieci anni e mezzo per i maschi e nove e mezzo per le femmine<sup>11</sup>; nella gl. *Pupillum* a Dig. 50.17.111 il glossatore definiva i *proximi pubertati* come i ragazzi da dieci anni e mezzo in poi. L'analisi dei glossatori e dei commentatori si sviluppava sul bilanciamento di due massime: la *misericordia aetatis* e quella secondo cui *malitia supplet aetatem*: queste partizioni, accolte anche dal Diritto canonico, ressero durante il lungo medioevo, nell'età del Diritto comune.

### 3. Nuove scansioni temporali

Fu l'illuminismo a scardinare il sistema tradizionale delle età di tradizione romanistica: Emanuel de Pastoret, ad esempio, si pose il problema del rapporto tra maggiore età civile e penale, ritenendo che quest'ultima si potesse raggiungere prima dell'altra<sup>12</sup>; di grande interesse è un'altra proposta del conte: «On pourroit, en France et dans les climats tempérés, fixer à quinze ou seize ans l'âge où un coupable subiroit toute la rigueur de la loi»<sup>13</sup>. Quindici o sedici anni: ecco un nuovo termine di età, di derivazione razionalista e non tratto dalla antichissima tradizione ebdomadaria, che dopo breve tempo sarà destinato ad ampio successo.

L'età dei 16 anni apparve infatti sulla scena poco dopo, nel *Code penal* rivoluzionario del 1791, che abolì l'età di assoluta inimputabilità e accolse i 16 anni come inizio della responsabilità piena, in presenza di discernimento: Il primo articolo del titolo V del Libro I, *De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines*, così recitava: «Lorsqu'un accusé déclaré coupable par le juré, aura commis le crime pour lequel il est poursuivi, avant l'âge de 16 ans accomplis, les jurés décideront, dans les formes ordinaires de leur délibération, la question suivante: "Le coupable a-t-il commis le crime

<sup>10</sup> Per un primo approccio alle posizioni dei giuristi medievali cfr. U. Gualazzini, voce *Età (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 16, 1967, pp. 84-85; C. Pecorella, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla c.d. riforma del diritto penale*, «Studi Parmensi», 7, 1957, ora in C. Pecorella, *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 65-67.

<sup>11</sup> «*Infantiae proximus*, idest usque ad decem annos et dimidium, et sic proximus respicit inf., sed cum dico pubertati proximus, a decem annis et dimidio supra intellige, nam sic in masculis debet fieri dimidiatio, in foeminis in nono et dimidio...».

<sup>12</sup> E. Pastoret, *Des loix penales*, t. II, Paris, Buisson, 1790, pp. 145-149: «la conoissance du bien et du mal, de ce qui est poermis et de ce qui ne l'est pas, n'exige ni les discussions, ni l'intelligence, que des intérêts civils peuvent exiger».

<sup>13</sup> Ivi, pp. 145-149.

avec ou sans discernement”?»). Il sistema tradizionale dell'imputabilità dei minori era stato stravolto: anzitutto non veniva più contemplata un'età di inimputabilità assoluta; in secondo luogo veniva proposto un limite di età assolutamente nuovo, quello dei sedici anni. Si tratta di innovazioni di non poco conto: ma purtroppo su questi punti le discussioni all'Assemblea Nazionale non chiariscono i motivi di tale scelta. Circa l'abolizione della barriera tra infanzia e impubertà si può forse pensare che l'esaltazione della ragione non ammetteva che l'uomo per un'età prefissata non sapesse o non potesse ragionare; oppure si può fare riferimento a motivi di economia normativa e processuale. Riguardo al termine di sedici anni, oltre alle interessanti sollecitazioni razionalistiche di Pastoret, si può ritenere che l'adolescente fosse ormai considerato un cittadino a tutti gli effetti sotto diversi punti di vista. Ad esempio, al raggiungimento dei sedici anni veniva celebrata la *Fête de la Jeunesse*, o festa della presa d'armi, che sanciva l'ingresso tra i difensori della patria<sup>14</sup>. Si tratta di un altro rito di passaggio: forse il collegamento tra i due riti si può stabilire, considerando appunto, con il rigetto delle tradizionali ed ancestrali età dell'uomo, il riconoscimento di una nuova età, quella dell'adolescenza, già importante per alcuni degli aspetti della vita. Anche gli antichi *Liberalia* della civiltà romana costituivano un rito di passaggio che riguardava tutti i ragazzi che compivano i sedici anni nella stessa annata, cerimonia che segnava la fine dell'infanzia e il passaggio da un'età all'altra<sup>15</sup>; e forse il rito repubblicano aveva qualche collegamento «culturale» con i *Liberalia*.

Il *Codice penale universale austriaco*<sup>16</sup> del 1803 invece manteneva le tradizionali partizioni delle età: le azioni compiute da fanciulli di età inferiore ai dieci anni venivano rimesse alla correzione domestica; dai dieci ai quattordici anni poi gli «*impuberi*» non vedevano «imputarsi a delitto le azioni, od omissioni»<sup>17</sup>. Ma a norma della Parte II del Codice, l'impubere che avesse commesso una azione punibile, che di per sé era un delitto, veniva punito come se avesse invece compiuto una «grave trasgressione di polizia»<sup>18</sup>. Dai quattordici ai venti anni poi l'età era considerata tra le «circostanze mitiganti»<sup>19</sup>. Rispetto al sistema francese il Codice imperiale manteneva l'età d'infanzia penale fino ai dieci anni, ricalcando l'antico sistema romano che aveva accorpato *infantia* e *proximitas infantiae* come età di non imputabilità assoluta, nella quale il

<sup>14</sup> M. Mitterauer, *Sozialgeschichte der Jugend*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986; trad. it. *I giovani in Europa dal Medioevo a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 74. M. Ozouf, *La fête révolutionnaire 1798-1799*, Paris, 1976; trad. it. *La festa rivoluzionaria*, Bologna, 1982.

<sup>15</sup> Neraudau, *Il bambino nella cultura romana*, cit., pp. 37 ss.

<sup>16</sup> Il Codice è stato ristampato: cfr. *Codice penale universale austriaco (1803)*, Padova, Cedam, 1997.

<sup>17</sup> *Codice penale universale austriaco*, Capo I § 2.

<sup>18</sup> *Codice penale universale austriaco*, Parte II, Capo III § 28, § 29.

<sup>19</sup> *Codice penale universale austriaco*, Parte I, Capo IV § 39.

potere di correzione veniva demandato generalmente alla famiglia; il Codice seguiva ancora la tradizione nella previsione della seconda fascia di età tra i dieci e i quattordici anni, residuo della antica *proximitas pubertati*, con la comminazione della detenzione «in un separato luogo di custodia» per evitare il contagio criminoso, di un lavoro, ma adeguato alle forze del ragazzo, e soprattutto dell'istruzione che gli doveva essere impartita: evidente riflesso delle ideologie illuministiche che vedevano nell'educazione il mezzo migliore per elevare i fanciulli. La terza fascia di età, anch'essa di antica radice ebdomadica, vedeva l'età come una circostanza mitigante che quindi provocava la diminuzione della pena. Lo stesso sistema era previsto nella successiva rielaborazione del Codice austriaco, del 1852, che lasciava sostanzialmente immutato il regime penale minorile<sup>20</sup>.

Alcune novità vennero dal Regno di Napoli del decennio francese: qui il sovrano Giuseppe Bonaparte aveva promulgato la *Legge su i delitti e sulle pene 20 maggio 1808 n. 143*<sup>21</sup>. Questa legge, che durò in vigore fino al 1812, anno in cui venne sostituita dal *Code pénal* del 1810, disponeva che l'«età minore degli anni nove» era una delle «cagioni perenni riconosciute dalle leggi come esclusive del dolo». I minori di nove anni erano perciò dichiarati «esenti da ogni pena afflittiva», mentre gli «impuberi» erano «esenti dalle pene perpetue e dalle pene de' ferri», essendo «per essi sempre sostituita la pena temporanea della deportazione». Tra nove e diciotto anni veniva diminuita la pena di un grado, quando nessun'altra scusante soccorresse il reo, tranne che in caso di recidiva<sup>22</sup>. Pure nella legge napoletana ritroviamo la previsione di una età di assoluta inimputabilità, quella dei nove anni, ricavata anch'essa per approssimazione dalla somma di *infantia* e *proximitas infantiae*. Viene prevista anche una età maggiore più alta rispetto a quella dei sedici anni: l'attingimento dei diciotto sembrava evidentemente più adatto per la piena responsabilità penale. Si trattava dell'età stabilita nell'antico regno meridionale: dobbiamo ricordare qui le affermazioni di Mario Pagano, che aveva criticato il termine napoletano dei diciotto anni, preferendo quello delle norme romane, più «garantista» per i minori. Quella dei diciotto anni è una età che sarà destinata ad avere grande futuro.

<sup>20</sup> Sulla normativa austriaca cfr. F. Foramiti, voce *Età*, in *Enciclopedia legale ovvero lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, mercantile-cambiario-marittimo, feudale, penale, pubblico-interno e delle genti*, II ed., t. I, Venezia, Antonelli, Venezia, 1841, p. 993; Id., *Manuale del nuovo codice penale austriaco sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni e del regolamento sulla stampa. Parte I che tratta dei crimini*, Venezia, Cecchini, 1852, pp. 55 ss.; Id., *Manuale del nuovo codice penale austriaco sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni e del regolamento sulla stampa. Parte II che tratta dei delitti e delle contravvenzioni*, Venezia, Cecchini, 1853, pp. 33 ss.

<sup>21</sup> *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Casi, fonti e studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, serie II vol. 11, Padova, Cedam, 1998.

<sup>22</sup> *Legge su i delitti e sulle pene*, 20 Maggio 1808 n. 143.

I tentativi italiani vennero rapidamente travolti e messi a tacere dalla promulgazione del *Code pénal* del 1810. Il Libro II conteneva, sotto il titolo *Des Personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou pour délits*, gli articoli da 66 a 69, che disciplinavano la minore età tra le *excuse*. L'art. 66 sanciva che: «Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parens, ou conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année». L'art. 67 e i seguenti disponevano, nel caso che l'accusato avesse agito con discernimento, la commutazione e la riduzione delle pene corrispondenti. Il *Code* napoleonico seguiva quindi, pedissequamente, sulla materia delle età, la disciplina del Codice rivoluzionario. Nonostante le sollecitazioni provenienti dai più avanzati circoli di giuristi italiani, per nulla ascoltate, non veniva prevista nel nuovo codice l'età di assoluta inimputabilità, riconfermando il termine di 16 anni. I commentari dei giuristi approfondiscono le questioni relative alla età: questa non è più solo approssimativa, come nell'antico regime, ma è una età di cui si può ottenere comodamente la piena prova grazie all'anagrafe municipale, conquista della laicizzazione rivoluzionaria<sup>23</sup>. Si affaccia anche il problema del rapporto tra la maggiore età penale e quella civile, fissata al raggiungimento dei 21 anni: un'altra scansione temporale ebdomadaria. Questa età comparve nella legislazione rivoluzionaria con il Decreto 20 settembre 1792, sullo stato civile dei cittadini, all'art. 2, come età maggiore al riguardo della capacità di contrarre liberamente matrimonio; i 21 anni furono poi estesi alla più generale capacità in campo civile dal successivo Decreto 31 gennaio 1793, in sostituzione del termine di derivazione romanistica precedentemente fissato, anche nel regno di Francia, all'attingimento dei 25 anni. I lavori preparatori del *Code civil* accolsero acriticamente tale termine, richiamandosi al *droit coutumier*. Tale età deriverebbe da quella della *majorité féodale* indicata per il servizio militare dagli *Établissement de Saint Louis*, che superava le consuetudini germaniche che consideravano maggiorenne il giovane in grado di portare le armi: i mutamenti prodotti dallo sviluppo della cavalleria richiesero l'innalzamento dell'età a 21 anni, in cui si poteva combattere pur sostenendo il peso dell'armatura completa<sup>24</sup>. Da alcuni giuristi si ritenne ingiusto che un ragazzo di sedici anni non venisse considerato capace di amministrare i propri beni, quindi fosse protetto dall'ordinamento da conseguenze negative di carattere economico, e non venisse invece altrettanto tutelato nel campo

<sup>23</sup> Cfr. le considerazioni di U. Gualazzini, voce *Età (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 16 1967, p. 85 nt. 10.

<sup>24</sup> Cfr. L. Amiable, *Essai historique et critique sur l'age de la majorité*, «Revue historique de droit français et étranger», 7, 1861, p. 217.

penale, ove si trovavano in gioco la sua vita e la sua libertà. I penalisti superarono la discrasia affermando che la nozione del “giusto” si coglie prima della nozione dell’“utile”, e che nel campo del diritto civile, ad esempio, occorre molta capacità, sagacia, sicurezza, e conoscenza delle norme e delle tecniche di amministrazione<sup>25</sup>, impensabili in un giovinetto, che tuttavia poteva avere abbastanza discernimento da non commettere reati. Pellegrino Rossi criticò vivacemente l'impostazione del *Code*: «placer sur la sellette un enfant qui n'a pas huit ou neuf ans accomplis, c'est un scandale, c'est un acte affligeant qui n'aura jamais l'assentiment de la conscience publique»<sup>26</sup>. Questa affermazione riscosse grande risonanza, divenendo la bandiera dell'attacco ai codici francesi che avevano eliminato l'età di irresponsabilità assoluta, di antica, antichissima, memoria. Una voce di grande interesse nel contesto francese è quella di Joseph-Louis Ortolan, che dedicò nel 1843 un ampio saggio all'età dell'agente in rapporto all'imputabilità penale<sup>27</sup>. Il giurista avanza aspre critiche al codice che non aveva previsto una età di irresponsabilità assoluta, affrontando inoltre il consueto problema della discrasia tra maggiore età penale e civile: concordava sull'affermazione che la nozione del giusto arriva prima di quella dell'utile, ma riteneva eccessivo perseguire penalmente chi non era neanche in grado di tutelare i propri interessi<sup>28</sup>. Nella seconda parte del saggio il giurista discorreva delle età dell'uomo: dopo avere descritto il sistema romano, affermava che quella dei cicli ebdomadari era una opinione di filosofi e medici dell'antichità, fundamentalmente corretta e riprodotta ancora nell'opera di uno dei più famosi *idéologues*, il celebre Pierre-Jean-Georges Cabanis, i cui studi di fisiologia, ove trovava ampio spazio la crescita dei giovinetti, avevano riscosso enorme successo e grande diffusione<sup>29</sup>. La antica giurisprudenza aveva fatto confusione con le norme romane, introducendo la nozione di *proximitas infantiae* e *proximitas pubertati*, che aveva spezzato il secondo ciclo settenario. Il *Code pénal* del 1791 aveva invece introdotto un sistema assolutamente nuovo, il limite unico di sedici anni compiuti, cui si doveva ricono-

<sup>25</sup> È evidente in queste parole l'eco delle teorie utilitaristiche propuginate da Jeremy Bentham. Sulla complessità dell'attività del soggetto di diritti nella vita economica *codificata*, cfr. le interessanti considerazioni di P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 51), 1998.

<sup>26</sup> P. Rossi, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Hauman et compagnie, 1829, p. 267.

<sup>27</sup> J.L. Ortolan, *De l'age chez l'agent des délits quant a l'imputabilité pénale*, I, «Revue de législation et de jurisprudence», 1843, pp. 463-474; Id., *De l'age chez l'agent des délits quant a l'imputabilité pénale*, II, «Revue de législation et de jurisprudence», 1843, pp. 181-202.

<sup>28</sup> Ortolan, *De l'age*, cit., I, p. 472.

<sup>29</sup> L'accento è ai *Rapports du physique et du moral de l'homme* di P.J.G. Cabanis, Paris, 1802 (ho consultato l'ed. Mason, Paris, 1855). Su Cabanis cfr. Da Passano, *La pena di morte*, cit., p. 399 nt. 77; S. Moravia, *Introduzione a Cabanis, Rapporti tra il fisico e il morale dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza, 1973.

scere il grande merito della semplicità<sup>30</sup>. Il giurista osservava con realismo che le varie delimitazioni delle età erano state fissate secondo opinioni individuali e occasionali dei vari legislatori. Circa l'affermazione che le varie età erano da ricollegare ai diversi climi e allo sviluppo più o meno precoce delle razze meridionali rispetto a quelle nordiche, egli affermava che «non seulement elle est nulle, mais les legislations positives se trouvent souvent en contradiction avec elle». Per Ortolan era meglio allora riaffermarsi agli antichi limiti settenari, per quattro cicli, che avevano il vantaggio della regolarità della stessa cifra, e di concordare con le affermazioni della scienza fisiologica e soprattutto con le tradizioni più antiche, consacrate nel diritto romano<sup>31</sup>.

I codici preunitari italiani compirono scelte differenti. Ferdinando I promulgò nel 1819 il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*. La Parte II, *Leggi penali*<sup>32</sup>, al Libro I, Capitolo III, trattava *Della volontà, della età e dello stato dell'imputato*, così disponendo all'art. 64:

I fanciulli minori di anni nove sono esenti da ogni pena. Ne sono ugualmente esenti i minori di anni quattordici compiuti, quando si decida che abbiano agito senza discernimento. Il giudice però, nel caso di misfatto o delitto debbe o consegnarli a' loro parenti coll'obbligo di ben educarli, o dee inviarli in un luogo pubblico da stabilirsi dal Governo, per esservi ritenuti ed educati per quel numero di anni che la sentenza determini, ma che non potrà oltrepassare il tempo in cui diventeranno maggiori.

Gli articoli seguenti graduavano le pene per il fanciullo che avesse agito con discernimento, o per i minori tra quattordici e diciotto anni. Dopo i nove anni compiuti e fino ai 14 entrava in gioco l'art. 65, che stabiliva la imputabilità del giovane che avesse commesso il reato con discernimento. Giunto a diciotto anni invece si era pienamente imputabili: «nell'anno diciottesimo l'uomo delle *leggi penali*, l'uomo colpevole è già formato»<sup>33</sup>. Secondo Santi Roberti il limite di nove anni era stato scelto perché intermedio tra infanzia e pubertà, perché permetteva di distinguere tra minori *proximi infantiae*, considerati assolutamente imputabili, e *proximi pubertati*: per questa via si estendeva perciò l'infanzia fino ai nove anni, con una vera traduzione codicistica delle antiche distinzioni romanistiche<sup>34</sup>, risalenti in effetti, come abbiamo visto, alla *Legge penale* del 1808.

<sup>30</sup> Ortolan, *De l'age*, cit., II, pp. 194-198.

<sup>31</sup> Ivi, pp. 200-202.

<sup>32</sup> *Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte seconda, Leggi penali*. Casi, fonti e studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, serie II, 6, Padova, Cedam, 1996.

<sup>33</sup> F. Canofari, *Comentario sulla parte seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie ossia sulle Leggi penali*, Napoli, Angelo Trani, 1819, vol. I, pp. 184-185 e nt. 1.

<sup>34</sup> S. Roberti, *Corso completo del diritto penale del Regno delle Due Sicilie secondo l'ordine delle Leggi penali*, Napoli, Stamperia e cartiera del Fibreno, 1833, vol. II, pp. 42-50.

Fondamentalmente basato sul *Code pénal* napoleonico, invece, era il *Codice penale del Regno di Sardegna* del 1839, che non riteneva opportuna l'«infanzia penale», e abbassava ancora l'età a quattordici anni per la ricerca del discernimento, con minorazioni di pena fino ai ventuno anni<sup>35</sup>. Gli stati sardi ebbero un altro codice nel 1859, che manteneva sostanzialmente immutate le norme sulla imputabilità dei minori.

Una impostazione originale si deve a Carl Joseph Anton Mittermaier, che nella sua prolifica produzione affrontò il tema della imputabilità dei minori in un saggio del 1841<sup>36</sup>. Riguardo al problema dell'età di inimputabilità, Mittermaier riteneva che effettivamente la barriera fosse da indicare nei quattordici anni, segnati dall'ingresso nelle scuole; dallo svolgimento del rito della Confermazione religiosa (la *Confirmation* dei Paesi Protestanti, importante rito di passaggio); dalla pubertà. Sosteneva tuttavia l'opportunità di considerare il termine a dodici anni, a causa della criminalità – diffusa tra i dodici e i quattordici anni – che altrimenti avrebbe rischiato di rimanere impunita<sup>37</sup>. Dai dodici ai sedici anni bisognava considerare il discernimento dell'agente. A questo riguardo secondo Mittermaier si doveva controllare se questi avesse già raggiunto una maturità tale da poterlo considerare responsabile delle azioni compiute. Le idee del giurista non rimasero senza conseguenze: pochi anni dopo la pubblicazione del saggio, Mittermaier fu tra i compilatori del *Codice penale del Granducato di Baden*<sup>38</sup>. Tra le novità del Codice, al titolo III il § 78 disponeva che ai minori di dodici anni non potevano essere imputate «le trasgressioni delle leggi penali rispetto alla pena legale». Essi dovevano essere esclusivamente affidati alla «disciplina domestica». Secondo il § 79 le stesse disposizioni venivano applicate al minore tra i dodici e i sedici anni, «salvo che non risulti che egli abbia già tanto discernimento da distinguere la penalità (*Strafbarkeit*) dell'azione», nel qual caso la pena veniva sensibilmente diminuita: pena che comunque doveva essere espiata «o in stabilimenti particolari, destinati ai delinquenti giovani, o in parti separate degli stabilimenti ordinari». Il § 80 stabiliva infine la commutazione della pena di morte per i minori tra i sedici e i diciotto anni<sup>39</sup>: Mittermaier riuscì a tradurre i propri principi scientifici nella legislazione del Baden, che dobbiamo riconoscere tra

<sup>35</sup> *Codice penale per gli stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1839, Libro I, Capo II, *Dell'influenza dell'età e dello stato di mente del reo sulla applicazione e durata della pena*.

<sup>36</sup> C.J.A. Mittermaier, *Die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Uebertrater im Zusammenhange mit Zweckmässigen Rettungs und Besserungsanstalten*, «Archiv des Criminalrechts», neue Folge, 1841, Halle 1841, pp. 155-205.

<sup>37</sup> Ivi., pp. 156 ss.

<sup>38</sup> A. Cadoppi, *Il «modello rivale» del Code Pénal. Le «forme piuttosto didattiche» del Codice penale universale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, Padova, Cedam, 1997, p. CXXXIII.

<sup>39</sup> Il codice di Baden venne compreso negli *Scritti germanici di diritto criminale*, vol. IV, Livorno, Nanni, 1847, pp. 139 ss.

i modelli del *Codice penale pel Granducato di Toscana* del 1853. Questo infatti disponeva, al titolo III, *Delle cause che escludono o diminuiscono l'imputazione*, art. 3,6 che «I fanciulli, che non hanno compiuto il duodecimo anno, non sono imputabili. Le loro azioni contrarie alla legge penale appartengono alla disciplina domestica, e, ne' casi più gravi, richiamano le autorità di polizia amministrativa a prendere un provvedimento adattato alle circostanze»; mentre all'art. 37, § 1, affermava: «Quando un delitto è stato commesso da un minore, che abbia compiuto il duodecimo anno, e non il decimoquarto, il tribunale dichiara se l'agente operò con discernimento, o senza discernimento», sancendo comunque importanti commutazioni e sensibili sconti di pena per i minori fino ai diciotto anni. L'art. 39 stabiliva infatti che «Chiunque ha compiuto l'anno decimottavo è considerato, agli effetti penali, come maggiore»<sup>40</sup>.

#### 4. Verso il Codice Zanardelli

Le vicende della mancata unificazione penalistica del nuovo Regno d'Italia sono note, come è conosciuto il dibattito che interessò i diversi progetti volti alla promulgazione di un codice penale unitario. Tutti i progetti stabilivano un periodo di esenzione da ogni pena fino ai nove anni, chiaramente derivato dal Codice delle Due Sicilie (solamente nel 1866 venne adottato il termine di dieci anni, poi portato a nove); un periodo d'imputabilità dubbia, nel quale doveva svolgersi l'indagine sul discernimento, tra i nove e i quattordici anni; riduzioni di pena più o meno consistenti tra i quattordici e i diciotto anni; riduzioni minori tra i diciotto e i ventuno<sup>41</sup>, mantenendo così ancora l'esistenza della terza partizione ebdomadaria.

La Relazione del Guardasigilli Zanardelli del 1887<sup>42</sup> diede ormai per scontata l'accettazione dell'età di inimputabilità assoluta. Zanardelli cercava anche di abbassare il termine della minore età penale dai ventuno ai diciotto anni, sull'esempio del codice toscano del 1853 e di alcune legislazioni straniere, là dove si sosteneva la compiutezza dello sviluppo fisico e intellettuale del diciottenne. Di grande interesse è anche la relazione della commissione Mancini-Villa della Camera dei deputati sul progetto<sup>43</sup>: nella relazione si di-

<sup>40</sup> *Codice Penale pel Granducato di Toscana*, st. Granducale, Firenze, 1853, titolo III, *Delle cause che escludono o diminuiscono l'imputazione*.

<sup>41</sup> Pace, *Il discernimento*, cit., cap. IV.

<sup>42</sup> *Progetto del Codice Penale del regno d'Italia preceduto dalla relazione Ministeriale presentato alla Camera dei Deputati nella tornata del 22 novembre 1887, dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli)*, Roma, Stamperia reale Ripamonti, 1888, pp. 229 ss.

<sup>43</sup> *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati composta dei deputati P.S. Mancini (Presidente)-T. Villa (Vice-Presidente, Relatore), Chimirri e Cuccia (Segretarii)... sul progetto del Codice Penale presentato alla Camera dei Deputati da S.E. il Ministro di Grazia e Giustizia G. Zanardelli*, Torino, 1888, pp. 85-86.

fende il termine della maggiore età posto a ventuno anni, contro le proposte del ministro che aveva cercato di anticiparlo a diciotto. Nella sua relazione definitiva<sup>44</sup> il guardasigilli tracciò le linee della disciplina dell'istituto, accettando la maggiore età penale a ventuno anni, in accordo con le osservazioni della commissione parlamentare.

Alla fine fu proprio questo il sistema accolto nel nuovo codice, entrato in vigore il 1° gennaio 1890. Al Libro I, *Dei reati e delle pene in generale*, Titolo IV, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, l'art. 53 disponeva:

Non si procede contro colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i nove anni.

Nondimeno, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, il presidente del tribunale civile, sulla richiesta del pubblico ministero, può ordinare, con provvedimento revocabile, che il minore sia rinchiuso in un istituto di educazione e correzione, per un tempo che non oltrepassi la maggiore età; ovvero può ingiungere ai genitori, o a coloro che abbiano obbligo di provvedere all'educazione del minore, di vigilare sulla condotta di lui, sotto pena, in caso d'inosservanza ed ove il minore commetta un delitto qualsiasi, di un'ammenda sino a lire duemila.

L'art. 54 invece si occupava della seconda fascia di età, in cui era ammessa la ricerca sul discernimento:

Colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i nove anni, ma non ancora i quattordici, se non risulti che abbia agito con discernimento, non soggiace a pena. Nondimeno, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, il giudice può dare l'uno o l'altro dei provvedimenti indicati nel capoverso dell'articolo precedente.

Qualora risulti che abbia agito con discernimento, la pena stabilita per il reato commesso è diminuita secondo le norme seguenti:

1° all'ergastolo è sostituita la reclusione da sei a quindici anni;

2° le altre pene si applicano con le diminuzioni determinate nei numeri 3° e 4° dell'articolo 47.

Se la pena sia restrittiva della libertà personale, ancorché sostituita ad una pena pecuniaria, il colpevole, che al tempo della condanna non abbia ancora compiuto i diciotto anni, la sconta in una casa di correzione.

L'interdizione dai pubblici uffici e la sottoposizione alla vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza non sono applicate.

Gli articoli seguenti prevedevano pene ridotte per i ragazzi ultraquattordicenni e infradiciottenni, e per i giovani tra i diciotto e i ventuno anni.

<sup>44</sup> *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, Roma, Stamperia reale Ripamonti, 1889, pp. 45-46.

### 5. *Le certezze di Alfredo Rocco*

Le concezioni liberali che presero corpo nel Codice Zanardelli vennero duramente attaccate dalla Scuola Positiva: a proposito dei minori le convinzioni lombrosiane sull'atavismo e sulla precoce vocazione delinquenziale si tradussero in richieste punitive che scavalcarono gli antichi cancelli delle età. Queste istanze presero corpo nel Progetto Ferri: qui si stabilivano disposizioni per i minori di dodici anni, che – se delinquenti – erano affidati in libertà vigilata alla propria famiglia, o ad una famiglia onesta, o, in mancanza, ad un «istituto di educazione o ad un laboratorio privato»; ma nel caso che il minore fosse «moralmente perverso» o rivelasse «persistente tendenza al delitto» si stabiliva la sua segregazione in una nave scuola, in una colonia agricola, o in una scuola professionale e di correzione. Tra i dodici e i diciotto anni il minore, in caso di delitti meno gravi, poteva essere condannato condizionalmente, o condannato alla casa di lavoro o colonia agricola per minorenni da due a cinque anni. In caso di delitti più gravi o se il minore rivelasse «persistente tendenza al delitto», veniva applicata la «segregazione in una casa di lavoro o colonia agricola, per un tempo relativamente indeterminato, per non meno di 10 anni». Dopo i ventuno anni il condannato «sarà assegnato al corrispondente stabilimento di detenzione per adulti»<sup>45</sup>.

La comparsa sulla scena della cosiddetta Terza scuola sbarrò la strada al Progetto Ferri, e aprì il percorso che condusse alla promulgazione di un nuovo codice penale, preparato tra gli inizi del 1925 e la fine del 1930, e promulgato il 1° luglio 1931, insieme ad un nuovo codice di procedura penale: presero il nome dal ministro Guardasigilli Alfredo Rocco, fratello di Arturo, noto penalista che contribuì fortemente ai lavori di codificazione. Dopo le prime discussioni parlamentari, nel suo discorso del 17 dicembre 1925 al Senato del Regno, Alfredo Rocco dichiarava di ritenere raggiunto un accordo sul problema delle età: «la irresponsabilità completa si deve elevare al disopra del limite massimo di nove anni, quale è consacrata dal nostro codice e si può far giungere fino ai 14 anni. Irresponsabilità, s'intende, agli effetti dell'applicazione della pena, salvo l'adozione delle misure di sicurezza più che mai necessarie in questo caso». Rocco riteneva «miglior partito tenere una via media, stabilendo l'irresponsabilità fino ai 14 anni, una responsabilità minorata dai 14 ai 18 anni, una responsabilità ancora minorata, ma di poco distante dalla normale, dai 18 ai 21 anni, e la maggiore età penale ai 21 anni»<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921)*, Libro I norme generali, Titolo II Il delinquente, Capo VI Dei delinquenti minorenni (artt. 34-38).

<sup>46</sup> *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*. Vol. I. *Atti parlamentari della legge 24 dicembre 1925, n. 2260, che delega al Governo del Re la facoltà di emendare i Codici penale e di procedura penale*, Roma, Prov. Generale dello Stato, 1928, pp. 261 ss.

Nel *Progetto preliminare di un nuovo codice penale* del 1927, all'art. 93 si disponeva che «non è imputabile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni», mentre l'art. 94 sanciva: «a colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni ma non ancora i diciotto, il giudice applica la pena o una misura di sicurezza, secondo che il minore sia o non imputabile», stabilendo, in caso di imputabilità, la riduzione della pena e alcuni effetti accessori. Al raggiungimento dei ventuno anni il giudice ordinava l'assegnazione del soggetto «a una colonia agricola o a una casa di lavoro»<sup>47</sup>.

Il passo ulteriore toccò alla commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare. Nella sua «relazione introduttiva»<sup>48</sup> il presidente Giovanni Appiani affermava che «l'elevamento del limite della non imputabilità dei minori è giustificato dalla necessità di fondare l'imputabilità sulla certezza che l'agente abbia la capacità d'intendere e di volere, e tale certezza, secondo i più recenti studi, deve senz'altro escludere fino agli anni quattordici per tutti i minori. Dai quattordici ai diciotto invece lo sviluppo della coscienza e dell'intelletto dei minori può essere il più vario». La distinzione tra infanzia e adolescenza veniva fatta coincidere «con i due grandi periodi della impubertà e della pubertà. Il passaggio dall'infanzia all'adolescenza è fissato appunto ai quattordici anni, all'età cioè in cui, generalmente, nel nostro paese e sotto il nostro clima si diventa puberi; ai diciotto anni, invece, la maturità dell'individuo è completa e, in conseguenza, può considerarsi completamente raggiunta anche la capacità di intendere e di volere».

Si pervenne presto al *Progetto definitivo* del nuovo Codice. Nella sua *Relazione*<sup>49</sup> il Guardasigilli Rocco descrive i due periodi di non imputabilità, fino ai quattordici anni, e di imputabilità dubbia, tra i quattordici e i diciotto, concentrando l'attenzione sul nuovo parametro adottato per riconoscere l'imputabilità, cioè il concetto della «capacità di intendere e di volere», individuato al posto del discernimento. Circa il termine di quattordici anni Rocco affermava che tale età era stata indicata perché «coincide, nel maggior numero delle persone, con i fenomeni della pubertà, decisivi della formazione fisica e psichica dell'individuo». Riguardo alla maggiore età penale il guardasigilli sosteneva che «è indiscutibile poi che la maturità psichica è raggiunta nel 18° anno, così da apparire ingiustificata ogni riduzione d'imputabilità o di pena

<sup>47</sup> *Progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, Roma, Tip. delle Mantellate, 1927.

<sup>48</sup> *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. IV, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Parte I, relazione introduttiva di S.E. Giovanni Appiani Presidente della Commissione, Roma, Tip. delle Mantellate, 1929, pp. 81-82.

<sup>49</sup> *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte I, relazione sul libro I del Progetto, Roma, Tip. delle Mantellate, 1929, Relazione del Guardasigilli, pp. 146 ss.

per i maggiori degli anni diciotto e minori degli anni ventuno». Diamo adesso uno sguardo alle nuove barriere di età. I quattordici anni costituivano ancora un'espressione degli antichi cicli ebdomadari, questa volta ricollegati espressamente alla pubertà – altro antichissimo, primitivo, termine –, interpretata in chiave fisiopsichica, come appunto l'età della «formazione fisica e psichica dell'individuo». La maggiore età posta a diciotto anni riproponeva invece la discrasia tra la maggiore età penale e quella civile, che continuava a rimanere fissata ai ventuno anni. Le nuove partizioni peraltro corrispondevano alle distinzioni della gioventù fascista: tra i balilla erano compresi i bambini fino all'età di quattordici anni, mentre tra gli avanguardisti si contavano i ragazzi tra i quattordici e i diciotto<sup>50</sup>.

Si pervenne quindi al testo del progetto definitivo, che così recitava<sup>51</sup>, al titolo quarto, *Del reo e della persona offesa dal reato*, capo I, *Della imputabilità*:

Art. 100. (Minore degli anni quattordici). Non è imputabile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni.

Art. 101. (Minore degli anni diciotto). È imputabile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita.

Quando la pena detentiva inflitta sia inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, in niun caso alla condanna conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna ha soltanto per effetto la interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della patria potestà o dell'autorità maritale.

Ormai si era alle ultime battute. In seno alla Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul Progetto era stata enucleata la I sottocommissione, presieduta da Mariano D'Amelio: nella seduta del 17 gennaio 1930 vennero discussi gli articoli sulla imputabilità dei minori<sup>52</sup>. Il senatore Alfonso De Blasio trovava «grave imprudenza estendere dai nove ai quattordici anni la irresponsabilità dei minorenni, quasi che prima dei quattordici anni non siano essi in grado di distinguere il bene dal male», sembrandogli imprudente anche la presunzione di inimputabilità fino a prova contraria tra quattordici e diciotto. Per ragioni di simmetria con il diritto civile trovava

<sup>50</sup> La prima categoria era quella dei *Figli della Lupa*, che comprendeva i bambini fino agli otto anni di età: cfr. *Il primo e secondo libro del fascista*, Roma, 1941, pp. 55-56.

<sup>51</sup> *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte III, Testo del Progetto definitivo, Roma, Tip. delle Mantellate, 1929.

<sup>52</sup> *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. VI, *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul Progetto di un nuovo Codice penale*, Roma, Tip. delle Mantellate, 1930, Commissione parlamentare per il codice penale, I sottocommissione, verbale n. 13, seduta del 17 gennaio 1930, pres. D'Amelio, pp. 145 ss.

giusto che a quattordici anni, potendo contrarre matrimonio, si fosse imputabili. Ugo Aloisi ribatteva che la capacità penale e quella civile erano di natura diversa. Alfredo De Marsico e Alfonso De Blasio riaffermarono che la prova della capacità di intendere e di volere dovesse incombere al pubblico ministero, mentre Aloisi era di diverso avviso: se il procuratore riteneva il minore imputabile, doveva essere la difesa ad offrire la prova contraria. De Marsico condivise le osservazioni di De Blasio, in nome della sicurezza sociale, grandemente minacciata dagli alti limiti di età, come faceva rilevare con argomenti persuasivi: «a 14 anni uno studente di medio livello intellettuale ha già la licenza ginnasiale, ed è strano ritenere incapace di intendere e di volere un ragazzo che traduce Senofonte ed Orazio. D'altra parte oggi si comincia a vivere più presto e a 14 anni si è già esaurita una prima fase dello sviluppo del giovine». Oltre a ricollegare la capacità penale a quella di coniugare gli aoristi, il giurista pensava anche all'aspetto propagandistico del regime, che, a suo dire, poteva venire intaccato:

si dispensano, stimolo prezioso all'ardimento ed allo sviluppo dell'umana solidarietà, medaglie al valor civile per atti compiuti da balilla e da avanguardisti: quale significato avrebbe il premio, se l'atto si dovesse considerare avulso dalla coscienza? Dal punto di vista della pratica giudiziaria vi sono poi casi impressionantissimi di ragazzi di 11 anni e 12 anni che hanno già commesso gravi delitti, ed hanno avuto perfino il tempo di diventare recidivi.

De Marsico chiese quindi di ridurre il limite di età «anche per il contrasto tra la grande severità del codice e l'eccessiva sua indulgenza per i delinquenti precoci». Alessandro Stoppato concordava, per l'esperienza di un ventennio di presidenza del Patronato dei condannati minori di Bologna, affermando l'esistenza di ragazzi di dodici o tredici anni pienamente capaci di intendere e di volere. Ma le argomentazioni dei commissari, preoccupati esclusivamente della difesa sociale e della responsabilizzazione di adolescenti ginnasiali alle prese con verbi irregolari e medaglie (libro e moschetto...), lasciavano in ombra i punti cruciali del problema: il recupero dei minori devianti, e la coscienza che quello della delinquenza minorile è un male che affonda le sue origini nella struttura stessa della società. A rilevarli, in un appassionato intervento, fu lo stesso presidente della Commissione, D'Amelio, che non riteneva valide le critiche mosse, approvando invece le misure capaci di sottrarre i minori alla reclusione comune. Il giurista infatti affermava coraggiosamente che «la condanna penale di un ragazzo a 14 anni segna la sua catastrofe morale; egli è condannato ad essere un delinquente per tutta la vita. I piccoli delinquenti appartengono tutti alle classi povere; i minori di classi ricche o agiate sono sottratti alle leggi penali per la protezione dei parenti». De Blasio rispose duramente: si poteva anche non irrogare necessariamente la pena del carcere, ma non consentire di elevare l'imputabilità fino ai quattordici anni. Il presidente tagliò netta la discussione su questo punto: «saranno responsabili,

ma non si debbono punire per una ragione d'ordine superiore». De Marsico non si arrese, chiedendo almeno di potere affidare al pubblico ministero la valutazione della presunzione di incapacità, mentre Aloisi continuava a riaffermare la funzione di difesa sociale del nuovo codice, ricordando che tuttavia esistevano nel sistema le misure di sicurezza, che avrebbero ben potuto servire allo scopo. Alla conclusione del serrato dibattito D'Amelio, «riassumendo la discussione rileva che, mentre un Commissario approva la disposizione, altri tre propongono una sensibile diminuzione del limite di età fissato dal Progetto in 14 anni. Quanto ai minori di 18 anni, si propone di dire che la capacità si presume e che invece è la incapacità che deve essere dimostrata. Così rimane stabilito».

Le proposte della I Sottocommissione vennero dibattute nella seduta plenaria della Commissione parlamentare, il 15 marzo 1930<sup>53</sup>. Il presidente D'Amelio aprì la discussione ricordando che «la maggioranza della I sottocommissione propose di abbassare il limite di quattordici anni per l'imputabilità del minore. Egli fu invece fra coloro che approvarono l'articolo». Giacomo Bonicelli si associò al presidente, mentre Luigi Maria Foschini si schierò con coloro che proponevano di abbassare l'età. Ugo Aloisi aggiustò il tiro rispetto alle opinioni espresse in precedenza, ritenendo che il problema fosse più complesso e andasse esaminato «in tutti i suoi riflessi sociali e tenendo conto di tutti i fattori che alimentano codesta specie di criminalità». Le sue domande erano stringenti: «quale risultato utile la Commissione crede che la società consegua punendo con alcuni mesi di carcere il ladruncolo di dodici anni? A suo avviso, e nella migliore delle ipotesi, nessuno». Ruffo Mangini ricordò l'esistenza delle misure di sicurezza, mentre De Marsico pose nuovamente l'accento sul timore che queste norme avrebbero favorito la delinquenza minorile. Esprimendo efficacemente le opinioni di coloro che vedevano soprattutto in chiave repressiva le norme da discutere, Raffaele Garofalo rilevava addirittura come la delinquenza minorile godesse già di una sua organizzazione nelle grandi città, «specialmente per i furti con destrezza». A suo parere sarebbe stato imprudente innalzare il limite a quattordici anni. Semmai era più opportuno abbassarlo a dodici, e fra i dodici ed i quattordici anni riammettere la prova del discernimento, cercando così di recuperare nel codice l'antico parametro, che, già in sede di discussione, si iniziava a rimpiangere, dopo averlo criticato aspramente. Dalla piega che aveva preso il dibattito in seno alla commissione parlamentare, Mariano D'Amelio capì che la sua sensibilità per i problemi dei minori sarebbe rimasta inascoltata: tentò a questo punto

<sup>53</sup> *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. VI, *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul Progetto di un nuovo Codice penale*, Roma, Tip. delle Mantellate, 1930, Commissione parlamentare per il codice penale, Verbali delle sedute plenarie della Commissione, verbale n. 6, 15 marzo 1930, pp. 489 ss.

di proporre l'approvazione dell'articolo, ma la mossa non riuscì. Vennero invece approvate le proposte della Sottocommissione: riguardo all'art. 100, di «abbassare sensibilmente il limite di età»; all'art. 101, di «dire che la capacità si presume ed è l'incapacità che dev'essere dimostrata».

Alla fine il codice venne pubblicato, nell'ottobre 1930, per entrare in vigore il 1° luglio 1931. Al Titolo IV, *Del reo e della persona offesa dal reato*, Capo I, *Della imputabilità*, così disponeva:

Art. 97: «Minore degli anni quattordici. Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni».

Art. 98: «Minore degli anni diciotto. È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita.

Questa è stata la genesi delle partizioni delle età nel Codice Rocco, vivide dinanzi agli occhi di Alfredo Sandulli quando scrisse il saggio da cui ha preso le mosse la nostra riflessione. Età stabilite con rigore scientifico e fiducia nelle acquisizioni della scienza, ma che in realtà provenivano da una storia remota e si identificavano con quei cicli ebdomadari che erano stati individuati dalla sapienza degli antichi, che guardavano alla numerologia con attenzione, convinti della forza sacrale di alcuni numeri. Anche il termine dei diciotto anni aveva radici profonde nella penalistica, soprattutto italiana, che affondavano nell'esperienza meridionale di età moderna: niente a che fare con le acquisizioni scientifiche di cui era convinto Alfredo Rocco. Partizioni che hanno continuato a strutturare i cancelli delle età nel nostro sistema giuridico, cancelli attaccati da chi ancora pretende di abbassare l'età di assoluta inimputabilità nel nome di uno sviluppo intellettuale del minore sempre più precoce, e chi invece tende a ritenere tali età troppo precoci, intendendone spostare in avanti i termini per una ulteriore protezione del minore. Neanche la scienza contemporanea ha saputo offrire risposte adeguate a questi antichi dubbi, sono ancora attuali le ironiche parole del fisiologo Paolo Mantegazza, di fine Ottocento:

le età non esistono in natura e noi le abbiamo fabbricate per nostro uso e consumo [...] la legge purtroppo ha bisogno di cifre e queste sono brutali, e volta per volta il giudice, gli avvocati devono sforzare quelle cifre, perché non corrispondono al vero. Infatti vi sono ragazzi di 12 anni così precoci, così intelligenti da avere tutta intera la responsabilità di quel che fanno, e abbiamo uomini di 30 anni così stupidi, cresciuti in tante tenebre d'ignoranza da avere una responsabilità minore assai di quel fanciullo<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Da una lettera di Mantegazza che il destinatario, Ugo Conti, pubblicò ne *I minorenni delinquenti e il progetto Zanardelli*, «Il Filangieri, rivista giuridica italiana di scienza, legislazione e giurisprudenza», 13, 1888, parte II, pp. 534-535.



Emilia Musumeci

«Senza raddolcirsi al balsamo salutare del tempo».

Il fattore cronologico nel dibattito ottocentesco sulla premeditazione

### 1. *A sangue freddo*

«*Cold-blooded!*». A sangue freddo, questo il termine ricorrente usato per descrivere uno dei casi di cronaca nera più inquietanti avvenuti nell’America degli anni Venti del Novecento che vede come protagonisti Nathan Leopold e Richard Loeb, due giovani rampolli di facoltose famiglie di Chicago, rei di aver rapito e assassinato un ragazzo di quattordici anni, nell’ambizioso e quanto mai illusorio tentativo di realizzare il “delitto perfetto”, dopo averlo pianificato nei minimi dettagli per quasi un anno. Il clamoroso caso giudiziario è al centro di *Compulsion* (1956)<sup>1</sup>, l’opera di Meyer Levin antesignana di quell’intreccio tra letteratura *non-fiction* e romanzo *noir*, che Truman Capote, circa un decennio più tardi, con il suo *In Cold Blood* (1966), avrebbe elevato a nuovo genere letterario. Nel romanzo di Meyer viene più volte menzionato il lasso di tempo tra la decisione di commettere un delitto – tanto cruento quanto privo di un movente ordinario – e la sua effettiva realizzazione. Si tratta di quel lungo intervallo cronologico in cui i due giovani potevano cambiare idea e lasciar perdere i propri intenti criminosi ma che serve, al contrario, per pianificare e architettare il delitto al centro del «processo del secolo» o meglio un omicidio «crudele, vile, premeditato, diabolico, infame» in altri termini, compiuto, appunto «a sangue freddo». Se tale locuzione è entrata ormai prepotentemente a far parte del lessico letterario, non sembra essere certo una novità nell’ambito della scienza giuridica. Nelle aule di giustizia le arringhe difensive, ancora a lungo, richiameranno quel lasso di tempo tra determinazione ed esecuzione (*mora habens*), o meglio, quei «periodi di calma, di riflessione in cui, sbollita la passione, la coscienza umana può e quindi deve

<sup>1</sup> M. Levin, *Compulsion*, Milano, Adelphi, 2017 - edizione digitale (ed. or. *Compulsion*, New York, Simon & Schuster, 1956).

abbandonare l'idea di delitto!»<sup>2</sup>, per usare le enfatiche parole dell'avvocato Carlo Nasi nell'arringa contro Angelo Tognetti nel processo Coccapieller consumatosi presso la Corte d'Assise di Roma nell'aprile del 1883. Lungi dall'essere mero orpello decorativo di ampollose requisitorie, la condizione di "sangue freddo" e il correlato elemento temporale generato dalla possibilità di riflettere prima di agire è, a ben vedere, alla base di una categoria giuridica controversa come quella della premeditazione. In tal senso, risultano senz'altro illuminanti le distinzioni del celebre giurista toscano Pellegrino Rossi (1787-1848)<sup>3</sup>, il quale analizzando «gli atti commessi per impeto», individua tre diversi «stati interni» (lo «stato di sangue freddo», sostanzialmente coincidente con la premeditazione, lo «stato di passione», riconducibile al delitto passionale e lo «stato d'ira», cui va ricollegato l'istituto della provocazione)<sup>4</sup>. Ma la dottrina giuspenalistica ottocentesca più che gli insegnamenti di Rossi rievoca la definizione di premeditazione di Giovanni Carmignani (1768-1847), il quale, com'è noto, si riferisce espressamente sia all'elemento temporale sia alla condizione di animo pacato: «altro non essendo la premeditazione che una piena e perfetta intenzione di delinquere, l'omicidio premeditato si definisce il proposito di uccidere formato anticipatamente ed a sangue freddo, aspettando il tempo e l'occasione di metterlo ad effetto»<sup>5</sup>. È evidente che Carmignani richiami la nozione di dolo che distingue, in base al grado, dolo di proposito (a sangue freddo e con piena determinazione della volontà) e dolo di impeto (eccitato dal furore di violente passioni)<sup>6</sup>. Anche qui il penalista pisano attinge a piene mani dalla criminalistica di età moderna edificata sulla base della *sapientia iuris* tardo medievale e poi limata dalla pratica. Si pensi all'opinione del giureconsulto milanese Egidio Bossi (1488-1546)<sup>7</sup>, il quale si sofferma sul crimine considerato per eccellenza premeditato ovvero il veneficio<sup>8</sup>, affermando che «*dans venenum non solum habet animum occidendi*

<sup>2</sup> C. Nasi, *La Roma di 50 anni fa nel processo Coccapieller. Contro Angelo Tognetti ed altri (Roma, Corte d'Assise 21-22 aprile 1883)*, «L'Eloquenza», Gennaio-Aprile, 1-4, 1935, p. 167.

<sup>3</sup> Per un inquadramento generale della figura e dell'opera di Rossi si veda almeno, L. Lacchè, voce *Pellegrino Rossi*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2012, pp. 302-306.

<sup>4</sup> P. Rossi, *Trattato di diritto penale. Nuova traduzione italiana con note ed annotazioni dell'Avvocato Enrico Pessina*, Napoli, Rondinella, 1853, pp. 165-168.

<sup>5</sup> G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale. Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del Professor Garuana Dingli. Prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli*, Milano, Sanvito, 1863, § 903, p. 328.

<sup>6</sup> Ivi, § 108, p. 42.

<sup>7</sup> Su tale giurista e la sua opera si veda almeno M.G. di Renzo Villata, *Egidio Bossi, un grande criminalista milanese quasi dimenticato*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 365-616 e Id., *Egidio Bossi e il giudice: una 'finta' terza parte?*, «Acta Histriae», 21, 3, 2013, pp. 153-172.

<sup>8</sup> Sul punto si rinvia a E. Musumeci, *Veneficium. Storia di un crimine atroce*, Macerata, eum, 2022.

*deliberatissimum, verum etiam proditor est*»<sup>9</sup>. Emerge, in tal caso, non solo la natura proditoria del veneficio, come già in Baldo degli Ubaldi, ma anche la risolutezza nel voler uccidere che si manifesta dall'*animus deliberatus*, ovvero dalla premeditazione, riscontrabile qualora sussista un intervallo di tempo tra la determinazione a commettere il reato e l'atto stesso, in questo caso, addirittura, enfatizzata dall'uso del grado superlativo (*deliberatissimum*). Ma soprattutto, il riferimento al sangue freddo ancora presente in Carmignani è riscontrabile, in maniera piuttosto esplicita, laddove si parla dell'elemento del *frigido pacatoque animo*, nella complessa distinzione operata dal criminalista e giureconsulto Giulio Claro (1525-1575) nel tentativo di mettere ordine in una materia a dir poco complessa<sup>10</sup>. Nello specifico, Claro cerca di muoversi nel dedalo delle classificazioni relative ai vari tipi di crimine nonché alle diverse sfumature di gravità riscontrabili nell'omicidio. A proposito dell'omicidio *praecedente deliberatione committitur* in cui è appunto presente l'elemento della premeditazione, esso va ulteriormente inquadrato nell'ambito della più ampia distinzione tra *homicidium simplex* e *homicidium deliberatum*, ritenendo quest'ultima categoria come quella più grave (a sua volta distinta in *ex proposito, ex insidiis, proditorie* e *per assassinium*) per la presenza di specifici fattori temporali ed emozionali evidenziati dallo stesso Claro. Egli, infatti, si sofferma su tali aspetti nella descrizione della specie di omicidio *simplex* commesso con dolo rispetto a quello *deliberatum* commesso *ex proposito*. Se è vero che l'omicidio è *dolosum* quando «*quis, animo aliquem occidendi, illum interficit*»<sup>11</sup>, esso può potersi considerare *simplex* (e dunque sanzionare in maniera più lieve) solo «*quando haec deliberatio illum occidendi non ex intervallo praecessit, sed in rixa, vel calore iracundiae supervenit*»<sup>12</sup>. Al contrario, quello commesso *ex proposito*, cioè quello posto in essere in maniera premeditata (*praevia animi deliberatione ex intervallo praecedente*), è punito più pesantemente ma si differenzia da quello doloso in quanto ci sono state delle circostanze che avrebbero potuto far desistere dal proposito criminoso, cioè il tempo necessario per riflettere e la freddezza di chi non è condizionato da un alterco o da altre situazioni in cui gli animi sono agitati, come nell'ipotesi in cui si incontra per caso un proprio nemico e in preda alla collera (*ira commotus*) lo si uccide. Le caratteristiche intrinseche dell'omicidio premeditato, quali la fredda determinazione e la macchinazione (*quod antea ex intervallo cogitatum et deliberatum fuit homicidium illud committere*), agli occhi del giurista

<sup>9</sup> E. Bossi, *Tractatus varii, qui omnem ferè criminalem materiam excellenti doctrina complectuntur...*, Venetiis, apud Altobellum Salicatum, 1588, *Tit. de Homicidio*, f. 143, n. 14.

<sup>10</sup> A tal riguardo si veda almeno G.P. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, «*Studia et documenta historiae et iuris*», 1979, XLV, pp. 328-503.

<sup>11</sup> G. Claro, *Sententiarum Receptorum. Liber Quintus*, Venetiis, Apud Ioannem Gryphium, 1568, § *Homicidium*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

tardo-medievale e di età moderna, costituiscono, evidentemente un maggiore pericolo e destano più ripugnanza rispetto a chi uccide volutamente ma in preda all'ira o nel corso di una rissa. Difatti, precisa Claro, va comunque considerato *deliberatum* quell'omicidio commesso «*quando sedato calore, et (ut vulgo apud nos dicitur) à sangue freddo*»<sup>13</sup>. Tra i criminalisti di età moderna, anche Prospero Farinaccio (1554-1618)<sup>14</sup> conferma la dicotomia tra *homicidium simplex* in quanto «*non deliberatum, et non praemeditatum*» poiché «in pura rixa committitur»<sup>15</sup> e quello «*praemeditatum*» ovvero «*quod resolvitur in animo occidentis ex intervallo antequam committatur, et ut vulgo dicitur, a sangue freddo*»<sup>16</sup>. Com'è facile intuire già da questo breve *excursus*, il criterio cronologico riferito al tempo, più o meno lungo, tra un'offesa ricevuta e la conseguente reazione costituisce una sorta di presunzione di una ritrovata calma e della vendetta posta in essere, appunto, con fredda determinazione, con un'evidente confusione tra criterio cronologico e criterio psicologico della premeditazione.

## 2. Teoriche della premeditazione

La lezione dei "pratici", così come degli ultimi epigoni della criminalistica sette-ottocentesca, viene raccolta nel fecondo dibattito giuspenalistico della generazione successiva di studiosi a partire dall'autorevole posizione di Francesco Carrara (1805-1888)<sup>17</sup>. Quest'ultimo, muovendosi tra cattedra e foro, ma sempre attento a rigettare «tanto le illusioni dell'astrattezza che i limiti insiti nel mero empirismo»<sup>18</sup>, da una parte riprende la nota definizione

<sup>13</sup> G. Claro, *Sententiarum Receptarum. Liber Quintus*, in *Opera quae hactenus extiterunt omnia*, Lugduni, Apud Bartholomeum Honoratum, 1579, § *Homicidium*.

<sup>14</sup> Sulla figura e l'opera del criminalista romano si rinvia ad A. Mazzacane, *Farinacci, Prospero* (voce), in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, 1995, 45, pp. 1-5 e N. Del Re, *Prospero Farinacci. Giureconsulto romano (1544-1618)*, Roma, Fondazione Marco Besso, 1999.

<sup>15</sup> P. Farinaccio, *Praxis et Theoricae Criminalis Amplissima, Pars quidem Quarta: ast Operum Criminalium Pars Quinta*, Norimbergae, sumptibus Wolfgangi Maurittii Enderi et Johannis Andreae Enderi Haeredum, 1676, *De Homicidio*, tit. XIV, quaestio 126, n. 7, p. 353.

<sup>16</sup> Ivi, quaestio 126, n. 8, p. 353.

<sup>17</sup> Su Carrara e il suo apporto alla scienza penale italiana vi è una ricca bibliografia, pertanto ci limiteremo a rinviare ai contributi più significativi: A. Mazzacane, voce *Carrara Francesco*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1977, XX, pp. 663-670; G. De Francesco voce *Francesco Carrara*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, Roma, 2012, pp. 357-361; P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 24, 1995, pp. 469-475; M.A. Cattaneo, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988; P. Cappellini, *Francesco Carrara e il problema della codificazione del diritto*, «Criminalia», 2007, pp. 305-323.

<sup>18</sup> L. Lacchè, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della*

di predeterminazione di Carmignani e, dall'altro, enfatizza soprattutto la sua valenza nella fase dell'accertamento del dolo. È nota, infatti, la quadripartizione del dolo adottata da Carrara allo scopo di graduarlo in base alla gravità e in cui durata e spontaneità assumono cruciale importanza. Al primo posto, dunque, in ordine di gravità per il penalista lucchese vi è proprio la premeditazione, con i due elementi della *freddezza* del calcolo e la perseveranza del malvagio volere a cui seguono, la semplice deliberazione (vale a dire la sola perseveranza nel commettere il crimine), l'improvvisa risoluzione (*freddezza* d'animo ma senza la perseveranza) e, infine, al quarto posto, il dolo d'impeto generato da *cieca passione* (in cui mancano entrambi gli elementi della calma dello spirito e della perseveranza)<sup>19</sup>. Uno dei criteri per graduare il dolo, di cui Carrara rimarca il significato etimologico (inganno), è infatti, la durata quale «segno rivelatore» di «maggiore intensità» della «forza del malvagio proposito»<sup>20</sup>. Il fattore-tempo, dunque, rileva qui doppiamente: non solo come indice di premeditazione (decisione presa prima o comunque in anticipo rispetto al momento della commissione del crimine) ma come sintomo di perseveranza nel volerlo realizzare (durata), tipico di una maggiore malvagità d'animo. In particolare, l'intervallo temporale tra il momento in cui è maturata la scelta di commettere il delitto e quella in cui materialmente esso viene realizzato è determinante, essendo utilizzato come uno dei due criteri, insieme allo stato d'animo in cui viene commesso il crimine (a sangue freddo o nel moto delle passioni)<sup>21</sup>. Ma Carrara, seguace di quella tradizione inaugurata da Carmignani che si propone di operare un lento ma profondo lavoro di modernizzazione del diritto penale in grado di trarre dai principi consacrati da Beccaria delle «formule scientifiche»<sup>22</sup>, non si limita a far coincidere il grado più grave del dolo con la premeditazione, ma sceglie di valorizzare anche la «quantità politica dell'omicidio, desunto dal dolo»<sup>23</sup>. Per Carrara, infatti, dal punto di vista della politica criminale è necessario punire in maniera più grave l'omicidio semplice da quello premeditato ovvero pianificato per tempo e a sangue freddo, in quanto tali modalità comportano una minorata difesa da parte di

*legalità nella riflessione di Francesco Carrara, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, I, 2007, p. 665.*

<sup>19</sup> Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*. Parte Generale, Lucca, Tip. Canovetti, 1889<sup>7</sup>, vol. I, pp. 117-120, §§ 73-76.

<sup>20</sup> F. Carrara, *Sunto di una lezione sul dolo*, in Id., *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, Lucca, Tip. Canovetti, 1860<sup>4</sup>, p. 155.

<sup>21</sup> Su punto si veda G.P. Demuro, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 234-250.

<sup>22</sup> F. Carrara, *Cantù e Carmignani*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, Tip. Giusti, 1870, vol. II, p. 604.

<sup>23</sup> F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Lucca, Tip. Giusti, 1872, vol. I, p. 119.

chi lo subisce generando un aumento del «danno mediato»<sup>24</sup>, che si realizza qualora vi sia stato un «maturo calcolo per cui si renda più sicuro al colpevole lo eludere ogni previdenza della sua vittima»<sup>25</sup>. Se questa è la rilettura e soprattutto la giustificazione di politica criminale che Carrara cerca di dare della celeberrima definizione di premeditazione di Carmignani (*occidendi propositum frigido pacatoque animo susceptum, et moram habens*), tale tesi viene però contestata *ab imis* dalla “nuova scuola”, a partire dalla quadripartizione del dolo. Se essa – poi per ragioni pratiche, nuovamente suddivisa in due ambiti (dolo di proposito per i primi due e dolo d’impeto per le ultime due)<sup>26</sup> – certamente lascia un profondo segno nella dottrina che risulterà a lungo influenzata dal tentativo di sistematizzazione di Carrara. Ciononostante tale sistematizzazione non manca di suscitare un acceso dibattito, subendo prevedibilmente anche le critiche dei positivisti, tra cui quella del penalista messinese Ferdinando Puglia (1853-1908), il quale sottolinea l’insostenibilità della distinzione di Carrara di fronte agli insegnamenti dell’antropologia criminale che vorrebbe una teorica della responsabilità penale basata esclusivamente su due criteri: «l’indole dei moventi delittuosi e [... la] natura del delinquente»<sup>27</sup>. La lapidaria osservazione di Puglia nasconde *in nuce* anche la posta in gioco del dibattito sulla premeditazione tra chi cerca di rimanere ancorato alla tradizione della valorizzazione del fattore cronologico (anticipato proposito) e della freddezza d’animo come sintomo di estrema malvagità e, dall’altro, di chi vuole ormai disancorarsi da tale linea per spostare l’attenzione sulle cause scatenanti dell’agire criminoso, con il conseguente spostamento di attenzione dallo studio del reato, come avvenuto fino a quel momento, a quello del delinquente in ogni sua sfaccettatura, come vuole il nuovo credo propugnato dalla Scuola Positiva. In particolare, le argomentazioni di quest’ultima sulla natura incerta ed eccessivamente astratta della premeditazione, specie se basata su rigidi schematismi (tra cui proprio l’esistenza di un lasso di tempo identificabile e cronometrabile in maniera universale e certa tra desiderio di delinquere e atto criminoso) ricevono nuova linfa dalla pubblicazione di un lavoro che, pur essendo stato edito in lingua tedesca, apre un acceso dibattito anche nel contesto italiano. Si tratta del volume *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*<sup>28</sup> pubblicato nel 1875 da Franz von Holtzendorff e presto tradotto, non a caso, da uno dei principali alfieri della Scuola Positiva, Raffaele Garofalo (1851-1934)<sup>29</sup>, il quale nell’introduzione si sofferma proprio

<sup>24</sup> Ivi, p. 120, § 1122.

<sup>25</sup> Ivi, pp. 120-121, § 1122.

<sup>26</sup> Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* (1889), cit., pp. 120-121, § 77.

<sup>27</sup> F. Puglia, *Omicidio* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1915, v. XII – parte II, p. 328.

<sup>28</sup> F. von Holtzendorff, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe. Criminalpolitische und psychologische Untersuchungen*, Berlin, Lüderitz, 1875.

<sup>29</sup> Sulla vita e l’opera del giurista napoletano si veda almeno P. Camponeschi, voce *Garofalo*

sul carattere imprescindibile di tale studio, non tanto per le considerazioni sulla pena capitale quanto per la parte relativa ai criteri della premeditazione nell'omicidio, in cui si cerca di sfatare il vecchio teorema sulla necessità di tale istituto per punire più gravemente determinati tipi di omicidio (con la pena di morte), proponendo di sostituire i vecchi schemi con una nuova teoria che valorizza, al posto dell'elemento cronologico e una presupposta freddezza d'animo i "moventi morali".

Nello specifico, il giurista tedesco evidenzia come la teorica tradizionale della premeditazione sia da abbandonare, essendo tale categoria «incerta e pericolosa»<sup>30</sup> specialmente perché, secondo il codice penale dell'Impero germanico del 1871, la presenza o meno di tale circostanza (*Überlegung*) qualifica diversamente due tipi di omicidio sanzionati ai §§ 211 e 212, rispettivamente denominati *Mord* ovvero l'omicidio premeditato (tradotto nelle versioni ottocentesche del codice come assassinio o assassinamento)<sup>31</sup> e *Totschlag* cioè l'omicidio doloso non premeditato, con una differenza sanzionatoria enorme visto che il primo è punito con la pena di morte e il secondo con la reclusione di almeno cinque anni. Per Holtzendorff tale differenza a livello sanzionatorio non si giustifica da nessun punto di vista, anche qualora volesse interpretarsi, come una sorta di cronologico contrappasso, punendo chi ha più a lungo pianificato l'omicidio con la pena capitale procrastinata volutamente e con freddo calcolo, ritenendo «barbaria raffinata» quella procedura che «fa morire mille volte nell'agonia di tutte le ore, di tutt'i momenti, e pone termine alla vita di un uomo con l'orologio in mano, con matematica esattezza» designando persino le «vertebre cervicali fra cui dovrà fendere la mannaia»<sup>32</sup>. Tale fervente critica per Garofalo è il chiaro sintomo di nuovi venti che iniziano finalmente a soffiare dalle terre teutoniche per immaginare un diritto penale non avulso dalle scienze sociali e finalmente in grado di «squarciare le sue tradizionali nebbie, e di valutare le cose in sé, non già secondo la loro logica connessione con astratti principii»<sup>33</sup>. In effetti, i principali esponenti della Scuola Positiva si mobilitano, come occorso per altri concetti-chiave, per sfruttare il dibattito sulla premeditazione a proprio vantaggio. Anche in tal caso, questa diventa l'occasione per demolire un diritto penale del tutto

Raffaele, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1999, vol. 52, pp. 366-368 e M.N. Miletti, *Garofalo Raffaele* (voce), in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 947-951.

<sup>30</sup> Così si esprime un altro penalista italiano che aderisce con entusiasmo alla tesi di Holtzendorff: L. Masucci, *Studio critico sulla premeditazione*, Napoli, Vallardi, 1886, p. 1.

<sup>31</sup> Cfr. *Nota dei traduttori*, in *Codice penale dello Impero germanico*, Torino, Bocca, 1874, p. 63, n. 1.

<sup>32</sup> F. Holtzendorff, *L'assassinio e la pena di morte. Studi politico-criminali e psicologici*, Napoli, Vallardi, 1877, p. 187.

<sup>33</sup> R. Garofalo, *Prefazione*, in *Ivi*, p. 3.

estraneo alla realtà, tecnico e formalistico, quale quello di derivazione illuministica. Analogamente al dibattito sul concetto di imputabilità o sulla pena, anche quello sulla premeditazione, diviene il campo di battaglia in cui si confrontano le diverse anime della dottrina penalistica del tardo Ottocento. Perciò non stupisce che, in assenza di una precisa definizione normativa, vengano formulate diverse teoriche della premeditazione da parte delle diverse correnti della giuspenalistica, che, al di là delle diverse sfumature, tendono ad ancorare diversamente l'aggravante della premeditazione. A fronte del criterio definito polemicamente «aprioristico, metafisico o deduttivo»<sup>34</sup> propugnato dai giuristi etichettati come vicini alla c.d. Scuola Classica, viene proposto, al contrario, un criterio *positivo* di premeditazione basato sugli insegnamenti dell'antropologia criminale e che valorizza i motivi a delinquere. Nello specifico, considerando la premeditazione come sintomo di una «maggiore perversità o di maggiore pericolosità»<sup>35</sup> non appare sufficiente il criterio della maggiore o minore riflessione, così come quello strettamente cronologico contestato dai positivisti a partire da Enrico Ferri, Raffaele Garofalo e Ferdinando Puglia, secondo cui il mero intervallo di tempo che per la dottrina più tradizionale (la scuola antica) è segno di perversità, in quanto dimostra il persistere della risoluzione criminosa, può, paradossalmente dimostrare una «bontà dei sentimenti nell'individuo»<sup>36</sup>, come nel caso di delinquente passionale che «avendo risoluto di uccidere, si astiene dal farlo immediatamente perché i suoi sentimenti sociali servono da freni inibitori, fino a che, vinto in questa lotta, compie il delitto molto tempo dopo»<sup>37</sup>. In tal caso, secondo la teorica positivista, il lasso di tempo intercorso tra la decisione e l'esecuzione, lascia trasparire non tanto una maggiore perversità quanto una la presenza di un sentimento morale che ha trattenuto più a lungo dall'agire, tra mille dubbi e ripensamenti, permettendo il protrarsi della risoluzione. Tant'è che, ribaltando la tradizionale visione della presunzione quasi automatica di una maggiore intensità del dolo (indice di un'azione più riprovevole) di un crimine meditato per molto tempo rispetto ad uno commesso istintivamente, un giurista come Bernardino Alimena (1861-1915), promotore della c.d. Scuola Critica o Terza Scuola<sup>38</sup> sottolinea, parafrasando Stendhal, che la passione può agire sull'uomo a volte come folgore e a volte come cristallizzazione insensibile, finendo per dominare lentamente l'uomo che soccombe ad essa dove avervi invano opposto resistenza. In caso contrario, continua Alimena, si dovrebbe

<sup>34</sup> J.E. Gaitán, *Criterio positivo della premeditazione*, «La Scuola Positiva», 1928, I, p. 212.

<sup>35</sup> Ivi, p. 217.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Il manifesto programmatico di tale «scuola» è delineato in B. Alimena, *La scuola critica di diritto penale. Prolusione ad un corso di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli, 29 novembre 1894*, Napoli, Luigi Pierro, 1894.

riuscire a dimostrare che una forte passione non possa durare nel tempo e che, al contempo, sia la coscienza sia la volontà non possano rimanere offuscate un intervallo temporale anche considerevole ma tali dimostrazioni, afferma il penalista cosentino, sono impossibili poiché «contrarie alla natura umana»<sup>39</sup>, risultato di un vano studio di un unico tipo astratto di uomo. Tant'è che, afferma provocatoriamente il giurista calabrese, «il delinquente volgare reagisce immantinenti, uno spirito più elevato si oppone, combatte, cade»<sup>40</sup>. Per Alimena occorre invece tenere a mente che le due forme di premeditazione (con determinazione istantanea e determinazione lenta) derivano dalla diversità del tipo del carattere di chi commette l'azione. Insomma, spariagliando le carte, Alimena evidenzia come non possano compararsi diversi modi di estrinsecarsi della premeditazione, al punto che alcuni omicidi non solo non meritino di essere puniti in maniera più grave, ma addirittura debbano essere scusati, come testimoniano bene gli esempi forniti dalla letteratura. Si chiede retoricamente Alimena come, ad esempio, possano essere messi sullo stesso piano e parimenti puniti i crimini, in entrambi i casi premeditati, di Otello e Jago, protagonisti del noto capolavoro shakespeariano. Così come il tempo lasciato alla riflessione non è per Alimena di per sé significativo della maggiore o minore gravità dell'azione, allo stesso modo, anche il mero dato numerico del tempo è un criterio da sottoporre a critica. Troppo inafferrabile, anche in tal caso, è l'astratta quantificazione del tempo necessario tra quel prima della determinazione e quel poi dell'azione, semplicemente affermando che il lasso di tempo da prendere in considerazione debba essere «quello necessario al ritorno della calma»<sup>41</sup>, definizione certamente tautologica e per nulla risolutoria. Se tale formula è troppo generica, secondo Alimena, è parimenti illusorio ogni tentativo di stabilire aprioristicamente il lasso di tempo come hanno cercato di fare diversi codici. Si pensi al limite minimo di ventiquattro ore stabilito dal codice estense, così come dalle esperienze legislative in Brasile e in Portogallo o alle sei ore stabilito da Papa Clemente XII per la legislazione dello Stato pontificio, passando per il più generico criterio di una notte per la Repubblica di Venezia, similmente alla legge sui delitti e sulle pene del 20 maggio 1808 n. 143, emanata da Giuseppe Napoleone per il Regno di Napoli che stabilisce tale misura in dodici ore o, in ogni caso, una notte. La fissazione aprioristica di un tempo fisso entro cui considerare possibile applicare o meno la premeditazione per Alimena è frutto di un atteggiamento viziato da un grave errore di fondo, in quanto «dimentica tutte le innumerevoli differenze

<sup>39</sup> B. Alimena, *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata*, Torino, Bocca, 1887, p. 119.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 147.

ed idiosincrasie, che diversificano gli uomini»<sup>42</sup>, essendo sufficiente un tempo brevissimo per calmare l'uno mentre non è sufficiente un lasso di tempo ben più lungo per calmare l'altro.

### 3. *Distantia temporis ed emozioni*

La battaglia teorica, senza esclusione di colpi, tra scuole e correnti dottrinali, sulla premeditazione e sulla valenza dell'elemento cronologico si colloca per forza di cose nel più ampio dibattito sulla rilevanza di passioni, emozioni e sentimenti in rapporto alla responsabilità penale. Anche in tal caso un punto fermo è costituito, senza dubbio, dall'opinione di Carrara che, essendo uno dei più strenui oppositori delle tesi propugnate dalla Scuola Positiva, àncora la propria interpretazione al concetto di libero arbitrio. La libertà umana è, per il giurista toscano, ciò che dà all'uomo la forza per vincere il suo "peggior tiranno", ovvero le proprie passioni<sup>43</sup> identificabili in due tipi: cieche e ragionatrici. Solo le prime (quali l'ira e il timore) intaccano in maniera subitanea la capacità, agendo con forza sulla volontà del soggetto e «soverchiando i ritegni della ragione, lasciando all'intelletto minor balìa di riflettere»<sup>44</sup>. Le passioni ragionatrici, invece, lasciano nell'uomo intatta la capacità di raziocinio per cui non comportano alcuna diminuzione della sua imputabilità. L'efficacia scusante o diminuyente (e mai tuttavia escludente) l'imputabilità dei fattori emotivi e passionali sarebbe, secondo tale approccio, strettamente collegata al fattore temporale: la passione deve trascinare subitaneamente al delitto. Più rimane tempo per riflettere più la passione deve essere considerata irrilevante ai fini della valutazione della responsabilità penale. Per tale ragione l'ira e la paura caratterizzate dalla «veemenza e rapidità della loro azione sulla volontà spingono precipitosamente ad agire»<sup>45</sup> tolgono la calma e il tempo per riflettere a chi commette un crimine sotto il loro impulso diretto:

l'uomo è responsabile delle sue determinazioni perché la sua volontà è armata dalla ragione. Ma l'azione della ragione umana è fredda e tarda. Tutto ciò che spinge precipitosamente ad agire toglie la calma e il tempo per maturamente riflettere; e così rende la volontà disarmata momentaneamente del suo presidio<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Ivi, p. 149.

<sup>43</sup> Cfr. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* (1889), cit., pp. 282-285, §§ 317-320.

<sup>44</sup> Ivi, p. 286, § 321.

<sup>45</sup> G. Capitani, voce *Stato mentale*, in *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza diretta da Luigi Lucchini*, vol. XXII, parte II, Torino, Utet, 1928 (*ristampa stereotipa*), p. 322.

<sup>46</sup> Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* (1889), cit., p. 291, § 326.

Al contrario, passioni come l'amore, l'amicizia e la gelosia, secondo questo approccio, non sembra possano avere alcuna efficacia diminvente, tranne che diventino, a loro volta, fattori scatenanti dell'ira o del timore. Tale suddivisione, nonostante le contraddizioni di fondo (una per tutte, la possibilità di far rientrare, sotto forma di ira, ogni tipo di c.d. passione ragionatrice, vanificando così lo sforzo teorico di creare una sorta di gerarchia tra le passioni scusanti) ha successo e viene ribadita da più parti.

A nulla rileva, invece, il fattore tempo per i giuristi orbitanti intorno alla Scuola Positiva, che intervengono nel dibattito cercando di sovvertire la tesi di Carrara. Tra essi spicca sicuramente la posizione di Enrico Ferri<sup>47</sup>, il quale non ritiene condivisibile la distinzione propugnata da Carrara che andrebbe piuttosto riformulata affermando l'esistenza di passioni sociali e antisociali. Il primo tipo risponderebbe alla pacifica sopravvivenza della specie come le c.d. passioni morali stante che la moralità può essere intesa come una delle funzioni primarie dell'uomo che vive nella società. Le passioni antisociali, al contrario, portano ad una disgregazione dell'ordine collettivo che caratterizza le società civili. Grazie a questa nota quanto contestata distinzione, Ferri ritiene non punibili i casi in cui l'atto derivi dall'aberrazione di una passione sociale quale l'amore o la giustizia, per considerare viceversa non giustificabili i reati indotti da una passione antisociale quale la vendetta, l'invidia o la lussuria<sup>48</sup>.

Ancora più categorica sembra la presa di posizione del penalista messinese Ferdinando Puglia (1853-1908) che va alla radice del problema sottolineando come l'approccio di Carrara sia viziato *ab initio* poiché fondato sull'esistenza di una responsabilità morale del delinquente e non, più correttamente, di una responsabilità sociale dello stesso. Stante l'inesistenza del libero arbitrio, non ha senso per Puglia discutere di quale grado di libertà sia rimasto al criminale in preda alle passioni, dovendosi invece concentrare l'attenzione al pericolo che il delinquente rappresenta per l'ordine sociale<sup>49</sup>. Se questo è l'erroneo presupposto da cui parte la «scuola metafisica», come la definisce Puglia, solo utilizzando i metodi propugnati dalla Scuola Positiva, è possibile, a suo dire, riuscire a trattare il problema dell'influenza delle emozioni e delle passioni sulla responsabilità penale efficacemente e senza cadere in contraddizione. Se

<sup>47</sup> Su Enrico Ferri e sull'evoluzione del suo percorso teorico, si rinvia a R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, FrancoAngeli, 2004 e M. Stronati, voce *Ferri Enrico*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Ottava Appendice. *Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2012, pp. 371-375.

<sup>48</sup> E. Ferri, *Il delitto passionale nella civiltà contemporanea*, *Ibidem*, *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili. Volume III. Leggi penali e tipi di delinquenti. La riforma della giustizia penale. Arringhe civili*, vol. III, Torino, Utet, 1925<sup>3</sup>, pp. 284-302.

<sup>49</sup> Cfr. F. Puglia, *Passioni ed emozioni. Loro influenza sulla responsabilità dei delinquenti*, «Archivio di Psichiatria, Scienze Penali ed Antropologia Criminale per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente», 1882, vol. III, fasc. III, pp. 394-395.

si segue quanto sostenuto della c.d. Scuola Classica, cioè si suppone che il destinatario dei diritti e dei doveri di fronte alla legge sia libero, non si può non giungere alla logica conclusione di considerare non moralmente libero un uomo agitato dalle passioni dal momento che «la passione di qualunque natura essa sia [...] ottenebra più o meno profondamente l'intelligenza, e trascina più o meno violentemente la volontà umana ad azioni inconsulte ed irriflesse»<sup>50</sup>. Da ciò deriverebbe l'impossibilità di punire la maggior parte dei delinquenti, o comunque, di comminare pene più lievi proprio per i più pericolosi perché trascinati al delitto da brutali passioni con conseguenze disastrose per il mantenimento della sicurezza sociale. Né per ovviare a tale rischio, potrebbe essere utilizzata la differenza sostenuta da Carrara tra passioni cieche e passioni ragionatrici perché in contrasto sia con le più comuni leggi psicologiche (giacché non è sempre detto che le passioni debbano scoppiare istantaneamente e trascinare irresistibilmente al delitto), sia con gli stessi principi giuridici caldeggiati dalla Scuola Classica (in quanto andrebbe valutato il godimento della piena libertà di scelta non solo al momento della determinazione a delinquere ma anche tenendo in considerazione l'eventualità di una passione che, dopo tale fase, diviene più violenta e difficile da reprimere). Puglia, al contrario, abbraccia, come molti all'interno della Scuola Positiva, un modello di diritto penale implicante una forma di responsabilità sociale basata sulla temibilità del delinquente, da valutarsi con i parametri propri dell'antropologia criminale, cioè lo studio somatico e psichico del reo, nonché tutti i fattori esterni che afferiscono allo stesso ivi incluse passioni ed emozioni. In altri termini, il movente passionale e la qualità dello stesso (passioni ignobili, brutali, etc.) non sono altro che un punto di partenza per effettuare e completare l'esame psichico del delinquente e la sua natura. Perciò le passioni volgari o brutali sarebbero tipiche del delinquente nato o folle mentre quelle non ignobili o ignobili entro certi limiti caratterizzerebbero più il delinquente d'occasione. In maniera ancora più categorica si esprime successivamente Alfredo Fabrizi, il quale interviene nel dibattito immediatamente dopo il progetto Zanardelli del 22 novembre del 1877 che, ritenendo la formula della forza irresistibile<sup>51</sup> troppo pericolosa, l'aveva eliminata del tutto, superando così anche l'annoso problema del rapporto tra forza interna ed esterna già affrontato dagli altri progetti precedenti. Fabrizi, con un agile *pamphlet* intitolato, non a caso, *Contro un'innovazione*<sup>52</sup>, si schiera contro la scelta effettuata in seno a tale progetto di espungere del tutto la forza irresistibile dal nuovo codice penale,

<sup>50</sup> Ivi, p. 400.

<sup>51</sup> Sul dibattito su tale controversa categoria si rinvia a E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 30-82.

<sup>52</sup> A. Fabrizi, *Contro un'innovazione. (L'abolizione della forza irresistibile nel nuovo progetto Zanardelli)*, Roma, E. Loescher, 1888.

affermando come non possano essere trascurate le «nobilissime passioni» cui alludeva Mancini al punto da ritenerle irrilevanti ai fini della valutazione della responsabilità penale. Se da un lato, spiega Fabrizi, è vero che troppo spesso si confondono le vere passioni con un generale stato di affettività che contenendo ai loro poli estremi l'amore e l'odio sono bene o male alla base di tutti i crimini, tanto che sarebbe troppo rischioso attribuire ai meri affetti una qualche efficacia scriminante o dirimente. D'altro canto, però, non si può ignorare che gli affetti ben differiscono dalle passioni e che «nel rapido scaturire di queste, la libertà sia interamente sopraffatta non meno che è sopraffatta nel pazzo»<sup>53</sup>. Le passioni che hanno un'efficacia dirimente dell'imputabilità devono basarsi su un motivo nobile o un concetto morale ordinario come può essere, a detta di Fabrizi, «l'uccisione della moglie fatta in flagranza di adulterio»<sup>54</sup>, reazione emotiva così naturale e spontanea che nessun codice può frenare e che si può manifestare anche non istantaneamente (quindi essere anche compatibile con la premeditazione) tanto da potersi invocare anche da parte di chi si mostra «all'esterno freddo esecutore, pari, come dice il Ferri, alla lava che esternamente si raffredda, ma bolle e abbrucia all'interno»<sup>55</sup>.

Un ruolo considerevole in tale dibattito è altresì svolto da Lodovico Fulci (1850-1934) che, nel corposo volume *L'evoluzione nel diritto penale*<sup>56</sup>, ricollega la questione di azioni necessitate da passioni che *subitaneamente* conducono al crimine a quella ben più ampia del libero arbitrio. A tal proposito, afferma enfaticamente il giurista siciliano richiamando la follia di Amleto, non si può ritenere responsabile chi non è stato libero di scegliere poiché «non c'è reità ove non c'è libera determinazione del volere – ove una forza impetuosa, cieca, prepotente, trascina l'uomo all'azione»<sup>57</sup>. Non rimane, pertanto, alcuna possibilità di scelta, precisa Fulci, rifacendosi alle competenze scientifiche dell'epoca a partire dalla classificazione delle emozioni umane in nove categorie operata da Alexander Bain (1818-1903) e dalla relativa critica fatta da Herbert Spencer (1820-1903) nonché alle classificazioni dei sentimenti rilevanti in campo penale effettuate dai giuristi, specie della scuola toscana, a seconda degli effetti sulla responsabilità. Da tale raffronto emerge senza dubbio uno scollamento tra il mondo scientifico e quello giuridico; Fulci non sembra condividere infatti la distinzione tra impeto d'ira, impeto di dolore e impeto di paura perché poco rispondente alla realtà delle cose, siccome solo l'ira (sentimento derivato dal dolore) inciderebbe direttamente sulla responsabilità. Concorda invece con la classica distinzione diffusa specie nell'alveo del-

<sup>53</sup> Ivi, p. 25.

<sup>54</sup> Ivi, p. 26.

<sup>55</sup> Ivi, pp. 26-27.

<sup>56</sup> L. Fulci, *L'evoluzione nel diritto penale. La forza irresistibile*, Messina, Capra, 1881.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

la c.d. Scuola Classica, tra passioni cieche e ragionatrici: «ci sono sentimenti che lasciano calma la mente, sereno il giudizio [...] la paura e l'ira invece scombuiano la mente [...] alterano l'intuizione della coscienza e presentano una maggiore o minore irresistibilità secondo più o meno rilevante è la causa che produce quei sentimenti»<sup>58</sup>. Alla luce di tutto ciò si può comprendere la distinzione che Fulci opera tra la forza irresistibile derivante da una patologia (i cui confini con la malattia mentale, dunque, si confondono e si intrecciano) e da una passione (avvicinandosi così al concetto di forza irresistibile *interna* diffusosi in dottrina e giurisprudenza). Se nel primo caso il motivo patologico (eccettuato il caso della *mania transitoria*) svolge all'interno dell'uomo un lungo lavoro che lo rovina lentamente e incessantemente come un tarlo, al contrario «nel motivo *passionato* la forza irresistibile è istantanea»<sup>59</sup> e bruciante come la folgore che può essere diventare ulteriormente invincibile se agevolata da altre condizioni biologiche come Otello, conclude Fulci richiamando ancora una volta i drammi shakespeariani, che «per *eredità* sente con violenza le passioni»<sup>60</sup> e della loro inesorabile forza irresistibile rimane vinto.

#### 4. *Conciliare l'inconciliabile?*

All'indomani della promulgazione del Codice Zanardelli, eliminato il controverso concetto di forza irresistibile, sarà l'aggravante della provocazione a far sorgere nuovi ed insormontabili problemi di compatibilità tra essa e la premeditazione. La recezione dello schema passioni cieche/ragionatrici cui sembra ispirarsi il nuovo codice penale del Regno d'Italia, costituisce il fondamento dell'istituto della provocazione che, sempre seguendo tale impostazione, non può essere considerato compatibile con la premeditazione, pena il venir meno del suo carattere temporale che ne costituisce la base. L'impeto è, infatti, reazione repentina al contrario della premeditazione che comporta il tempo per riflettere e pianificare. La questione non è di poco conto visto che, mentre molti delitti passionali d'impeto sono ancora sanzionati tenuemente, si conferma il maggiore rigore nei confronti dell'omicidio premeditato ex art. 366 comma 2 c.p., che in tal caso è, ancora una volta, la più severa in assoluto nella scala penale del codice Zanardelli (ergastolo), superando in gravità persino quella prevista per parricidio (art. 365 co. 1 c.p.) o per l'omicidio commesso mediante sostanze venefiche (art. 365 co. 3 c.p.). All'art. 51 del Codice Zanardelli si statuisce appunto che va punito con una pena più lieve «colui che ha commesso il fatto nell'impeto d'ira o d'intenso dolore, determinato da

<sup>58</sup> Ivi, p. 241.

<sup>59</sup> Ivi, p. 246.

<sup>60</sup> Ivi, p. 264.

ingiusta provocazione». La diminuzione della pena, specifica ancora lo stesso articolo, era maggiore in caso di «grave provocazione». L'emozione che entra in gioco è pertanto lo stato d'ira o una condizione di dolore molto intenso e immediato la quale deve essere legata con stretto rapporto di causalità ad una provocazione altrui reputata ingiusta. Ciò si invoca, in ogni caso, quando il reato determinato da forte passione non raggiunge i livelli patologici previsti per l'esclusione o l'attenuazione dell'imputabilità ex art. 46.

L'attenuante della provocazione non è tuttavia una novità perché le sue radici affondano in una tradizione giuridica antichissima. Pessina ricorda infatti come già gli antichi giureconsulti si fossero posti il problema di stabilire la rilevanza giuridica di determinate passioni come l'ira, seppure collegata sia ad una giusta cagione (l'ingiustizia di un fatto che offende i propri diritti), sia al giusto dolore, ipotesi per lo più riconducibile al turbamento del marito che sorprende la moglie adultera o del padre che scopre lo stupro della figlia, come già disciplinato nella *Lex Iulia de adulteriis coercendis*<sup>61</sup>. Se queste sono le lontane origini dell'attenuante della provocazione, tornando ai codici preunitari, è possibile rintracciare numerose tracce di istituti in parte simili ed in cui l'elemento della rapidità dell'azione è ancora più evidente. Si pensi all'art. 310 del Codice Toscano che prevedeva la fattispecie di «omicidio improvviso» ovvero forma di delitto d'impeto ritenuto meno grave di quello premeditato e che se originato da una provocazione da parte dell'ucciso e nei confronti dell'uccisore è sanzionato con una pena più lieve (fatta eccezione per i casi in cui la vittima fosse un ascendente dell'omicida). Allo stesso modo, l'art. 321 del Codice Napoleonico definisce «scusabili» alcuni crimini (omicidio volontario, ferite e percosse) qualora provocati da altre «percosse o violenze gravi contro le persone». Più o meno negli stessi termini si colloca anche l'art. 377 del Codice del Regno delle Due Sicilie, laddove ai reati 'scusati' previsti dal Codice Francese, aggiunge «ogni altra ingiuria o offesa contro le persone». Una diminuzione di pena, limitatamente al caso di delitto di omicidio, è prevista anche dall'art. 562 del Codice Sardo del 1859, ove si prevede uno sconto di pena qualora il predetto reato «è commesso nell'impeto dell'ira in seguito di provocazione», stabilendo una diminuzione di pena maggiore in caso di provocazione grave ovvero, come precisa l'ultimo comma dello stesso articolo, «quella che segue con percosse o violenze gravi contro le persone, o con minacce a mano armata, o con atroci ingiurie, avuto riguardo all'indole dei fatti e alla qualità delle persone provocanti e provocate».

<sup>61</sup> Cfr. E. Pessina, *Nozioni storiche sulle perturbazioni dell'animo avvisate come scuse dei reati*, in Rossi Pe., *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 168-172, n. I. Per un quadro generale su tale legge invece, si veda almeno, G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis: studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, Edizioni del Grifo, 1997.

Com'è agevole capire, dunque, la diminuzione della pena per opera della provocazione ingiusta o il suo effetto scusante, al di là della diversità della formulazione, viene giustificata in quanto la persona agisce in condizioni di spirito alterate, non potendo essere assoggettata a grave pena, poiché nel fatto della reazione si riscontravano minori, se non assenti, elementi di pericolosità sociale<sup>62</sup>. Ma l'attenuante introdotta dal Codice Zanardelli, rispetto alle disposizioni preunitarie, ha un ambito di applicazione ben più ampio, riguardando ogni tipo di reato e non solo l'omicidio o al massimo i più rilevanti reati contro la persona come nelle codificazioni precedenti, con la possibilità di far rientrare ogni tipo di reato a sfondo passionale o d'impulso nello stato d'ira e di dolore intenso derivanti da ingiusta provocazione. Forse nell'intento di scongiurare un rischio simile, in sede di lavori preparatori, Carrara aveva avanzato la proposta, poi non accolta, di esigere un nesso tra la provocazione e l'impeto subitaneo o moto improvviso. Sulla falsariga del Codice Toscano che difatti prevedeva l'attenuante della provocazione unicamente in relazione al c.d. omicidio improvviso, il giurista lucchese sottolinea come sia iniquo punire in maniera uguale due reati così diversi nel disvalore sociale e nella 'gravità politica' quale il semplice omicidio d'impeto e quello scaturente da ingiusta provocazione affermando che «io posso guardarmi dal provocare altri ad offendermi, ma non mi posso guardare da un iracondo che offende per impeto suscitato dalla mala sua indole»<sup>63</sup>. Proprio il fattore temporale, cioè l'immediatezza della reazione, sottolineato dall'uso del termine "impeto" diventa uno dei nodi centrali nella delineazione del concetto di provocazione approvato nel Codice Zanardelli. Del resto, ancora Carrara precisa che «la provocazione non è che una *scusa* (una degradante) la quale si valuta per l'impeto della passione che agita l'animo dell'oltraggiato e non gli lascia luogo a riflettere»<sup>64</sup>. In altri termini, con la vigenza del nuovo codice, passioni ed emozioni, modulate anche a seconda della rapidità di tempo con cui operano sul soggetto che ne è preda, assumono una diversa rilevanza a favore del reo, seppure a precise condizioni. Se, dunque, tale soluzione è pensata per fuoriuscire dalle secche del dibattito sulla categoria di forza irresistibile, di contro essa pone un'altra questione non meno pressante della precedente. Una volta inserita la categoria di provocazione che sottende il dolo d'impeto e una reazione immediata ci si chiede se essa possa essere considerata compatibile con

<sup>62</sup> In tal senso, G. Novelli, voce *Provocazione*, in *Enciclopedia Italiana Treccani* (1935), ora consultabile anche *on line* su <[<sup>63</sup> Così Francesco Carrara nella citazione riportata nel verbale n. 85. Seduta del 16 Aprile 1868, in \*Il Progetto del Codice Penale per Regno d'Italia coi lavori preparatorj per la sua compilazione raccolti e ordinati sui documenti ufficiali\*, Firenze, Stamperia Reale, 1870, vol. I, p. 528.](http://www.treccani.it/enciclopedia/provocazione_(Enciclopedia_Italiana)/></a>, aprile, 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>64</sup> F. Carrara, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno*, Lucca, Tipografia Giusti, 1876, p. 196.

la premeditazione, che, all'opposto, comporta una lenta e prolungata riflessione. Anche in tal caso la dottrina è profondamente spaccata con notevoli conseguenze a livello sanzionatorio visto l'effetto rispettivamente attenuante e aggravante delle due circostanze.

Nuovamente domina la concezione più legata alla tradizione di Carrara, il quale colloca agli antipodi il livello di forza morale e il tempo intercorso tra la decisione di commettere il crimine e la sua effettiva realizzazione. Ne deriva che per Carrara sono inconciliabili la freddezza del calcolo unita ad un intervallo temporale tra la determinazione e l'azione con un'azione commessa nel «predominio ed urto istantaneo di *cieca passione*» ovvero laddove non vi è, per definizione, spazio né per «la calma dello spirito»<sup>65</sup> né alcun lasso di tempo tra la determinazione e l'azione criminosa. Sulla posizione dell'incompatibilità si attesta, tra gli altri, Ugo Conti (1864-1942) che ricorda senza mezzi termini come in tal caso la *scusante* (provocazione) contraddica apertamente la qualifica (premeditazione) che si elidono reciprocamente: il *calor iracundiae* della prima è inconciliabile con il «freddo e maturato proposito di delinquere»<sup>66</sup> della seconda. Dello stesso avviso appare altresì anche Pietro Vico (1853-1939) il quale enfatizzando molto la necessità del fattore cronologico non può che ritenere assolutamente incompatibile la provocazione con la premeditazione poiché in una situazione in cui si reagisce immediatamente all'offesa ricevuta per forza di cose deve essere esclusa «la coesistenza di un disegno anteriore»<sup>67</sup> tipico della premeditazione insieme al requisito del proposito freddamente maturato.

Decisamente di contrario avviso, invece, i seguaci della Scuola Positiva, tra cui spicca Eugenio Florian (1869-1945), il quale era già intervenuto nel dibattito sulla categoria di delinquente passionale considerandolo come un soggetto costretto a delinquere quasi come se la passione fosse una tempesta che lo travolge alla stregua di un vero e proprio «uragano psichico, che gli ha tolta la volontà, gli ha attutita la sana percezione degli avvenimenti»<sup>68</sup>. A fronte di una siffatta concezione dell'influsso che gli stati emotivi e passionali possono avere su un soggetto, obnubilando completamente la sua coscienza, non stupisce allora che Florian propenda anche per la tesi della conciliabilità tra premeditazione e provocazione visto che quest'ultima può determinare, dal punto di vista psicologico, uno stato psichico anche molto duraturo nel

<sup>65</sup> Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* (1889), cit., p. 120, § 76.

<sup>66</sup> U. Conti, *Della imputabilità e delle cause che la escludono, o la diminuiscono*, in P. Cogliolo, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, v. I, parte II, Milano, Vallardi, 1890, p. 228.

<sup>67</sup> P. Vico, voce *Omicidio*, in *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza diretta da Luigi Lucchini*, vol. XII, Torino, Utet, 1904-1908, p. 295.

<sup>68</sup> E. Florian, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934, vol. I, p. 355.

tempo. Per il giurista veneto tale compatibilità esiste anche dal punto di vista giuridico poiché in quell'intervallo di tempo «nel quale durano l'ira o il dolore, può bene elaborarsi e svolgersi la trama di preparazione del delitto»<sup>69</sup>.

La tesi della conciliabilità è, infine, radicalizzata da Enrico Ferri che sfrutta il dibattito animato su tale problema per sottolineare, ancora una volta, l'esigenza di un cambio di passo nel diritto penale nella direzione proposta dai nuovi insegnamenti dell'antropologia criminale. In particolare, Ferri si pone in contrapposizione sia con la dottrina più vicina alla tradizione della Scuola Classica, sia con il consolidato orientamento giurisprudenziale contestando quanto affermato dalla Cassazione poiché frutto di un vero e proprio sillogismo<sup>70</sup> basato su una erronea o stereotipata rappresentazione delle passioni sottese alle due circostanze che li renderebbero inconciliabili: la calma e il sangue freddo nel caso della premeditazione e l'impeto d'ira o d'intenso dolore per quanto riguarda la provocazione. Il vero bersaglio polemico di Ferri è, tuttavia, una determinata corrente dottrinale che influenza anche la giurisprudenza, ovvero quella corrente di pensiero della scienza criminale classica che vuole leggere la materia penale esclusivamente sulla base della logica formale, o meglio che «distillando sillogisticamente i fatti umani, li attribuisce ad un tipo algebrico di uomo medio, senza nervi, senza muscoli, senza disposizioni ereditarie, fuori dell'ambiente vivo e palpitante»<sup>71</sup>; in altri termini, un soggetto che vive sotto una vera e propria campana di vetro e dunque inesistente agli occhi del giurista mantovano. Ricordando ai giudici che nella materia penale «val più un'oncia di psicologia positiva sui delinquenti che un quintale di logica astratta sui delitti»<sup>72</sup>, Ferri si sofferma altresì su una serie di casi occorsi nella sua pratica professionale che dimostrerebbero la «possibilità psicologica ed umana di una premeditazione non a sangue freddo, ma determinata da ingiusta provocazione» con la conseguente coesistenza di entrambi tali circostanze, specialmente se si tiene conto della diversità del temperamento dei soggetti. Da una parte vi è chi ha un temperamento linfatico e si dimostra inerme, debole e mite rispetto ad un'ingiuria ricevuta, e, dall'altra, quello dal temperamento più sanguigno-nervoso che ha solitamente una reazione più immediata e violenta. Anche in questo caso, il fattore cronologico non è determinante ma soltanto la spia di un diverso lavoro delle passioni a seconda delle proprie inclinazioni: se nella prima categoria di uomini, più flemmatici e schivi, l'offesa ricevuta lavora lentamente ma non per questo meno doloro-

<sup>69</sup> E. Florian, *Dei reati e delle pene in generale*, in *ivi*, p. 436.

<sup>70</sup> Cfr. E. Ferri, *Provocazione e premeditazione*, in *Id.*, *Le difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili*, vol. II, Torino, Utet, 1923, p. 533. Si precisa che tale contributo era già stato pubblicato, in una primissima versione, subito dopo l'approvazione del codice Zanardelli, anche su *La Scuola Positiva* (luglio 1891).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 544.

samente, come una costante fiamma che lo consuma dall'interno, arroventandone a poco a poco «l'organismo e il sistema nervoso»<sup>73</sup> dall'altra parte, in colui che è più impulsivo agisce sotto l'impeto di un'unica repentina vampata. Per Ferri, dunque, sarebbe iniquo punire più pesantemente il primo rispetto al secondo avendo agito solo apparentemente con fredda determinazione. Il tempo trascorso non è infatti indicativo di una maggiore freddezza d'animo poiché a volte, continua Ferri con la sua usuale enfasi, «la lava raffreddata e rappresa di fuori è dentro incandescente»<sup>74</sup>. Il giurista lombardo abbraccia allora la tesi più diffusa tra i positivisti, ritenendo più corretto guardare non tanto al mero scorrere del tempo tra determinazione ed esecuzione quanto ai motivi (giusti/ingiusti, sociali o antisociali) che hanno trascinato al crimine, senza guardare al meccanico trascorrere del tempo, anche perché, conclude Ferri, «il cronometro che indichi quando cessi la rapidità di una reazione e cominci una reazione non rapida, è ancora da inventare»<sup>75</sup>.

Dopo tale aspro scontro polemico neppure la dottrina penalistica degli anni Trenta riuscirà a mettere la parola fine a tale annosa questione<sup>76</sup>. Il legislatore fascista non rinuncia a considerare quello premeditato come una delle forme di omicidio aggravato, evitando però di darne una definizione espressa che poteva chiarire se fosse ancora cruciale l'elemento cronologico e tutte le correlate questioni di compatibilità con altre circostanze del reato quali la provocazione così come con fattori che incidono sull'imputabilità (es. seminfermità di mente o ubriachezza). Ciò ha costretto giurisprudenza e dottrina ad avventurarsi in una serie lunghissima di elaborazioni teoriche sulla natura e gli elementi della premeditazione in cui quello temporale è risultato quasi sempre irrinunciabile. Se molte tesi propuginate dalla dottrina novecentesca, rivedendo periodicamente la controversa e oscura nozione di premeditazione<sup>77</sup>, hanno cercato di mettere in evidenza più l'importanza dell'elemento ideologico (fermezza e irrevocabilità della decisione), dall'altro lato, proprio l'elemento oggettivo del mero lasso di tempo tra determinazione ed azione, è stato ritenuto a lungo cruciale per la giurisprudenza<sup>78</sup>.

Eppure, si potrebbe sostenere, non senza azzardo, che quel cronometro a cui faceva riferimento Ferri più di cento anni addietro sembra che, in qualche

<sup>73</sup> Ivi, p. 535.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> Ivi, p. 541.

<sup>76</sup> Cfr. M. Angioni, *La premeditazione nel sistema del nuovo codice penale*, Napoli, Jovene, 1933.

<sup>77</sup> Ci limitiamo in questa sede a rinviare ai seguenti lavori monografici, pubblicati a distanza di dieci anni l'uno dall'altro: G. Roncagli, *La premeditazione nella teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1950; G. Ragno, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, Milano, Giuffrè, 1960; E. Contieri, *La premeditazione*, Napoli, Jovene, 1970<sup>2</sup>.

<sup>78</sup> Cfr. per tutti, V. Patalano, voce *Premeditazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. 34, pp. 1023-1040.

modo, sia stato inventato. Se pensiamo agli esperimenti che cercano di individuare il fattore temporale nella coscienza nell'ambito di quel particolare ambito di ricerca denominato "neuroscienza del libero arbitrio"<sup>79</sup> che mira ad indagare le componenti neuropsicologiche dell'agire deliberato, mediante l'analisi dei rapporti intercorrenti tra intenzione, coscienza dell'azione e processi di controllo, sia in «soggetti normali (la fisiologia del libero arbitrio) sia nei soggetti portatori di disturbi mentali (la patologia del libero arbitrio)»<sup>80</sup>. In questo contesto si pongono le numerose ricerche sviluppate a partire dagli esperimenti compiuti tra gli anni Settanta e gli Ottanta del Novecento dal fisiologo Benjamin Libet e basate sull'assunto che ci sia uno scarto temporale, sia pur minimo, tra il momento in cui si ha la consapevolezza di compiere un'azione e quello in cui essa viene posta in essere<sup>81</sup>, mettendo così in crisi il concetto tradizionale di libero arbitrio<sup>82</sup>. Ma nonostante gli entusiasmi nei confronti della rivoluzione neuroscientifica<sup>83</sup> e le fideistiche aspettative che essa possa risolvere i più reconditi *arcana* del giure penale, il tempo, così evanescente ed implacabile, è ancora quel «martellio di mesi e di anni che crea estingue modifica»<sup>84</sup>, forza primordiale quanto inafferrabile che condiziona ogni nostra azione, dandole un diverso significato (come avviene da secoli con riferimento all'omicidio premeditato). Pertanto, difficilmente un macchinario, per quanto sofisticato, ancora oggi, può essere in grado di decifrare l'agire criminoso, confermando una vecchia intuizione di Carrara: «per giudicare se l'uomo è o no libero, a nulla giovano i cannocchiali e i termometri. Bisogna scendere nelle interne latebre dell'animo nostro»<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. G. Sartori, L. Sammiceli, *Cervello, diritto e giustizia*, in Id. (a cura di), *Neuroetica*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 157.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> B. Libet, *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2007 (ed. or., *Mind Time: The Temporal Factor in Consciousness*, Cambridge, Harvard University Press, 2004).

<sup>82</sup> Sull'orologio di Libet e le sue implicazioni sul concetto di libero arbitrio che sembrano riproporre un approccio deterministico non dissimile, *mutatis mutandis*, a quello abbracciato dalla Scuola Positiva nella seconda metà dell'Ottocento, cfr. E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

<sup>83</sup> In una prospettiva di cauto ottimismo si colloca, in rapporto al tema della premeditazione, F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, Padova University Press, 2016.

<sup>84</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 21.

<sup>85</sup> F. Carrara, *Libertà e spontaneità. Prolusione al corso di diritto e procedura penale (28 novembre 1882)*, in Id., *Reminiscenze di cattedra e foro*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1905<sup>2</sup>, p. 525.

Floriana Colao

«Costume del tempo» e «frontiere del pudore». Il reato cinematografico nell'Italia degli anni Sessanta

### 1. *I temi-problemi tra codice Rocco e Costituzione*

Dall'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione il legame tra «legge penale e pubblica moralità», iscritto nel codice Rocco, è stato oggetto di letture diverse, accomunate dalla percezione di camminare sulla «sabbia mobile di un sentimento variabilissimo»<sup>1</sup>. Nel 1956 il Parlamento prendeva l'impegno di adeguare agli articoli 21 e 33 della Costituzione le norme sulla revisione degli spettacoli cinematografici, esercitata dalle Commissioni di nomina ministeriale in via amministrativa; l'avvocato Giorgio Moscon – critico delle «mutevoli leggi sul cinema» – azzeccava la previsione dell'abolizione della censura «possibile forse nel prossimo secolo»<sup>2</sup>. Antonio Manca – Procuratore generale in Cassazione – inaugurava l'anno giudiziario 1956, lamentando l'«aggravarsi» del «dilagare di spettacoli contrari al buon costume»; raccomandava alla magistratura di merito «severità nel perseguire reati del genere», senza temere accuse di «immobilismo tradizionale»<sup>3</sup>. Moscon collocava invece l'arte cinematografica nel principio della libertà di manifestazione del pensiero, che trovava un limite nel buon costume, di cui all'ultimo comma dell'art. 21<sup>4</sup>; a quel «concetto» Giuseppe Branca dichiarava di preferire «quello più preciso [che] era ed nel codice penale»<sup>5</sup>, gli articoli 528 e 529, libro II capo II, *Delle*

<sup>1</sup> A. Jannitti Piromallo, *Legge penale e pubblica moralità*, «Ius», 1950, p. 29.

<sup>2</sup> G. Moscon, *Una legge da rispettare*, «Il Ponte», 1957, pp. 1327 ss.; sulla normativa del 'nuovo secolo' e del precedente, tra «vecchie e nuove polemiche» cfr. ora P. Ferrara, *A proposito di censura sullo spettacolo in Italia (1861-2021)*, «Le carte e la storia», 2, 2022, pp. 88-106.

<sup>3</sup> A. Manca, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 1956*, Roma, Tip. Le Mantellate, 1956, p. 9.

<sup>4</sup> S. Grassi, *Rassegna sul concetto di buon costume nell'Assemblea Costituente e negli atti parlamentari relativi alla cinematografia*, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, Roma, Ger, 1972, pp. 15 ss.

<sup>5</sup> G. Branca, *La repressione penale* (1973), in V. Boarini, F. Francione (a cura di), *Erotismo*,

*offese al pudore e all'onore sessuale*, titolo IX, *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*<sup>6</sup>. Non a caso Paolo Barile proponeva un'interpretazione restrittiva dell'art. 21, la sola «protezione del pudore sessuale», dalla «caratteristica storica, permanentemente evolutiva»; suggeriva agli «autori dei films» di «rivolgersi ai giudici, per ottenere che delle vecchie leggi fasciste sia applicata solo la parte che permette la censura per motivi di buon costume e non tutto il resto»<sup>7</sup>. Molti criticavano infatti il ricorso dei revisori ad una censura «di tipo politico ideologico»<sup>8</sup>, mossa da «preoccupazioni ideologiche»<sup>9</sup>; per la «tormentata materia» soprattutto Giuliano Vassalli proponeva al legislatore una normativa coerente con le «mutate concezioni giuridiche e politiche»<sup>10</sup>.

La sofferta legge 161/1962, *Revisione dei films e dei lavori teatrali*<sup>11</sup>, manteneva l'obbligo di nulla osta solo per i primi; una monografia di Rodolfo Venditti – magistrato, libero docente di diritto penale – approvava la discriminazione per la «potenza 'patica' del cinema» sul «costume della collettività»<sup>12</sup>. A proposito di un nesso con il delitto – di cui si discuteva, specie in relazione alla delinquenza giovanile<sup>13</sup> – Portigliatti Barbos metteva a tema la «potenza e pericolo del libro di tutti, in cui può leggere anche chi non conosce la lettura»<sup>14</sup>. Nel 1966 la Cassazione si esprimeva sugli spettacoli cinematografici offensivi del buon costume, dichiarando di seguire il «concetto» di cui all'art. 21, perchè «più ampio di quello del codice penale». Sosteneva inoltre che l'interpretazione degli articoli 528 e 529 era complessa, dal momento che il legislatore aveva rimandato al giudice, 'perito dei periti', il compito di

*eversione, merce*, Udine, Mimesis, 2019.

<sup>6</sup> Su cui G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, Cedam, 1984; A. Massaro, *Lo spettacolo cinematografico osceno tra elementi elastici e difetto di determinatezza*, in Id. (a cura di), *Atti del Convegno Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, Roma, Aracne, 2013, pp. 33-46.

<sup>7</sup> P. Barile, *I censori fra la Costituzione e i giudici*, «Il Ponte», 1961, p. 1500.

<sup>8</sup> E. Capaccioli, *Rapporto fra prevenzione e repressione in tema di spettacolo cinematografico*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 136 ss.; E.G. Laura (a cura di), *La censura cinematografica, Idee, esperienze, documenti*, Roma, Edizioni di Bianco e nero, 1961; L. Bianchi d'Espinosa, *Sulla censura cinematografica*, «Giustizia e Costituzione», 1970, pp. 18 ss.

<sup>9</sup> A. Galante Garrone, *Aspetti pratici pratici e giuridici del problema*, in *La porpora e il nero*, Milano, edizioni Cinema nuovo, 1961, p. 30.

<sup>10</sup> G. Vassalli, *Censura cineteatrale e leggi penali*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1961, pp. 617-679.

<sup>11</sup> *Appendice*, in *Problemi giuridici* cit. Un cenno in G. Crainz, *Storia del miracolo italiano: culture, identità, trasformazione fra anni Cinquanta e Sessanta*, Roma, Donzelli, 1996, p. 153.

<sup>12</sup> R. Venditti, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, Giuffrè, 2 ed., 1963, p. 174.

<sup>13</sup> Sul cinema «ispiratore del crimine» G.P. Brunetta, *Il cinema che ho visto*, Roma, Carocci, 2021, pp. 141-142.

<sup>14</sup> M. Portigliatti Barbos, *Cinema e criminalità*, in *Cinema e criminalità*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 11.

leggere, oltre al dato giuridico, «elementi di valore espressi dalla comunità sociale»<sup>15</sup>. La monografia di Manlio Mazzanti – procuratore generale a Firenze – mostrava la difficoltà di definire il comune sentimento del pudore, che la «chiara e indiscutibile relazione ministeriale» pareva aver posto «in rapporto con la morale in un determinato momento storico», e di riconoscere l'esimente per il «vero bello artistico [che] non offende mai il sentimento del pudore»<sup>16</sup>. Manzini criticava l'«eresia logica, giuridica, morale»<sup>17</sup>; Bricola apprezzava invece gli elementi «elastici», «non normativi», «organi respiratori» della norma penale, legati alla «variabilità del tempo e della realtà sociale che ne è il sostrato»<sup>18</sup>. Soprattutto l'«efficacia impeditiva» ex secondo comma dell'art. 529 pareva a Carnelutti un «vessatissimo argomento»<sup>19</sup>; a chi chiedeva di limitare, se non escludere, l'esimente per il cinema, «fatto industriale, prima che artistico»<sup>20</sup>, l'avvocato Augusto Fragola – direttore della «Rassegna di diritto cinematografico» – ribatteva che dal 1930 lo Stato aveva riconosciuto il cinema come «arte»<sup>21</sup>. Quanto all'attitudine di un film a corrompere o modernizzare il costume morale degli italiani, in un brillante intervento del 1962 Mortati sosteneva che Croce avrebbe dato un giudizio diverso da quello di Pio XII<sup>22</sup>.

Nella stagione della contrastata modernizzazione italiana – di cui era specchio l'Intervista *Comizi d'amore* di Pasolini – i giuristi, nelle vesti di 'critici cinematografici', parevano esprimere 'due partiti'. Una «penalistica civile»<sup>23</sup> – i Nuvolone, Vassalli, Bricola, Baratta, Bianchi d'Espinosa, Galante Garrone, Pulitanò – anteponeva il *favor libertatis* alla tutela della morale in nome del pudore «sentimento variabile». La Cassazione fissava invece un «bene etico immutabile e fisso [...] al di sopra dell'opinione che, di esso, possa essersi co-

<sup>15</sup> Cassazione 15.6.1966, in «Foro italiano», 1966, pp. 356 ss.

<sup>16</sup> M. Mazzanti, *L'osceno e il diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2 ed., 1962, p. 35.

<sup>17</sup> V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino, Utet, 1963, p. 453.

<sup>18</sup> F. Bricola, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1960, pp. 778 ss.; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, in Id., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 178 ss.

<sup>19</sup> F. Carnelutti, *Arte e oscenità*, «Foro italiano», 1947, p. 94. Sul tema G. Luciani, *La nozione penalistica di opera d'arte di cui all'art. 529 c.p.*, in Massaro (a cura di), *Atti del Convegno Ultimo tango cit.*, pp. 47 ss.

<sup>20</sup> Venditti, *La tutela cit.*, p. 160; S. Messina, *La repressione dell'oscenità nell'opera cinematografica*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, Cedam, 1966, p. 115.

<sup>21</sup> Sul rdl 13 Febbraio 1930 n. 819, istitutivo della Mostra internazionale d'arte cinematografica A. Fragola, *La cinematografia nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1966, p. 220. Cita l'esperto di legislazione cinematografica M. Ascheri, *La incentivazione della produzione cinematografica nella legislazione vigente*, «Studi senesi», 1967, pp. 401 ss.

<sup>22</sup> C. Mortati, *Intervento*, in *Problemi giuridici cit.*, p. 268.

<sup>23</sup> Sul «ritorno della penalistica civile» M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 658 ss.

munque formata la pubblica opinione»<sup>24</sup>. Vent'anni dopo l'allarme di Manca Rodotà osservava che la cinematografia «oscena» di Pasolini aveva «costretto i giudici a spostare più avanti le frontiere del pudore, fissandole in modo un pò meno rispettoso delle pretese dell'uomo medio e un pò più rispettoso delle pretese della libertà»<sup>25</sup>. In questo orizzonte l'*Index filmorum prohibitorum*<sup>26</sup>, tra censura preventiva e repressione penale, è parso banco di prova della «storica mutabilità»<sup>27</sup> dei «valori socioculturali»<sup>28</sup> della legislazione e della giurisprudenza negli anni Sessanta.

## 2. Costituzione e censura preventiva

Dagli anni Trenta l'idea di Luigi Freddi sul cinema «strumento dello Stato» per promuovere «norme morali»<sup>29</sup> pareva ripresa da un intervento di Andreotti alla Camera, che, per i film offensivi della morale, definiva la «censura, come la pena, rimedio estremo». Nel 1948 l'allora sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega allo spettacolo dichiarava «dobbiamo incoraggiare una produzione sana, moralistica, allo stesso tempo attraente»<sup>30</sup>. Quanto all'incoraggiamento da parte dello «Stato cinematografaro», Ernesto Rossi ricordava il «comizio oceanico» in Piazza del popolo, in cui Anna Magnani, dalla tribuna, aveva urlato alla folla assiepata «aiutateci a salvare il cinema nazionale», un'industria minacciata dalla concorrenza, soprattutto statunitense; per il film italiano la legge 448/1949 pareva inaugurare lo «sperpero del denaro pubblico», lamentato da Rossi più della censura, a suo dire passata indenne da Giolitti a Mussolini ad Andreotti<sup>31</sup>. Anche Fragola riconosceva che «l'urlo al microfono di Anna Magnani, più scapigliata del solito», era stato «prontamente accolto dal governo»<sup>32</sup>; non criticava le sovvenzioni, ma la «precensura», iscritta nell'obbligo del produttore di presentare il soggetto per accedervi<sup>33</sup>. Moscon osservava che nelle Commissioni i «ministe-

<sup>24</sup> Mazzanti, *L'osceno* cit., p. 408.

<sup>25</sup> S. Rodotà, *Un solo processo*, in *Pasolini: cronaca giudiziaria, persecuzione, morte*, Milano, Garzanti, 1977, p. 283.

<sup>26</sup> A. Baldi, *Schermi proibiti. La censura in Italia*, Venezia, Marsilio, 2003.

<sup>27</sup> S. Lener, *Sulla nozione penalistica dell'osceno*, «La Civiltà cattolica», 1971, p. 433.

<sup>28</sup> *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Bari, Laterza, 1970.

<sup>29</sup> L. Freddi, *Il cinema. Il governo dell'immagine* (1949), Roma, Centro sperimentale di cinematografia, 1994.

<sup>30</sup> D. Loprieno, *Libertà dell'arte vs libertà religiosa: il caso della censura cinematografica*, in N. Fiorito, D. Loprieno (a cura di), *La libertà del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University press, 2009, pp. 109 ss.

<sup>31</sup> E. Rossi, *Lo Stato cinematografaro*, Firenze, Parenti, 1960 pp. 14, 107 ss.

<sup>32</sup> Fragola, *Intervento*, in *Problemi giuridici* cit., p. 200.

<sup>33</sup> A. Fragola, *Pre-censura e censura cinematografica*, «Rassegna di diritto cinematografico», 1962, p. 93; A. Fragola, *Profili di incostituzionalità delle leggi sull'industria cinematografica*, ivi, pp. 216 ss.;

riali» avevano ritenuto prive di «pulizia e decoro formale» opere di «elevato valore artistico»; ricordava che a *Ladri di biciclette* erano stati preferiti *Figli di nessuno* e *La cieca di Sorrento*<sup>34</sup>. In nome del diritto degli spettatori Guido Calogero rivendicava la «libertà di vedere» contro la «censura», espressione di un eterno «autoritarismo»<sup>35</sup>; si metteva a tema, tra l'altro, la funzione 'costituzionale' di *Roma città aperta*, specchio del passaggio dal «vecchio Regno alle nuova Repubblica»<sup>36</sup>.

La proposta di Moscon di abolire la «censura illegittima»<sup>37</sup> trovava un ostacolo in quel che la sentenza 121/1957 della Corte costituzionale – tra l'altro bussola per i lavori parlamentari<sup>38</sup> – definiva la «complessa legislazione speciale delle rappresentazioni teatrali e cinematografiche», che l'Italia democratica ereditava «dal periodo prefascista fino al periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione»<sup>39</sup>. La legge 785/1913 prevedeva dunque il nulla osta del Ministero dell'Interno per la proiezione in pubblico e l'esportazione delle pellicole, previa revisione da parte di funzionari di pubblica sicurezza, autorizzati anche a disporre la soppressione di sequenze offensive di una vastissima gamma di beni, dalla morale, al sentimento religioso, al prestigio delle istituzioni nazionali, o contenenti «scene truci, repugnanti o di crudeltà» e «delitti e suicidi impressionanti». Tra le norme applicate anche dopo la Liberazione, il Regolamento 22 Aprile 1920 consentiva al Ministero, di propria iniziativa o sollecitato da reclami di autorità e privati, di richiamare le pellicole, pur munite di nulla osta, per una revisione straordinaria davanti ad una Commissione d'appello; il rd. 3287/1923 aggiungeva ai divieti l'apologia di reato e l'incitamento all'odio tra le classi sociali, affidando ai censori, «giudici della morale comune», anche la revisione dei copioni; per Vassalli il rd. 635/1940 vietava il nulla osta «sino al limite estremo immaginabile». Il penalista osservava «limitazioni proprie di un regime politico superato»; segnalava però che la legge 379/1947, *Ordinamento dell'industria cinematografica nazionale*, non si distaccava «dai vecchi schemi», anche se «votata dalla stessa Assemblea costituente, che in quel torno di tempo procedeva alla formulazione degli articoli

A. Orsi Battaglini, *L'intervento economico statale a favore della cinematografia*, in *Intervento pubblico e libertà di espressione nel cinema, nel teatro, nelle attività musicali*, Milano, Quaderni ISLE, 1974, p. 113.

<sup>34</sup> Moscon, *Una legge cit.*, p. 1328.

<sup>35</sup> G. Calogero, *La libertà di vedere*, «Il Ponte», 1957, p. 1197.

<sup>36</sup> F.M. De Sanctis, *Dieci anni di vita italiana attraverso il cinema*, ivi, pp. 1304-1327; sul tema da ultimi G.M. Brunetta, *L'Italia sullo schermo. Come il cinema ha raccontato l'identità nazionale*, Roma, Carocci, 2020; G. De Luna, *Cinema Italia. I film che hanno fatto gli Italiani*, Torino, Utet, 2021.

<sup>37</sup> G. Moscon, *Censura illegittima*, Roma, Eliograf, 1961, p. 19.

<sup>38</sup> E. Capaccioli, P. Russo, *Codice dello spettacolo*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 186 ss.; Barile, *I censori cit.* p. 1497; Vassalli, *Censura cit.*, p. 639.

<sup>39</sup> La sentenza 121/1957, «Giurisprudenza costituzionale», 1957, pp. 1092 ss., su cui S. Fois, ivi, p. 1096.

della Costituzione in materia di libera manifestazione del pensiero»<sup>40</sup>. Messina affermava invece che, per le opere cinematografiche, «il sistema delle autorizzazioni preventive» era previsto dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, entrata in vigore in Italia con la legge 848/1955<sup>41</sup>.

A proposito dei limiti posti all'attività cinetrateale dal TUPS del 1931 – rilevati in particolare da Nuvolone<sup>42</sup> – la sentenza 121/1957 della Corte costituzionale si pronunciava sulla «polizia dello spettacolo», distinguendo tra «divieto assoluto» di opere contrarie al buon costume, ex art. 21, e «semplice licenza», ex art. 68. Il rifiuto del questore ad autorizzare la rappresentazione cinetrateale per prevenire «possibili torbidi» passava il vaglio di costituzionalità in nome dei «caratteri del tutto particolari» di quella manifestazione del pensiero; Fragola riconosceva all'«accurata sentenza» il merito di determinare «i limiti entro i quali il potere del questore deve essere esercitato»<sup>43</sup>. Taluni progetti di legge parevano allargare il concetto di offesa al buon costume al proteiforme ordine pubblico, con misure preventive da estendere alla stampa; del resto già nella legge 379/1947 Barile osservava gli espressi richiami del legislatore al rd. 3287/1923, senza «neppure porsi il problema della compatibilità [...] col nuovo regime democratico»<sup>44</sup>. La legge 617/1959 istituiva il Ministero del Turismo e spettacolo; una lettera aperta di Rossellini ricordava al ministro, Tupini, il contributo del «cinema nazionale» all'«evoluzione culturale nei nuovi tempi», criticando la prassi censoria, improntata ad una «attività paternalistica e discriminatoria»<sup>45</sup>. Per ottenere il nulla osta erano infatti frequenti sia le trattative tra produttori e «ministeriali», che i «suggerimenti e consigli» agli autori<sup>46</sup>; ne era testimone Fellini, a proposito de *Le notti di Cabiria* e poi de *La dolce vita*, sequestrato per «incitamento alla corruzione», apprezzato da Tupini per gli «elementi positivi, che inducono a meditare sul malcostume»<sup>47</sup>.

In questo quadro nel Settembre 1959 Nuvolone apriva il I congresso internazionale di diritto cinematografico con una densa *Prolusione*, intesa a ricondurre gli eventuali reati legati a quella particolare forma d'arte alle «norme e concetti del diritto penale comune». Il penalista argomentava che, pur «in una materia così moderna», non era necessario «mutare i concetti del diritto penale o inventarne di nuovi»; proprio «in tempi di tanto profondi rivolgimenti,

<sup>40</sup> Vassalli, *Censura* cit., p. 626.

<sup>41</sup> Messina, *La repressione* cit., p. 108.

<sup>42</sup> P. Nuvolone, *Il controllo dello Stato sulle opere cinematografiche. Profili penali*, «Rivista Penale», 1960, pp. 603 ss.

<sup>43</sup> Fragola, *La cinematografia* cit., p. 429.

<sup>44</sup> Barile, *I censori* cit., p. 1482.

<sup>45</sup> Lettera al signor ministro di Roberto Rossellini, in *La porpora* cit., p. 67.

<sup>46</sup> G. Aristarco, *Nota introduttiva*, ivi.

<sup>47</sup> *Cronistoria*, ivi, p. 80.

che sembrano scuotere alla base abitudini, credenze e miti», sosteneva l'irrelevanza penale dello «spettacolo contrario alla pubblica decenza». Indicava il principio di stretta legalità e l'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 528 e 529 come elementi costitutivi di un «diritto penale forma capace di accogliere e sistemare le più varie e moderne esperienze: anche quelle legate alle fuggevoli emozioni degli schermi luminosi»<sup>48</sup>. A chi intendeva sottrarre l'esimente agli spettacoli cinematografici, mai opere d'arte, semmai riproduzioni sullo schermo di un'opera d'arte, Nuvolone opponeva la piena dignità artistica di un'espressione della libertà del pensiero, cui era preposto l'Ufficio centrale della Cinematografia<sup>49</sup>.

La moralizzazione della società era la *ratio* della legge 1591/1960 – che ispirerà il grottesco episodio di Fellini in *Boccaccio 70*<sup>50</sup> – intesa a censurare soprattutto la pubblicità degli spettacoli cinematografici. In nome della tutela della gioventù si incriminavano autori e responsabili di esposizione al pubblico di stampati, fotografie, disegni offensivi del «pudore, pubblica decenza, senso morale e ordinamento familiare»<sup>51</sup>. Nuvolone paventava che la «salute fisica e morale dei giovani» fosse lo «schermo per perseguire scopi contrari alla libertà del pensiero e dell'arte»<sup>52</sup>; Vassalli asseriva che il tema dell'accesso dei minori al cinema era «indipendente dal problema generale della censura»<sup>53</sup>. Pisapia affermava che, in tema di buon costume, più che punire era necessario «incidere sulla formazione del costume»<sup>54</sup>. Dal canto suo Tupini scriveva al presidente dell'Associazione produttori cinematografici di voler rafforzare «i criteri per me di eccessiva larghezza usati fino a questo momento dalle Commissioni di censura», aggiungendo «sarò severissimo in materia»<sup>55</sup>; asseriva comunque che sovvenzioni e controllo sull'industria cinematografica nazionale avevano un «senso apolitico»<sup>56</sup>. In questo quadro Moscon chiedeva al legislatore di estendere alla cinematografia la legge 46/1948, che aveva escluso le autorizzazioni per gli stampati<sup>57</sup>; Barile puntualizzava che il legislatore si era riferito al «solo campo della stampa». Sosteneva peraltro che la legittimità costituzionale della revisione cinematografica non imponeva al

<sup>48</sup> P. Nuvolone, *Premesse di diritto penale cinematografico*, «Rivista di diritto industriale», 1959, pp. 205-218. Sul «fondamentale scritto» Vassalli, *Censura* cit., p. 628.

<sup>49</sup> Nuvolone, *Prevenzione e repressione in tema di spettacoli osceni*, «Rivista di diritto e procedura penale», 1961, p. 22.

<sup>50</sup> *Le tentazioni del dottor Antonio* parevano alludere ad un censore, ossessionato dal manifesto con la foto di Anita Ekberg; M. Bedeschi, *Il comune senso del pudore*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 118.

<sup>51</sup> Fragola, *La cinematografia* cit., pp. 251 ss.

<sup>52</sup> Nuvolone, *Il buon costume* in *La porpora* cit., p. 51.

<sup>53</sup> Vassalli, *Censura* cit., p. 622.

<sup>54</sup> G.D. Pisapia, *Presentazione*, in Mazzanti, *L'osceno* cit., p. IV.

<sup>55</sup> M. Argentieri, V. Cipriani, *Quindici anni di "vigilanza"*, «Il Ponte», 1961, pp. 1459-1460.

<sup>56</sup> Dubitava Ascheri, *La incentivazione* cit., p. 412.

<sup>57</sup> Moscon, *Censura* cit., p. 19.

legislatore dell'Italia democratica l'«obbligo di mantenerla». Barile risolveva il «problema fondamentale della compatibilità della nostra Costituzione con la censura preventiva» con la proposta di affidare a «censori e giudici» la sola «offesa al buon costume»<sup>58</sup>. Anche Bobbio rifiutava l'idea di uno spettatore «eterno minorenne», da condurre per mano» da pochi depositari di «verità *ab aeterno*»<sup>59</sup>; al tempo stesso asseriva che l'«erotismo» trovava un limite costituzionale nel buon costume, concludendo con un argomento largamente condiviso nel 1961, «una società non sopravvive senza una morale. In specie senza una morale sessuale»<sup>60</sup>.

### 3. *Prevenzione e repressione, una 'doppia censura'*

Nel 1962 Mazzanti osservava che, negli ultimi tempi, la questione della censura e dei sequestri penali – 'vittime' spettacoli cinematografici non osceni – aveva fatto irruzione oltre la cerchia dei «cultori del diritto»; in particolare il «caso» *Rocco e i suoi fratelli* di Visconti diveniva 'celebre', per aggravare la prassi censoria<sup>61</sup>. Nell'Ottobre 1960 il Pm di Milano – Carmelo Spagnuolo<sup>62</sup> – sottoponeva dunque alla Commissione di revisione di appello la pellicola, che pure aveva ottenuto, previ tagli e oscuramenti, il nulla osta; seguiva il sequestro penale, valido per tutto il territorio nazionale, anche se escluso dalla Procura di Firenze<sup>63</sup>. Dall'Ora stigmatizzava la «censura amministrativa palesemente paternalistica», esercitata «fuori da qualsiasi garanzia giurisdizionale»; coglieva il senso del sequestro nelle parole del procuratore generale di Milano, Pietro Trombi – autore di un saggio critico dell'«intemperanza oscena di una minoranza»<sup>64</sup> – cui non premeva «la condanna, con la condizionale si intende, degli uomini», quanto il «ripulire le opere di quanto a noi sembra venefico per la coscienza degli spettatori»<sup>65</sup>. Trombi spiegava il provvedimento contro *Rocco e i suoi fratelli* come ostacolo al «progressivo sfaldamento delle barriere morali [...] baluardo insostituibile di ogni società civile»<sup>66</sup>; disponeva poi il sequestro de *L'avventura* di Antonioni, *I dolci in-*

<sup>58</sup> Barile, *I censori* cit., p. 1479.

<sup>59</sup> N. Bobbio, *Il metodo della libertà*, «Il Ponte», 1961, p. 1472.

<sup>60</sup> N. Bobbio, *Otto domande sull'erotismo*, «Nuovi argomenti», 1961, p. 11.

<sup>61</sup> Mazzanti, *L'osceno* cit., p. 67; G. Vassalli, *Rapporti tra prevenzione e repressione. Aspetti penalistici*, in *Problemi giuridici* cit., p. 109; Venditti, *La tutela* cit., p. 188.

<sup>62</sup> Su Spagnuolo, poi procuratore generale a Roma, «famoso come collegato alla loggia P2» L. di Majo, *La «difesa» di ultimo Tango a Parigi*, in Massaro (a cura di), *Atti* cit., p. 57.

<sup>63</sup> Fragola, *La cinematografia* cit., pp. 221 ss.

<sup>64</sup> P. Trombi, *La nozione di oscenità*, «Rivista Penale», 1949, pp. 565 ss.; *contra* Nuvolone, *Prevenzione* cit. p. 17.

<sup>65</sup> A. Dall'Ora, *Intervento*, in *Problemi giuridici* cit., p. 227.

<sup>66</sup> Bedeschi, *Il comune senso del pudore* cit., pp. 84-85.

ganni di Lattuada, *La giornata balorda* di Bolognini, *Il passaggio del Reno* di Cayatte; da qui un'interpellanza parlamentare, campagne di stampa, una presa di posizione dell'Associazione nazionale magistrati, «violente polemiche»<sup>67</sup>. Nuvolone leggeva nel 'caso' *Rocco e i suoi fratelli* l'«esercizio di un potere non consentito dalla legge», contrastante con «i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico». Rilevava che la «prevenzione» – esercitata dalla Commissione in via amministrativa – era stata smentita dalla «repressione», il sequestro del film, pur fornito di nulla osta; da qui la «grave incrinatura nel principio della certezza del diritto». Il penalista aggiungeva che il sequestro penale era una misura riservata ad un reato commesso, non per prevenire un pericolo per la pubblica morale; concludeva che il «controllo dello Stato sulle opere cinematografiche» non doveva poggiare sul Regolamento 531/1920 – come occorso per *Rocco e i suoi fratelli* – ma su una «legislazione cinematografica» ispirata al «rispetto della Costituzione»<sup>68</sup>.

Messina ammetteva che la vicenda aveva destato «nel grosso pubblico il convincimento che qualche organo statale non abbia adempiuto il proprio compito». Poneva il dilemma sull'autorità, il censore o il magistrato, che meglio poteva assicurare il «controllo dello Stato», scegliendo l'«organo statale di censura»<sup>69</sup>. Venditti – criticato da Nuvolone per «compiacersi della pluralità delle censure»<sup>70</sup> – riconduceva il caso *Rocco e i suoi fratelli* all'esercizio in capo al PM di uno degli atti dell'istruzione sommaria; vedeva inoltre nelle «recenti esperienze italiane» l'utilità della censura, «fenomeno pressochè universale», dal momento che l'intervento «ex post dell'Autorità giudiziaria» pareva «aggravare il danno sociale, suscitando vaste e morbose curiosità del pubblico». Il magistrato spiegava che «il reato cinematografico» aveva una «struttura diversa da quella dei reati classici»; aggiungeva che qualunque PM poteva promuovere l'azione penale per impedire la circolazione del «film obiettivamente osceno», tale per offendere sia il «buon costume», che la «pubblica decenza». Venditti affermava che rinunciare al sequestro e confisca della pellicola prima della sentenza definitiva avrebbe reso «lo Stato impotente davanti all'esecuzione di un reato»; ribadiva il «valore educativo della legge penale e di una sua vigile applicazione»<sup>71</sup>.

Sul dilemma prevenzione o repressione interveniva Carnelutti; difensore di Pasolini in un processo per corruzione di minori, il giurista friulano denunciava su «Il messaggero» che *Accattone* attendeva da mesi il nulla osta. Il ministro del Turismo e spettacolo, Alberto Folchi, con decreto *ad hoc* consen-

<sup>67</sup> Mazzanti, *L'osceno* cit., p. 67.

<sup>68</sup> Nuvolone, *Prevenzione* cit., p. 26.

<sup>69</sup> Messina, *La repressione* cit., pp. 107, 118.

<sup>70</sup> Nuvolone, *Prevenzione* cit., p. 21.

<sup>71</sup> Venditti, *La tutela*, p. 192.

tiva la proiezione del film, con la scritta «eccezionalmente vietato ai minori di 18»<sup>72</sup>. Per ovviare alla prassi censoria, che non garantiva certezze all'industria cinematografica, Carnelutti proponeva di estendere agli spettacoli cinetematrali l'accertamento giudiziale preventivo, istituto efficace nel processo civile volontario. Con un'idea a suo dire nuova agli occhi del «giuristi timorati», suggeriva di trasferire il «giudizio penale dalla sede repressiva alla sede preventiva», sostituendo il censore amministrativo con un collegio giudiziario, garante imparziale nell'autorizzare il film; chiedeva inoltre di aggiungere all'art. 529 la disposizione per cui l'opera «giudizialmente autorizzata» non poteva essere «punita»<sup>73</sup>. Venditti criticava l'eventuale «privilegio a favore dei produttori cinematografici»<sup>74</sup>; Barile aderiva alla proposta di Carnelutti, pur prendendo le distanze dal «presupporre l'oscenità in ogni film e considerare l'autore un delinquente abituale»<sup>75</sup>. Anche Vassalli – che dissentiva dal «maestro» friulano, optando per l'hollywoodiano 'codice Hays' di autoregolazione – coglieva nel rapporto tra censura amministrativa e «attività giudiziaria penale» uno dei temi «più importanti in discussione oggi nel paese». Non nascondeva «una certa malinconia», dal momento che il «risveglio» dell'interesse non pareva mosso da questioni di «libertà di opinione ed espressione artistica», ma da «potenti ma non illegittimi interessi economici, colpiti dalla scure del magistrato penale». Vassalli coglieva dunque un «lato positivo» nei «recenti clamorosi episodi di censura», l'aver «sollevato un velo su disposizioni legislative arretrate e prive di senso», una «legislazione cinematografica vicina al mezzo secolo di vita», che lasciava il settore «privo di garanzia di certezza». Critico della prassi, definiva «non giuridicamente ortodossa» la «trattativa» tra produttore e uffici del PM, intesa a «condizionare il dissequestro a tagli e oscuramenti», con «usurpazione di potestà censoria da parte di un organo a cui questa non è dalla legge conferita». Indicava nel giudice l'«unica autorità competente a stabilire il carattere criminoso o meno del fatto»; affermava che la proposta di introdurre un rappresentante del PM nelle Commissioni richiama «oscuri ricordi di più oscuri tempi, in cui nel magistrato si confondevano il censore, il denunciante e il persecutore». Quanto al limite costituzionale del buon costume, Vassalli sosteneva che «la legge penale, per la tipicità che la caratterizza, offre criteri di certezza contro ogni pericolosa nebulosità»; concludeva che, se non era possibile abolire la censura, era almeno necessario «democratizzarla e sveltirla»<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Pasolini cit., pp. 117 ss.

<sup>73</sup> F. Carnelutti, *Accertamento giudiziale preventivo*, «Rivista di diritto processuale», 1960, pp. 175 ss.; F. Carnelutti, *Accertamento penale preventivo*, ivi, 1961, pp. 177 ss.

<sup>74</sup> Venditti, *La tutela* cit., p. 190.

<sup>75</sup> Barile, *I censori* cit., p. 1491.

<sup>76</sup> Vassalli, *Censura* cit., pp. 631, 646, 671.

La questione della legittimità costituzionale della censura, limitata alle offese al buon costume, era affrontata da Biscaretti di Ruffia a proposito del caso *Non uccidere* di Autant-Lara, cui era negato il nulla osta per apologia del reato di obiezione di coscienza<sup>77</sup>. La pellicola era proiettata in Palazzo Vecchio a Firenze, in una manifestazione per la libertà dell'arte cinematografica, aperta a politici ed intellettuali; la mancata autorizzazione del questore costava il rinvio a giudizio al sindaco Giorgio La Pira. «Il Ponte» alludeva ad un «ministro della guerra» – Andreotti era all'epoca ministro della difesa – che aveva inviato un telegramma «contro la proiezione del film»<sup>78</sup>. Nuvolone ribadiva che il buon costume era l'unico limite alla libertà dell'arte cinematografica «consentito dalla Costituzione»; definiva «incostituzionale» la prassi censoria corrente, «più severa con i film artistici che con la volgare pornografia»<sup>79</sup>. Al proposito *Processo allo spettacolo* di Tarantini documentava che, dal dopoguerra, i censori non avevano colpito solo film osceni, ma, tra gli esempi, il popolare *Totò e Carolina* – offensivo per le forze dell'ordine – *Glizitelloni* – per oltraggio al matrimonio – l'appello finale de *Il grande dittatore* di Chaplin, «soldati non combattete per la schiavitù, combattete per la libertà»<sup>80</sup>.

#### 4. Una legge non «immutabile in una materia come questa»

La richiesta dell'industria cinematografica di regole certe giungeva in Parlamento; un progetto predisposto dall'Associazione industriali – presentato alla Camera dai deputati democristiani Simonacci e Borin nel febbraio 1961 – proponeva una «profonda trasformazione» della revisione, da limitare al film osceno, non alla messa in scena dei problemi nazionali, come occorso in un decennio di censura, da *Il cammino della speranza* di Germi a *La ragazza in vetrina* di Emmer. Si documentava che tagli e sequestri avevano risparmiato «film schiettamente volgari», colpito «film d'impegno» – *Accattone*, *Rocco e i suoi fratelli* – ed il «messaggio politico» di *Senso* di Visconti e di *Due soldi di speranza* di Castellani<sup>81</sup>. Un progetto dell'Intesa nazionale per la cultura e dell'Associazione nazionale autori – a firma dei magistrati Berruti, Galante Garrone, Peretti Griva – era presentato dai socialisti Busoni e Giuliana Nenni.

<sup>77</sup> Biscaretti di Ruffia, *La legittimità* cit., p. 9.

<sup>78</sup> Il Ponte, *Non uccidere*, «Il Ponte», 1961, pp. 1467-1468. Il giudice istruttore di Firenze sollevò la questione di costituzionalità; con l'ordinanza 11/1963 la Consulta avrebbe rimesso gli atti al tribunale ai sensi della legge 162/1961; P. Barile, *Costituzione, censura cinematografica e autorità giudiziaria*, in *Scritti in memoria di C. Furno*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 68. Sul caso Crainz, *Storia del miracolo italiano* cit., p. 213.

<sup>79</sup> Nuvolone, *Il concetto di buon costume* cit., p. 47.

<sup>80</sup> D. Tarantini, *Processo allo spettacolo*, Milano, ed. Comunità, 1961, pp. 36 ss., e pp. 157 ss.

<sup>81</sup> Capaccioli, Russo, *Codice* cit., pp. 158 ss.

Per sventare il ripetersi del 'caso' *Rocco e i suoi fratelli* si proponeva di affidare l'«esame preventivo» a una Commissione, presieduta da un magistrato, nominato dal CSM<sup>82</sup>. Galante Garrone evocava un cinema «morale»; chiedeva di «affidare la repressione dei soli reati ai nostri giudici», senza distinguere tra «vecchi e giovani», nel rifiuto di considerare i primi «ancorati al passato». Proponeva il Tribunale di Roma come organo specializzato, per evitare il caso di un «magistrato, che in qualsiasi parte d'Italia cominci a bersagliare un determinato film»<sup>83</sup>.

Nel dibattito parlamentare Mazzanti osservava lo «spostamento della questione dal campo giuridico a quello politico»<sup>84</sup>; nella legge Biscaretti di Ruffia leggerà il frutto del «governo dell'apertura a sinistra»<sup>85</sup>. Il ministro Folchi<sup>86</sup> assicurava una revisione degli spettacoli cinematografici limitata «esclusivamente» alle offese al buon costume; l'avvocato citava un'opera del Marciano del 1932, «seppure coperta di polvere», sul dovere di conciliare «libertà» e «diritto della collettività, che non deve essere offesa nel suo sentimento del pudore». Ricordava l'intervento di Moro alla Costituente su «oscenità e pornografia», unico limite all'art. 21; riconosceva al cinema il ruolo di «lievito innovatore» per la società italiana, nella sottolineatura che, grazie alla «spoliticizzazione delle Commissioni» – presiedute da un magistrato di Cassazione e composte da rappresentanti del mondo della cultura e spettacolo – non sarebbe stata «oppressa o soffocata dalla censura preventiva nessuna ideologia e tematica politica o sociale». Folchi metteva poi in luce l'importanza dell'art. 6, «il riferimento al buon costume [...] s'intende fatto ai sensi dell'art. 21 della Costituzione», garanzia per la libertà dell'«arte cinematografica di affrontare la realtà politica del nostro tempo»<sup>87</sup>. Da un lato Fragola osservava l'aver «relegato nel campo dell'archeologia giuridica gran parte delle questioni di costituzionalità ed organizzazione», dall'altro contestava la scelta di riservare ai film l'intervento delle «commissioni di censura (chiamiamole così senza avere paura delle parole)», esclusa per le opere teatrali<sup>88</sup>. Al proposito Matteo Matteotti dichiarava di rimettersi ai «costituzionalisti in questa aula»; Folchi parlava di legge «transitoria», in vista di un'«abolizione totale», un passo avanti rispetto ad una normativa definita «anacronistica», se non «fascista» o «borbonica». Fanfani, presidente del Consiglio, prefigurava un ulteriore sostegno al cinema, per «favorire ogni maturazione di opinione democratica

<sup>82</sup> Ivi, pp. 183 ss.

<sup>83</sup> Galante Garrone, *Aspetti cit.*, pp. 38, 45.

<sup>84</sup> Mazzanti, *L'osceno cit.* p. 380.

<sup>85</sup> Biscaretti di Ruffia, *La legittimità cit.*, p. 9.

<sup>86</sup> A. Folchi, *Sulla revisione delle pellicole cinematografiche*, Roma, Tip. Del Senato, 1960.

<sup>87</sup> Capaccioli, Russo, *Codice cit.*, p. 200.

<sup>88</sup> Fragola, *La cinematografia cit.*, p. 17.

nel nostro paese»<sup>89</sup>. Con la legge 1231/1965, *Nuovo ordinamento dei provvedimenti a favore della cinematografia*, lo Stato si impegnerà a sostenere il «mezzo di espressione artistica e culturale e di comunicazione sociale», con l'esclusione dei «film che sfruttano volgarmente temi sessuali ai fini di speculazione commerciale»<sup>90</sup>.

La legge 161/1962 era discussa 'a caldo' dai partecipanti al II Convegno di Studi E. De Nicola, dedicato ai «problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo». Al proposito Venditti osservava che la 161 non introduceva elementi di novità, col prevedere sia l'obbligo di nulla osta, che l'intervento del tribunale penale del luogo della prima proiezione della pellicola oscena<sup>91</sup>. Terracini coglieva nella legge, nata «sull'onda di un vasto movimento di opinione pubblica», un «carattere transeunte», per non «risolvere i problemi»; in nome del «principio fondamentale dell'art. 33, l'arte è libera»<sup>92</sup> si avanzavano proposte di riforma. Bianchi d'Espinosa sosteneva che il riferimento all'art. 21 sottraeva la legge al vaglio di costituzionalità e che la censura avrebbe colpito ancora film ritenuti offensivi di generici «valori morali»; da qui la richiesta di abolizione<sup>93</sup>. Un odg – a nome dei magistrati Berutti, Bianchi d'Espinosa, Peretti Griva – chiedeva che il giudizio sul film «osceno» non fosse rimesso al PM, ma al giudice istruttore<sup>94</sup>. Una mozione – firmata da Biscaretti di Ruffia, Lattanzi, Nuvolone, Foschini, Pisapia – proponeva che il nulla osta precludesse l'azione penale o rendesse il fatto non punibile<sup>95</sup>. Lattanzi affermava che «una legge non è mai immutabile, specie in una materia come questa»<sup>96</sup>; di lì a poco risaltavano «anomalie e carenze della regolamentazione dello spettacolo osceno», in primo luogo la «contraddittorietà di giudizi da magistrato e magistrato»<sup>97</sup>.

Sul banco degli accusati non salivano solo produttori e registi di film offensivi del pudore; tra gli esempi di sentenze come 'trattati di critica cinematografica', la Procura di Venezia archiviava la denuncia per linguaggio scurrile e per un «rumore spregiativo», rivolto ai «farisei», in *Mamma Roma* di Pasolini. L'episodio *La Ricotta in Rogopag* – girato dallo stesso regista – era incriminato per vilipendio della religione, nel 1963 definita dal tribunale di Roma «Religione dello Stato». Si sosteneva che la «massa compatta del popolo ita-

<sup>89</sup> Capaccioli, Russo, *Codice cit.*, pp. 252, 483, 632.

<sup>90</sup> *Orientamenti giurisprudenziali cit.*, pp. 95 ss.

<sup>91</sup> Venditti, *La tutela penale cit.* p. 194.

<sup>92</sup> Terracini, *Intervento, cit.*, p. 398.

<sup>93</sup> Bianchi d'Espinosa, *Intervento, ivi*, p. 356.

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 328.

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 356.

<sup>96</sup> G. Lattanzi, *La prevenzione in materia di spettacolo: aspetti penalistici con riferimento al buon costume, ivi*, p. 41.

<sup>97</sup> E. Fortuna, *L'osceno e l'arte nelle prospettive di riforma*, «Giurisprudenza di merito», 1978, pp. 483 ss.

liano, ancora sana e gelosa del proprio patrimonio spirituale», era «proprio per questo meno difesa e più soggetta a subire gli attacchi ideologici». La corte d'Appello assolveva; tra gli argomenti il parere del Preside dell'Istituto di Apologia della Religione presso la Pontificia università Gregoriana – che aveva «escluso il vilipendio» per «la purezza delle intenzioni» di Pasolini – ed il giudizio del pubblico nelle sale, in «stragrande maggioranza cattolico», che non pareva essersi sentito offeso «nel suo sentimento religioso»<sup>98</sup>. La censura non colpiva solo pellicole ritenute offensive della morale sessuale o di generici «*boni mores*», ma anche quelle fomite di «indisciplina sociale», contrarie ai «principi etici base della famiglia e dello Stato»<sup>99</sup>, incoraggianti i «cattivi costumi»<sup>100</sup>. Dal 1962 i revisori ricorrevano al «mai sepolto» rd 3287/1923, censurando, tra gli esempi, «film erotici» ma anche alcuni *western*, per le scene di violenza; l'«erotismo malsano degli invertiti»; l'«ideologia rivoluzionaria» di *Gatto selvaggio* e *Chi lavora è perduto*, «rinominato» *In capo al mondo*. Erano vietati ai minori di 18 anni *Jules e Jim*, per l'immorale triangolo amoroso, da cui la fine tragica del suicidio omicidio; *Io la conoscevo bene*, per lo stesso «gesto disperato» della protagonista; *Easy rider*, per l'«indulgenza e simpatia» per l'uso di droghe e «vita nomade»<sup>101</sup>. Lo stesso Venditti ammetteva che certi «interventi di natura politica hanno gravato sul cinema anche in questi anni di vita democratica»; riconosceva che l'«intervento censorio» aveva colpito «ipotesi assai lontane da quelle attinenti a buon costume», quali «prese di posizioni ideologiche o satire politiche». All'«uomo d'oggi, [che] tutto vuol vedere e giudicare», il magistrato spiegava però la funzione «positiva della repressione, in un certo senso educativa»<sup>102</sup>.

5. *Il criterio per il comune sentimento del pudore, storico-statistico, deontologico, «del pubblico, che ha già assolto la pellicola»*

Nel 1956 il Procuratore generale Manca metteva in conto «il crescente malcostume» al cinema, irriso come «mito»; citava la giurisprudenza della Cassazione e le pagine dei Manzini, Maggiore, Pannain, Marciano per invitare la magistratura di merito a non misurare il senso del pudore in base alla «frequenza del pubblico» nelle sale cinematografiche, ma al «sentimento medio della generalità del popolo italiano», da rinsaldare negli immutabili «principi fondamentali della civiltà e morale cristiana»<sup>103</sup>. Quattro anni dopo

<sup>98</sup> Fragola, *La cinematografia* cit. pp. 254 ss.; *contra* Venditti, *La tutela* cit., p. 111.

<sup>99</sup> Bianchi d'Espinosa, *Sulla censura* cit., pp. 18 ss.

<sup>100</sup> Terracini, *Intervento* cit., p. 398.

<sup>101</sup> *Orientamenti giurisprudenziali* cit., pp. 621 ss.

<sup>102</sup> Venditti, *La tutela* cit., p. 232.

<sup>103</sup> Manca, *Discorso* cit., p. 24.

Bricola indicava negli articoli 528 e 529 il banco di prova della «relatività dei valori giuridici», da intendere in base a ‘crociani’ criteri estetici, non moralistici, comunque «elastici». Il penalista pareva iscriversi nella «corrente di pensiero per la libertà dell’arte», non considerando il fine artistico causa di giustificazione, ma «limite intrinseco» alla norma incriminatrice dell’osceno, tale non in sè, ma per gli effetti corruttivi del costume sociale, inteso «in senso non statico»<sup>104</sup>. Si rovesciava il ragionamento della Cassazione, che, ai fini del riconoscimento dell’esimente, prima valutava l’oscenità, poi l’eventuale valore artistico del film; da qui la critica di Fragola della «Giurisprudenza gerontologica»<sup>105</sup>. Quanto al gran tema della titolarità del bene giuridico, all’assunto maggioritario dello «Stato titolare»<sup>106</sup> Fragola opponeva che il pudore era un «sentimento individuale», iscritto in un «complesso di norme, per di più mutevoli nel tempo e nello spazio, che esistono in noi stessi, in quanto partecipi di una società civile»<sup>107</sup>. In particolare l’avvocato criticava una sentenza del tribunale di Roma, che, a proposito de *L’ape regina* di Ferreri, nel 1964 aveva rilevato la «difficoltà di applicazione» del mutevole «criterio cosiddetto storico-statistico», preferendo il ricorso alla «sensibilità delle persone rette e normali», sensibili ai «valori intramontabili della morale», a prescindere dal «numero»<sup>108</sup>.

Mazzanti dedicava un’ampia rassegna alle teorie sul «concetto di oscenità», «uno dei problemi più tormentati nel campo di diritto»; ricordava che il Progetto preliminare del codice, inteso alla tutela del «pudore privato», era stato corretto dal testo definitivo, per evitare una «repressione penale» ispirata a *pruderie*. Considerava poi le pagine di Titta Madia sulla «morale corrente, che corre tanto, che non si sa dove sia», e sulle «gambe lunghe dei Pubblici ministeri, che la raggiungono e la difendono». A proposito delle pagine di Manzini sulla «pudicizia» bene giuridico immutabile, perchè iscritto nei valori della «civiltà cristiana», Mazzanti osservava nel magistero della Chiesa un «costume morale più severo e rigido di quello corrente»; riconosceva però il ruolo del Centro cattolico cinematografico – con i film consigliati e no – nel «tutelare la pubblica moralità»<sup>109</sup>. Nell’«epoca attuale» il procuratore generale di Firenze lamentava una «eccessiva mitezza» della censura verso i film pornografici; escludeva l’oscenità nella «tendenza neoverista o neorealista»

<sup>104</sup> Bricola, *Limite* cit., p. 750.

<sup>105</sup> Fragola, *La cinematografia* cit., p. 248.

<sup>106</sup> Mazzanti, *L’osceno* cit., p. 183; Venditti, *La tutela* cit., p. 208.

<sup>107</sup> Fragola, *La cinematografia* cit., p. 17.

<sup>108</sup> Ivi, p. 245.

<sup>109</sup> Mazzanti, *L’osceno* cit., p. 49; sull’ingerenza del Vaticano nella cinematografia M. Berruti, *Stato e Chiesa*, in *La porpora* cit., pp. 53 ss. Sul tema, irriducibile a «come erano retri questi cattolici» T. Subini, *I cattolici e l’osceno: tra censura amministrativa e revisione cinematografica*, «Arabeschi», 2015, pp. 64 ss.

e nei «films tristi», *Rocco e i suoi fratelli*, *I dolci inganni*, *L'Avventura*, *La dolce vita*, *La Ciociara*, *Siamo tutti assassini* e *Giustizia è fatta* di Cayatte, interessanti, i due film francesi, per affrontare «problemi di indole giudiziaria»<sup>110</sup>. Mazzanti concludeva che il metro dell'oscenità non era il «costume del tempo», ma il «sentimento comune del pudore, valore preciso e concreto», «bene giuridico fisso»<sup>111</sup>; muoveva però un rilievo al codice, la difficoltà per il giudice, abituato alla chiarezza del linguaggio tecnico-giuridico, ancorato al principio di stretta legalità, ad interpretare l'indeterminato riferimento al «costume del tempo d'oggi»<sup>112</sup>. Da un altro punto di vista Pisapia argomentava che il guadagno «in termini di certezza del diritto» si misurava in «moneta di giustizia», per cui, grazie alle norme codicistiche, il giudice era in grado di interpretare e favorire le «spontanee evoluzioni del costume»<sup>113</sup>.

In un dibattito sul rapporto tra «diritto e moralità pubblica» Mazzanti asseriva che «il comune sentimento del pudore non è dalla magistratura restaurabile»; ammoniva che, se «patria, religione, famiglia, onore decadono», il «magistrato che vi parla» non avrebbe «risolto il problema»<sup>114</sup>. Giuseppe Abbamonte vedeva negli spettacoli cinematografici un «maggior dinamismo dei canoni morali rispetto alla maggior rigidità delle strutture giuridiche»; riteneva però che il comune senso del pudore non fosse da definire secondo il mutevole criterio «storico-statistico»<sup>115</sup>. Soprattutto Venditti ragionava sull'«interpretazione evolutiva», che, a suo avviso, doveva essere esercitata con «misura e prudenza» soprattutto nelle «opere cinematografiche», mai menzionate nei Lavori preparatori del codice, in una stagione in cui il cinema aveva espresso «i capolavori del muto» e si avviava «al sonoro». Da un lato il magistrato approvava la promozione dello Stato di questi «spettacoli popolari», dalle «formidabili possibilità educative»; dall'altro metteva in guardia dal considerare «l'uomo di cinema un soggetto privilegiato, dalla illimitata e intoccabile libertà». Alla ricerca dell'«autentica arte, in cui si neutralizza la rilevanza penale dell'osceno», Venditti distingueva tra «opera d'arte» ed «opera di *un'arte*»; coglieva la peculiarità del linguaggio cinematografico, asserendo che la «inevitabile concretezza dell'immagine filmica», che «troppo facilmente mantiene la sua crudezza sessuale», metteva a rischio di oscenità anche un film «di misura», come «*L'année dernière a Marienbad* di Resnais». Il magistrato criticava poi la «pretesa di educare all'arte attraverso l'osceno» un pubblico di scarso «livello culturale», ricordando di aver visto, nelle sa-

<sup>110</sup> Mazzanti, *L'osceno* cit., pp. 391 ss.

<sup>111</sup> Ivi, p. 180.

<sup>112</sup> Ivi, p. 66.

<sup>113</sup> G.D. Pisapia, *Aspetti processuali della repressione penale in materia di spettacolo*, in *Problemi giuridici* cit., p. 103.

<sup>114</sup> M. Mazzanti, *Intervento*, in *Diritto e moralità pubblica in Italia*, Roma, Iustitia, 1969, p. 101.

<sup>115</sup> G. Abbamonte, *Intervento*, ivi, p. 118.

le cinematografiche, spettatori ilari di fronte alle sequenze drammatiche de *La ciociara* e *Rocco e i suoi fratelli*, annoiati dalla «stupenda sequenza del mappamondo de *Il grande dittatore*». Quanto a «certe cosiddette denunce di malcostume», Venditti osservava «meri pretesti [...] per una produzione di livello semplicemente pornografico»; definiva «blanda» la repressione contro il «dilagare dell'erotismo» in film fin dai titoli ammiccanti al «mondo delle inversioni e perversioni sessuali». Il magistrato aggiungeva che l'irrelevanza sul piano «giuridico penale» non doveva sottrarre la pellicola oscena ad un «giudizio morale di contenuto negativo»<sup>116</sup>. Vassalli criticava invece la «teoria moralistica» del pudore, sostenendo l'irrelevanza penale della messa in scena dell'omosessualità, anche «con una certa compiacenza»<sup>117</sup>; Nuvolone osservava che la «suggestione erotica» non era «assoluta, ma precisata da una realtà storica»<sup>118</sup>. Da ben altro punto di vista Molari auspicava censure e sequestri anche per le pellicole che, pur prive di sequenze offensive del pudore e della decenza, fossero «idonee a pervertire il costume sessuale»<sup>119</sup>.

Nel 1970 Venditti rifletteva sugli indirizzi giurisprudenziali negli ultimi vent'anni, inizialmente ispirati al «criterio storico statistico», il «pudore medio»; l'«errore di prospettiva» pareva esser stato opportunamente corretto da quello «deontologico», il pudore dell'«uomo normale». Venditti asseriva che la svolta era stata imposta dall'irruzione di film «dalla sensualità esasperata», con «ripercussioni antisociali»; ammetteva che le norme penali dovevano essere applicate «senza anacronistiche trasposizioni storiche», riconoscendo che, «dal 1930 (anno della promulgazione del codice Rocco) al 1963, determinati aspetti del costume avevano subito qualche mutamento quantitativo». Negava però «trasformazioni così radicali da sovvertire i fondamenti etici della società italiana [...] il patrimonio etico della nostra civiltà»; ribadiva il valore pedagogico della tutela penale di «fondamenti etici intramontabili»<sup>120</sup>. Soprattutto per i «film sexy» Lener preferiva il «comune sentimento del pudore come criterio deontologico» alla «interpretazione storico statistica»; affidava al «magistero penale» la tutela della «naturale pudicizia sessuale», irriducibile al sentimento del pudore «medio o prevalente nel momento». Lener condivideva l'assunto della sentenza 191/1970 della Corte costituzionale sul «costume [che] varia notevolmente secondo le condizioni storiche»; collocava però la «storica mutabilità» entro le «ambivalenze del mondo contemporaneo». La polarità tra «dignità della persona» e «società tecnologica, opulenza

<sup>116</sup> Venditti, *La tutela* cit., pp. 154 ss.

<sup>117</sup> Vassalli, *Censura* cit., p. 654.

<sup>118</sup> Nuvolone, *Problemi giuridici* cit., p. 57.

<sup>119</sup> A. Molari, *Osservazione sul limite del buon costume alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale* cit. p. 161.

<sup>120</sup> R. Venditti, *Tutela del pudore e «oscenità» nella giurisprudenza degli ultimi vent'anni*, «Aggiornamenti sociali», 1970, pp. 605 ss.

consumistica, rivoluzione sessuale, esplosione dell'osceno» pareva richiedere al giudice una decisa tutela del pudore, «istinto e virtù», «interesse pubblico». A correzione di una repressione «blanda», Lener auspicava una «applicazione aggiornata della legge penale», una «civilissima difesa contro particolari sollecitazioni contrarie al buon costume», tali da «influenzare sane consuetudini di vita sessuale anche nel loro divenire»<sup>121</sup>. Saldava il pensiero di Jemolo contro l'eroticismo consumistico, le denunce dei Procuratori generali in Cassazione sul dilagare dell'osceno, il *caveat* statunitense sulla «*permissive society*»; indicava nel «no alla depenalizzazione» il compito dello «Stato radicalmente democratico e sociale», che, a differenza dell'«individualistico Stato di diritto», era vocato «non tanto alla difesa, quanto alla promozione dei valori»<sup>122</sup>.

Baratta sosteneva invece che, nello Stato sociale, la «teoria moralistica» e «ideologica» limitavano la libertà dell'arte, irriducibile al «giudizio morale»; affermava che il legislatore aveva operato un bilanciamento di interessi, antepo- nendo la libertà artistica al pudore «per il libero sviluppo della persona e della società». Il sociologo del diritto ammetteva che la tutela del buon costume era «un'esigenza indiscutibile nello Stato sociale», da non realizzare però «a spese di quella vastissima sfera di libertà che la Costituzione ha assegnato alle manifestazioni artistiche»; concludeva che, per il «bene comune», una «assoluzione» era preferibile ad una «arbitraria limitazione alla libertà dell'arte»<sup>123</sup>. De Siervo – attento lettore dei limiti della legge 161/1962 – definiva il buon costume un mutevole «bene pregiuridico», cui anteponeva la libertà della cinematografia, «difesa» dalle tesi sulla pretesa «immutabilità dei valori»<sup>124</sup>. Barile indicava la distanza tra «Stato etico» e «democratico», inteso quest'ultimo a tutelare nel buon costume un valore «storico e contingente della Comunità», un pudore «sentimento variabile nel tempo»<sup>125</sup>.

Bianchi d'Espinosa – nel 1966 presidente del tribunale di Milano nel 'processo celebre' «La zanzara» – osservava nella sessualità il banco di prova del passaggio della società italiana, da un accentuato moralismo a più moderni «valori socioculturali»<sup>126</sup>. Di questi la giurisprudenza in tema di spettacoli osceni pareva offrire una risposta priva di «omogeneità», con la Procura di Milano più severa di quella di Napoli. Il criterio storico-statistico – per il quale quel che era radicato nel «costume» non offendeva il pudore – era definito «liberale»; quello «moraleggiante» pareva incarnato dalla fede della

<sup>121</sup> Lener, *Sulla nozione* cit. pp. 423, 438.

<sup>122</sup> S. Lener, *La difesa penale contro l'osceno, oggi*, «La Civiltà cattolica», 1971, pp. 215 ss.

<sup>123</sup> A. Baratta, *Stato sociale e libertà dell'arte. Profili filosofici, costituzionali e penali del concetto di arte in relazione all'osceno*, in *Legge penale* cit., pp. 243, 262.

<sup>124</sup> U. De Siervo, *Gli attuali problemi relativi alla prevenzione e repressione degli spettacoli cinematografici*, in *Intervento pubblico*, cit., pp. 294, 303.

<sup>125</sup> Barile, *Introduzione*, in *Modelli giurisprudenziali*, cit., p. 7; Barile, *Costituzione*, cit., p. 81.

<sup>126</sup> Bianchi d'Espinosa, *Introduzione*, in *Valori socioculturali* cit., p. 10.

Cassazione nei «valori assoluti». Bianchi d'Espinosa riproponeva l'idea del Carnelutti sull'affidare al giudice la «licenza penale preventiva», pur considerando la «forza di resistenza» di quelli che il maestro friulano aveva definito «giuristi timorati», identificati nella «maggior parte dei nostri giuristi e dei nostri giudici, restii per forma mentale ad ogni innovazione». Auspicava l'abbandono di «posizioni mentali abitudinarie» verso il «diritto, che deve saper mutare i suoi schemi tradizionali, per adattarli alle nuove esigenze che sorgono giorno per giorno dalla vita sociale»<sup>127</sup>. Domenico Pulitanò dedicava un'ampia rassegna alla giurisprudenza in tema di «evoluzione, o involuzione, del costume», osservando un «giudice moralista nei periodi di crisi», intento a condannare – nelle parole di talune sentenze – l'«accentuazione inutile e deliberata del carattere erotizzante del prodotto filmico», a distinguere tra «dibattito» e «soggetto cinematografico», «libertà e libertinaggio». Pulitanò criticava la pretesa della magistratura di guardare all'«opera filmica» come al mezzo di «elevazione spirituale del popolo», e alla repressione in «funzione conservatrice della parte sana dei costumi». Metteva in luce la relatività di criteri quali l'«affievolirsi della moralità sessuale, che i tempi odierni vogliono allontanare dal sacro», l'«evitare un male, la degenerazione del costume e la corruzione sessuale». In risposta a chi negava «trasformazioni così radicali da sovvertire i fondamenti etici della società italiana», Pulitanò marcava la distanza tra la «moralità» del legislatore del 1930 e la «fase attuale di profonde trasformazioni sociali e di costume», con «nuove istanze di libertà». Affermava che la «storicizzazione del concetto di sana moralità» consentiva il superamento delle «formule arcaiche e visioni archeologiche»; di fronte ad una «società non omogenea», «che si trasforma», Pulitanò ancorava alla Costituzione la libertà dell'arte cinematografica, col negare, in democrazia, una «morale di Stato»<sup>128</sup>.

Nel 1973 Branca apriva un Convegno, organizzato a Bologna dal Cinema libero di Porretta Terme, dichiarando che «sessuofobia, sessuofilia, mercificazione» dovevano essere immuni dall'«intervento repressivo dello Stato». «Come giurista» il già presidente della Corte costituzionale dichiarava di non poter auspicare un'«apocalisse, che travolga le morali correnti», piuttosto un'«interpretazione liberale delle norme vigenti». Quanto al comune sentimento del pudore, Branca osservava la tendenza del giudice a «giudicare secondo il proprio», dilatando l'area dell'«osceno» fino all'offesa alla «costumatezza sessuale», «verecondia», «moralità familiare». Ironizzava sulla «porno-grafia» come «erotismo degli altri»; ripercorreva la 'lotta' della magistratura alla pretesa «degenerazione del costume» contro film o fotogrammi – da *Par-*

<sup>127</sup> Bianchi d'Espinosa, *Sulla censura* cit., pp. 18 ss.

<sup>128</sup> Pulitanò, *Il buon costume*, in *Valori socioculturali* cit. pp. 167 ss.

liamo di donne a *Giochi d'amore* a *L'ape regina* a *Satyricon* – non suscettibili di «giudizio morale»; sosteneva, tra l'altro, l'irrelevanza penale della messa in scena di «rapporti sessuali fuori dalla norma». Branca osservava che la differenza tra «linguaggio cinematografico ed altri linguaggi» – con l'esempio tra il *Decamerone* di Boccaccio e quello di Pasolini – non era colta dalle «pronunzie della Cassazione, o meglio degli anziani che guidano la Cassazione», in grado di imporre il «proprio volere a tutti i tribunali del paese». Invitava i magistrati a «guardare con bonomia» anche il «prodotto che, magari secondo l'estetica crociana o hegeliana o strutturalista, non sarebbe opera d'arte»; auspicava un «giudice modesto», nel valutare il «linguaggio» del film alla luce del giudizio dei «competenti» e del «successo di pubblico». Quest'ultimo era considerato un indicatore prezioso del «comune sentimento del pudore, che ha già assolto la pellicola».

Branca riservava un cenno al «giudice bolognese, che, con mirabile sentenza, ha salvato *Ultimo tango a Parigi*»<sup>129</sup>. Come è noto, all'assoluzione di Bertolucci ed altri seguì la condanna della Corte di appello di Bologna, confermata dalla Cassazione, che ordinò la distruzione delle pellicole (1976). Nel 1982 una copia fu proiettata in pubblico, in occasione della manifestazione romana *Ladri di cinema*; da qui il processo, conclusosi con l'assoluzione da parte del tribunale di Roma (1987). Nel 2012 Paolo Colella – all'epoca giudice istruttore – ha ricordato di aver escluso il *ne bis in idem* in nome di «diverse coordinate spaziotemporali», e di aver chiesto una perizia sul «film ipoteticamente osceno», «ho disatteso la «giurisprudenza dell'epoca, che riservava questa valutazione al giudice». «Alla luce del costume attuale» periti e difesa concordarono sulla non oscenità «secondo il comune sentimento del pudore attualmente considerato»; per Colella la sentenza di assoluzione non corresse quella di Appello, fu una «diversa, emessa in un contesto socioculturale ormai diverso e in un momento storico ormai distante»<sup>130</sup>. Commentando il ritorno di *Ultimo tango* sugli schermi italiani, Barile rilevò le «distrazioni» del tribunale di Roma, incompetente ai sensi della legge 161/1962; criticò l'aver 'rifatto il processo' al film osceno ex artt. 528 e 529, invece che alla rappresentazione cinematografica abusiva (art. 688); indicò nella revisione della sentenza di condanna la via per la riabilitazione di Bertolucci ed altri. Nel 1961 Barile aveva affidato ai «giudici e censori» la sola «offesa al buon costume»; nel 1987 concluse che «una volta il nostro paese era la culla del diritto [...] a furia di esser cullato al ritmo degli ultimi tanghi deve essersi addormentato»<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Branca, *La repressione penale* cit.; assolse Bertolucci ed altri C. Cocco, *L'eros sequestrabile*, in *Erotismo* cit. Un cenno sui giudici di merito, attenti al «mutamento di costume nella società moderna» negli anni Settanta in *Orientamenti giurisprudenziali* cit., p. 577.

<sup>130</sup> P. Colella, «*Backstage*» di una sentenza, in Massaro (a cura di), *Atti* cit., pp. 88 ss.

<sup>131</sup> P. Barile, *Una sentenza con tante «distrazioni»*, «Il tempo», 4 Marzo 1987.

Riccardo Cavallo

La semantica del tempo nella riflessione di Carl Schmitt\*

### 1. Spazio versus tempo

«Perdo il mio tempo e guadagno il mio spazio»<sup>1</sup>. Questa lapidaria affermazione di Carl Schmitt riportata, anche nel suo scritto forse più introspettivo *Ex Captivitate Salus*<sup>2</sup>, è stata interpretata, quasi sempre, dagli esegeti dell'*opus* schmittiano, come se la dimensione temporale, in questi anni difficili e tormentati, dovesse ormai cedere il passo a quella spaziale e al superamento dell'ormai vecchio e logoro concetto di Stato rispetto al nuovo e sfavillante *Reich*<sup>3</sup>. In effetti, la sua riflessione si sposta dall'ambito interno a quello internazionalistico e, in particolare, verso la dimensione spaziale della politica, quasi Schmitt volesse carpirne il segreto<sup>4</sup>. A corroborare questa lettura sovengono pure alcune pagine del suo *Glossarium*, cioè il diario tenuto negli anni 1947-1951, laddove il giurista renano si dilunga, da un lato, nell'elogio dello spazio e, dall'altro, nella critica del tempo<sup>5</sup>. In un primo momento, ri-

\* Il presente contributo riprende in parte quanto già pubblicato sulla rivista online «Stato, Chiese e pluralismo confessionale» con il seguente titolo: *La concezione cristiana della storia nella riflessione di Carl Schmitt*.

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Glossario*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 240.

<sup>2</sup> C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, Milano, Adelphi, 1987, p. 93.

<sup>3</sup> Cfr. C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 868, il quale sottolinea che, nell'elaborare tale concetto, Schmitt subisce soprattutto il fascino dell'opera di Christoph Steding, *Das Reich und die Krankheit der europäischen Kultur*, che ruota, non a caso, proprio attorno al concetto di *Impero* o *Reich* che, nel passato, ha svolto una funzione insostituibile, essendo a detta dello stesso Steding, «il cardine e l'anima di tutto ciò che è stato europeo». Pur trattandosi di un'opera asistemica e, per molti versi, ripetitiva, essa trasuda un pensiero «preciso, audace, privo di compromessi» e che «porta ad espressione le tendenzialità migliori del nazionalsocialismo» (J. Evola, *Funzione della idea imperiale e distruzione della "cultura neutra"*, «La Vita Italiana», 358, 1943, p. 10).

<sup>4</sup> C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 9.

<sup>5</sup> «Lo spazio è il paradiso: il tempo è l'inferno [...] Non esiste lo spazio vuoto, bensì il tempo vuoto» (Schmitt, *Glossario* cit., pp. 239-240).

chiamando Theodor Daübler<sup>6</sup> sottolinea, come il poeta di origini triestine, sia stato uno dei primi ad evidenziare la magia della parola *Raum*<sup>7</sup>, ben prima degli espressionisti e di Rainer Maria Rilke<sup>8</sup>; a distanza di poco meno di due mesi, Schmitt ritorna sull'argomento citando uno dei *Propos* del filosofo francese Alain: «lo spazio è l'immagine del nostro potere, il tempo lo è della nostra impotenza [...] Lo spazio è potere presente, non forza. Il tempo non è né l'uno né l'altra; di per sé la forza non è ancora potere localizzato, ma il potere è forza localizzata»<sup>9</sup>. Non a caso, egli indugia, sempre in questo torno di anni, sulla fonetica della parola *Raum*, ritenendola «una parola originaria della lingua originaria»<sup>10</sup>, il cui suono, più che la sua etimologia che rimanda a un luogo disboscato e successivamente reso coltivabile, contiene il mondo delle vocali tra due consonanti. Pertanto *Raum* non è uno spazio vuoto e circoscritto ma aperto che esprime la tensione insopprimibile tra la “Terra” (le vocali A e U) e il “Mare” (le consonanti R e M), essendo le vocali circondate da due elementi liquidi.

Schmitt non manca altresì di evidenziare il legame segreto tra le parole *Raum* e *Rom* quando afferma senza mezzi termini: «*Raum*, spazio, è la stessa parola di *Rom*, Roma. Di qui l'odio nei confronti della parola *Raum*, un odio che è la semplice trasposizione del sentimento antiromano»<sup>11</sup>. Tale parola già dotata di forza numinosa<sup>12</sup>, malgrado i tentativi di detronizzarla soprattutto ad opera della filosofia della vita di bergsoniana memoria, a favore del tempo

<sup>6</sup> Sull'importanza del *milieu* letterario e di Daübler nell'elaborazione dei concetti fondamentali della riflessione schmittiana cfr. innanzitutto S. Nienhaus, *Carl Schmitt fra poeti e letterati*, in S. Nienhaus (a cura di), *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Daübler*, Napoli, ESI, 1995, pp. 5-48, il quale rimarca l'importanza dello scritto *Nordlicht di Theodor Daübler*, apparso nel 1916 e ingiustamente trascurato all'interno della produzione schmittiana, in quanto tale contributo che, all'apparenza potrebbe sembrare un saggio di critica letteraria, assume un'importanza non solo per comprendere, nello specifico, «l'impostazione della sua critica al mondo contemporaneo», ma anche, in linea generale, «quale punto di partenza per tutte le future riflessioni politiche di Schmitt» (Ivi, p. 9) e da ultimo L. Garofalo, «Una robusta medusa vivente nell'Adriatico» e F. Cortese, *Rifondazione dell'umano e rifondazione del giuridico agli albori del nuovo secolo: un'ipotesi di ricerca, dalla Germania all'Italia*, in T. Daübler, *L'aurora boreale. Autointerpretazione*, Venezia, Marsilio, 2022, pp. 7-75 e pp. 177-200.

<sup>7</sup> Sul rapporto tra rima e spazio cfr. N. Casanova, *La rima e lo spazio ('Reim und Raum'): Carl Schmitt fra poeti e scrittori*, in B. Accarino (a cura di), *Confini in disordine. Le trasformazioni dello spazio*, Roma, Manifestolibri, 2007, pp. 93-136.

<sup>8</sup> Schmitt, *Glossario* cit., pp. 239-240.

<sup>9</sup> Ivi, p. 263.

<sup>10</sup> C. Schmitt, «*Raum*» e «*Rom*». *Sulla fonetica della parola «Raum»*, in Id., *Stato, Grande Spazio, Nomos*, Milano, Adelphi, p. 259.

<sup>11</sup> Schmitt, *Glossario* cit., p. 445. Quasi negli stessi termini, si esprime Schmitt, qualche anno dopo: «sono certo che *Raum* (spazio) e *Rom* (Roma) sono la stessa parola» (Schmitt, «*Raum*» e «*Rom*» cit., p. 259).

<sup>12</sup> Sulla connessione tra il pensiero spaziale e l'analisi del linguaggio nella riflessione di Schmitt con forti suggestioni heideggeriane si rinvia a E. Sferrazza Papa, *Linguaggio originario e pensiero dello spazio in Carl Schmitt*, «Rivista di filosofia», 2, 2018, pp. 245-264.

e della durata o di screditarla ritenendola come «quintessenza di tutto ciò che è meccanico e privo di vita»<sup>13</sup> rimane, per Schmitt, indistruttibile. Numerosi anche i riferimenti letterari allo spazio, come per esempio, quando Schmitt riprende l'espressione *Räume aus Wesen* (spazi d'essenza) dalle *Elegie duinesi* di Rilke, oppure cita i seguenti versi, dello stesso poeta tedesco: «Vedi, angeli effondono entro lo spazio», o ancora laddove ricorda il passaggio di Nietzsche che suona così: «*Wo Raum ist, da ist Sein*» (Dov'è spazio, là è essere)<sup>14</sup>. Nelle pieghe di questo breve ma denso testo, dunque, affiora, ancora una volta, la contrapposizione tra tempo e spazio e la diversa declinazione di quest'ultimo inteso non più, come agli albori del Moderno, come dimensione vuota e astratta, bensì così come emerge nel discorso giusfilosofico novecentesco, alla stregua di un campo di energia<sup>15</sup>. Tant'è che il giurista tedesco afferma perentoriamente: «il mondo non è nello spazio, ma lo spazio nel mondo»<sup>16</sup> e il controllo dello spazio, *a fortiori*, nella società globale rappresenta, pur sempre, la posta in gioco del potere, insieme al controllo del tempo, del simbolico, della produzione<sup>17</sup>. A dispetto di questa interpretazione che considera la riflessione di Schmitt tutta orientata sull'elemento spaziale a discapito di quello temporale<sup>18</sup>, in questa sede, cercheremo di prospettare un'ipotesi alternativa che cerca di ridimensionare questa consolidata visione che, seguendo il discorso schmittiano, trova conforto nelle parole di un autore a lui molto caro, come Donoso Cortés<sup>19</sup> e ancoraggio teorico nella figura del *katéchon*<sup>20</sup> che costituisce uno

<sup>13</sup> Schmitt, «*Raum*» e «*Rom*» cit., p. 265.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> C. Schmitt, *Terra e Mare*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 97.

<sup>16</sup> «Solo oggi diventa per noi possibile un'idea che sarebbe stata improponibile in qualsiasi altra epoca e che un filosofo tedesco contemporaneo ha così formulato: il mondo non è nello spazio ma lo spazio è invece nel mondo» (Schmitt, *Terra e Mare* cit., p. 81). Qui Schmitt riporta, senza citarlo, un noto passaggio ripreso da *Sein und Zeit* di Martin Heidegger, il cui nome riaffiora, più volte, in questo contesto, come sottolinea, H. Hofmann, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, ESI, 1999, il quale evidenzia, tra l'altro, le affinità (ma anche qualche differenza) tra la concezione schmittiana dello spazio e quella heideggeriana della temporalità e della storicità dell'Esserci (pp. 270-287). Cfr. anche Galli, *Genealogia della politica* cit., pp. 152-155 che, a sua volta, rileva alcune assonanze, dal punto di vista teorico, tra la *Entscheidung* schmittiana e la *Entschlossenheit* heideggeriana, ma soprattutto il pionieristico studio di C.G. von Krockow, *Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1958, pp. 54-81.

<sup>17</sup> Cfr. Galli, *Spazi politici* cit.

<sup>18</sup> Spunti interessanti in tal senso si ricavano dalla lettura di G.A. Di Marco, *Tempo e legittimità nella prospettiva del rapporto tra storia ed escatologia*, «Diritto e cultura», 1, 1999, pp. 17-43.

<sup>19</sup> C. Schmitt, *Donoso Cortés*, Milano, Adelphi, 1996 che raccoglie quattro saggi del giurista renano incentrati sulla figura del cattolico spagnolo scritti in un ventennio (1922-1944) alquanto lungo e problematico nonché – come puntualizza Schmitt nell'*Introduzione* – segnato da drastici mutamenti (p. 11).

<sup>20</sup> Tra i diversi contributi su tale tematica si vedano: a) nella letteratura tedesca oltre, il lavoro quasi pionieristico di L. Berthold, *Wer hält zur Zeit den Satan auf? – Zur Selbstglossierung Carl Schmitts*, «Leviathan», 2, 1993, pp. 285-299 e il testo di G. Meuter, *Der Katechon. Zu Carl Schmitts*

dei concetti più significativi della *Weltanschauung* teologico-politica schmittiana<sup>21</sup>, anche se, com'è stato molto opportunamente osservato, il termine teologia politica è ben lungi dall'aver un significato univoco, poiché,

pur indicando costantemente il rapporto imprescindibile della politica con la sfera teologica e religiosa assume nel lungo svolgersi della riflessione di Schmitt, che a questo termine/concetto affida di volta in volta, nelle più diverse condizioni storiche e intellettuali, il compito di decifrare lo statuto epistemologico e pratico della politica, e le indicazioni per la prassi che da tale diagnosi discendono<sup>22</sup>.

## 2. *Il mondo a una dimensione*

Nel nuovo contesto spaziale, Schmitt si sofferma innanzitutto sul problema dell'unità<sup>23</sup>, precisando di riferirsi non tanto a questioni di natura contingente, ma di voler articolare il suo discorso in maniera ben più ampia e problematica. A fronte di un tema che interseca diversi ambiti (filosofico, teologico, morale e politico) è, infatti, proprio il *milieu* politico che attrae inevitabilmente Schmitt, il quale non vuole, però, occuparsi di questioni di politica spicciola inerenti al suo tempo, né interrogarsi sulla questione dell'unità dal punto di vista economico-commerciale o delle comunicazioni, né tantomeno vuole occuparsi della «semplice unità biologica del genere umano», bensì della «unità dell'organizzazione del potere umano»<sup>24</sup>. In modo ben più

*fundamentalistischer Kritik der Zeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, che rilegge il pensiero schmittiano a partire dalla sua filosofia della storia e dalla sua critica del tempo concentrandosi però sul *katéchon* solo in generale, cfr. soprattutto F. Großsheutschi, *Carl Schmitt und die Lehre vom Katéchon*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996; A. Motschenbacher, *Katéchon oder Großinquisitor? Eine Studie zu Inhalt und Struktur der Politischen Theologie Carl Schmitts*, Marburg, Tectum Verlag, 2000; b) nella letteratura francese si rinvia al volume di T. Paléologue, *Sous l'oeil du grand inquisiteur. Carl Schmitt et l'héritage de la théologie politique*, Paris, Cerf, 2004; c) nella letteratura italiana: M. Nicoletti, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, Morcelliana, 1990, pp. 487-492 e 540-544; A. Scalone, «Katechon» e la scienza del diritto in Carl Schmitt, «Filosofia politica», 2, 1998, pp. 283-292; A. Castronuovo, *La metamorfosi del Katechon*, «Trasgressioni», 27, 1999, pp. 93-113; L. Papini, *Ecumene e decisione. Teologia politica e critica della modernità in Carl Schmitt*, Genova, Name, 2004, pp. 413-420; E. Castrucci, *La forma e la decisione. Studi critici*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 67-119; M. Maraviglia, *La penultima guerra. Il «katéchon» nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Milano, Led, 2006, pp. 205-289. Sulle diverse sfaccettature di tale figura cfr. da ultimo F. Monateri, *Katéchon. Filosofia, Politica, Estetica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2023.

<sup>21</sup> Cfr. M. Cacciari, *Il potere che frena*, Milano, Adelphi, 2013. Per un'articolata discussione di questo testo si veda il numero monografico della rivista *Jura Gentium* curato da T. Gazzolo e L. Marchettoni (2015) e intitolato, *Il potere che frena. Saggi di teologia politica in dialogo con Massimo Cacciari*.

<sup>22</sup> C. Galli, *Le teologie politiche di Carl Schmitt: modernità e secolarizzazione fra decisione, trascendenza, tecnica*, «Studi Perugini», 9, 2000, pp. 99-100.

<sup>23</sup> Cfr. Schmitt, *L'unità del mondo*, in Id., *Stato, Grande Spazio, Nomos* cit., pp. 271-290.

<sup>24</sup> Ivi, p. 271.

ambizioso, il giurista renano vuole capire se – compito certo tutt'altro che semplice – fosse possibile immaginare un unico «centro del potere politico»<sup>25</sup> in grado di dominare la terra e tutta la sua popolazione rispetto a uno scenario in cui sembrano essere due le forze che si contendono il ruolo di unico timoniere alla guida del transatlantico globale. Chiaramente Schmitt pensa alla contrapposizione tra le due potenze (USA e URSS) che, non esita ad apostrofare, come inquietante, pericolosa, se non maledetta, interrogandosi non solo sull'effettiva maturità da parte dell'umanità a essere pianificata e diretta da un solo soggetto politico, ma anche sui possibili esiti che tale lotta senza esclusione di colpi potesse avere nella costruzione del nuovo ordine mondiale, o meglio «l'immagine di un miscuglio di guerra fredda e guerra aperta, guerra di nervi e guerra di armamenti, guerra diplomatica di protocolli e conferenze e guerra di propaganda. Il dualismo tra i due fronti emerge qui con netta distinzione fra amico e nemico»<sup>26</sup>.

Nello specifico, Schmitt si concentra dapprima sulle radici del dualismo Est-Ovest (comunismo *versus* capitalismo) che affondano in un'identica *filosofia della storia* che, a dispetto della loro strutturale diversità, lega queste due differenti concezioni del mondo<sup>27</sup>. Tali radici sono entrambe rintracciabili in una forma storicamente determinata di filosofia affermatasi alla fine del Settecento e, in particolare, nella cultura illuministica e nella sua fede illimitata nei confronti del progresso e della tecnica propagatisi in un primo momento nel resto dell'Europa e in seguito all'intero globo. Eppure ciò non è immediatamente evidente se si osservano le diverse matrici ideologiche che costituiscono il fondamento dei due blocchi contrapposti. Da un lato, l'idea di unità e la sua sottomissione a un signore della Terra che attraversa il marxismo sta – per Schmitt – alla base della dottrina su cui si erge il “blocco orientale” fino a coincidere con la filosofia della storia per eccellenza, quella idealista hegeliana (di cui il marxismo si è appropriato rendendola funzionale all'ideologia materialistica)<sup>28</sup>. A fronte di tale, monolitico “credo” collettivistico, dall'altro lato, il “blocco occidentale” non sembra poter fare affidamento su una dottrina

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Ivi, pp. 274-275.

<sup>27</sup> In un altro luogo della sua riflessione Schmitt precisa che la scaturigine di questo dualismo non è di tipo metafisico, ma essa deriva da un fatto storico-concreto e, di conseguenza, unico ed irripetibile: il passaggio dell'Inghilterra alla sfera marittima (cfr. per tutti Schmitt, *Terra e Mare* cit.).

<sup>28</sup> Cfr. il breve contributo C. Schmitt, *Die andere Hegel-Linie. Hans Freyer zum 70. Geburtstag*, «Christ und Welt», 30 (25.07.1957), pp. 1-2, dove il giurista di Plettenberg, come allude lo stesso titolo, intende proporre una differente interpretazione di Hegel, anzi un'altra linea (Hegel-Dilthey-Freyer) capace di porsi come alternativa sia alla destra, sia alla sinistra hegeliana. Schmitt sembra far propria l'interpretazione “teologica” nietzschiana dell'idealismo hegeliano che vede il filosofo di Stoccarda come una sorta di “bastione” alla deriva ateistica, muovendosi in contrapposizione soprattutto alla linea interpretativa materialistico-rivoluzionaria (Hegel-Lenin-Stalin) e alla sua pretesa di ergersi a unica depositaria del pensiero hegeliano.

altrettanto solida e compatta. Non stupisce allora la scelta di Schmitt, di fronte ad una dottrina che appare piuttosto nebulosa, di cercare di ancorarla alla riflessione di Arnold Toynbee<sup>29</sup>, forse lo studioso che ha incarnato più di ogni altro la filosofia della storia occidentale, descrivendo la storia dell'umanità come il susseguirsi di una civiltà dopo l'altra. Scrutando nelle pieghe dei testi dello storico inglese, osserva Schmitt, il lettore vede materializzarsi davanti ai suoi occhi la seguente scena: «un grande ospedale con ventuno ammalati, dove già ne sono morti venti, mentre al ventunesimo, che siamo noi, è assicurato che forse gli rimane ancora molto da tempo da vivere»<sup>30</sup>. Se questo pensiero è allora, per il giurista tedesco, ciò che meglio sintetizza quel credo evoluzionistico che vorrebbe vedere l'umanità avanzare incessantemente in una linea retta senza mai arretrare è, a ben vedere, nel miraggio dell'unità della «terra elettrificata» profetizzata da Lenin che i due duellanti Est e Ovest si incontrano inevitabilmente, rischiando, però, proprio su questo comune terreno di sprofondare insieme, come i protagonisti del *Duello rusticano* di Goya segnati, come intuito da Michel Serres, da un unico destino: «a ogni movimento [dei duellanti], un buco viscoso li inghiotte, così si seppelliscono insieme poco a poco. [...] L'abisso in cui si precipitano è qualcosa che i belligeranti non s'immaginano – noi invece, dall'esterno, lo vediamo benissimo»<sup>31</sup>.

Perciò, dopo aver delineato il presupposto filosofico unitario sotteso a questo dualismo, Schmitt immagina che, un possibile esito al problema dell'unità, potrebbe essere quello di leggere la rivalità tra le due super-potenze come l'ultimo *round* nella grande lotta per il dominio del mondo, o meglio, solo come un momento di transizione verso «l'unità planetaria della pura tecnicità»<sup>32</sup>, poiché sia il socialismo, sia il liberalismo, al di là dei distinguo, si muovono nella stessa direzione: l'edificazione di una sorta di Eden all'insegna di una «terra tecnicizzata e di un'umanità completamente organizzata»<sup>33</sup>. In altre parole, la tecnica da potenziale strumento al servizio dell'uomo si trasforma in un dispositivo di dominio nei confronti dello stesso: «mi sembra anzi che

<sup>29</sup> In realtà, lo storico inglese, pur avendo trasposto la struttura dialettica dello schema *Question-Answer-Logic* elaborato dal filosofo inglese R.G. Collingwood alla storia della cultura superando, per un verso, le astoricità psicologico-individualiste del pensiero scientifico-matematico e, per l'altro, dimostrando uno spiccato accrescimento del senso storico; pur tuttavia, anche la concezione della storia di Toynbee rischia, però, «di cancellare la sostanziale unicità di ogni evento storico e quindi la struttura stessa della storia» (C. Schmitt, *La contrapposizione planetaria tra Oriente e Occidente e la sua struttura storica*, in Id., E. Jünger, *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 147-148).

<sup>30</sup> Quest'immagine è tratta da C. Schmitt, *L'unità del mondo*, in Id., *L'unità del mondo. Sulla globalizzazione e altri scritti*, Milano, PGreco, 2013, p. 149 che riprende il testo della conferenza tenuta dal giurista tedesco presso l'Università di Madrid l'11 maggio 1951, già pubblicato in C. Schmitt, *L'unità del mondo e altri saggi*, Roma, Pellicani, 1994.

<sup>31</sup> M. Serres, *Il contratto naturale*, Milano, Feltrinelli, 2019, p. 9.

<sup>32</sup> Schmitt, *L'unità del mondo* cit., p. 283.

<sup>33</sup> Schmitt, *Ex Captivitate Salus* cit., p. 86.

la tecnica scatenata, più che aprire nuovi spazi all'uomo, lo chiuda in gabbia»<sup>34</sup>. Pur essendo separati da una Cortina di ferro, Oriente e Occidente sono, infatti, accomunati da «onde e corpuscoli di una comune filosofia della storia» che riescono ad attraversare questa barriera materiale e a formare «un'inconcepibile unità»<sup>35</sup>. Ben lungi pertanto dall'essere l'unità globale, la soluzione praticabile in seguito all'affermarsi di una potenza rispetto all'altra, non essendo l'intero globo sicuramente riducibile alla loro mera sommatoria, occorre quantomeno cercare di risolvere tale dualità in modo del tutto differente, come per esempio, evocando altri scenari (che Schmitt si limita solo ad enunciare) che tengano in debita considerazione anche la presenza nello scenario politico mondiale di altri Paesi emergenti (tra cui, la Cina, l'India), e/o di ulteriori schieramenti (il Commonwealth britannico, il mondo ispanico-lusitano o il blocco arabo)<sup>36</sup>. Al di là di questi aspetti, gli strali della riflessione schmittiana si appuntano contro quella concezione della filosofia della storia che privilegia l'elemento filosofico a scapito di quello storico criminalizzando altresì qualunque altra visione della storia che non si sottometta al monopolio della sua intelligenza e della sua scientificità<sup>37</sup>. Il minimo comune denominatore sotteso a queste, come a tutte le altre teorizzazioni che si muovono, più o meno, sulla stessa falsariga, sta nel fatto di porsi o al di fuori della Storia<sup>38</sup> oppure dal neutralizzarla in tutto o in parte comportando *de facto* quello che, secondo Schmitt, è il tratto distintivo della sua immagine della storia: l'irriparabile unicità di ogni grande avvenimento storico<sup>39</sup>. Del resto, progresso tecnologico non significa per nulla progresso morale, come si deduce dalle parole di Goethe riportate da Schmitt che, ancora una volta, ricorre a una citazione letteraria per descrivere questa scivolosa china: «è pericoloso per l'uomo ciò che, senza farlo migliore, lo rende più potente»<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Schmitt, *Dialogo sul nuovo spazio*, in Id., *Stato, Grande Spazio, Nomos* cit., p. 328.

<sup>35</sup> Schmitt, *L'unità del mondo* cit., p. 282.

<sup>36</sup> Ciò non significa, precisa Schmitt, optare per la neutralità o il neutralismo, ma tendere verso un autentico pluralismo caratterizzato dall'esistenza di una molteplicità di grandi spazi (cfr. *amplius* Schmitt, *Stato, Grande Spazio, Nomos* cit., dove sono raccolti gli scritti più rilevanti della produzione giusinternazionalistica del giurista renano che ruota proprio intorno a tali concetti).

<sup>37</sup> Schmitt, *L'unità del mondo* cit., p. 284.

<sup>38</sup> Basti pensare al paganesimo e alla sua dottrina "dell'eterno ritorno" che comporta la fuoriuscita dell'uomo dalla storia e la sua ricaduta nel tempo ciclico della natura, ovvero l'alternarsi tra giorno e notte, gioventù e vecchiaia, vita e morte, oppure all'illusoria e suggestiva, ma inefficace immagine spengleriana dell'eroica figura del soldato agonizzante in una posizione perduta che, dunque, accetta passivamente questo tragico destino che conduce inesorabilmente verso una catastrofe di dimensioni spaventose: il suicidio dell'umanità (Schmitt, *L'unità del mondo* cit., p. 152).

<sup>39</sup> Schmitt, *Dialogo sul nuovo spazio* cit., p. 327.

<sup>40</sup> Schmitt, *L'unità del mondo* cit., pp. 150-151. Schmitt cita altresì Dostoevskij, il quale considera una possibile sciagura immaginare l'umanità dominata esclusivamente dalla tecnica (*ibidem*).

Allora la sola possibilità, per Schmitt, di “andare oltre”, questo terrificante scenario consiste nel delineare un nuovo orizzonte temporale che si sostanzia nella scelta a favore di una concezione cristiana della storia che, seppur dimenticata, non ha smarrito «la sua antica verità e la sua antica energia»<sup>41</sup>. Affinché questa «irruzione concreta dell’eterno nel tempo»<sup>42</sup>, snaturata dal romanticismo e relativizzata dallo storicismo, possa ritornare in auge, occorre «liberarsi dai rottami ammassati da due secoli di concezione non cristiana della storia»<sup>43</sup> a partire dal grande parallelo storico, su cui si erano soffermati in quella *temperie* quasi tutti i grandi studiosi, tra il nostro presente e l’inizio dell’era cristiana. In ultima analisi, Schmitt si interroga proprio sulla possibilità di prospettare, sia pur in filigrana, un argine di resistenza a questa deriva atea e materialistica, il cui inizio avviene nella *temperie* ottocentesca e, in particolare, nel fatidico 1848 quando la rivoluzione imperversa sul suolo europeo. A tal riguardo, egli, per un verso, rievoca le solitarie e profetiche intuizioni di Donoso Cortés che, a suo tempo, aveva indicato le cause della decadenza dell’Europa e invocato il ritorno a un’immagine cristiana della storia e, dall’altro, richiama la misteriosa figura del *katéchon* che appare nella Seconda lettera ai Tessalonicesi<sup>44</sup> e che inaugura anche una diversa dimensione della temporalità: il «tempo bloccato e/o sospeso»<sup>45</sup>, ovvero quell’istante in cui esso sembra arrestarsi e diventare eterno<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Ivi, p. 153.

<sup>42</sup> Ivi, p. 155.

<sup>43</sup> Ivi, p. 153.

<sup>44</sup> Tale passo, com’è noto, non solo è considerato di dubbia veridicità, ma risulta alquanto enigmatico: «e ora sapete ciò che impedisce (τὸ κατέχων, *quid detineat*, 2 Ts, 2, 6) la sua manifestazione [dell’Anticristo], che avverrà nella sua ora. Il mistero dell’iniquità è già in atto, ma è necessario che sia tolto di mezzo colui che trattiene (ὁ κατέχων *qui tenet*, 2 Ts, 2, 7)».

<sup>45</sup> Cfr. G. Agamben, *Introduzione* in C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, Neri Pozza, 2012, p. 16, laddove egli scrive: «il *katéchon*, sospendendo e trattenendo la fine, inaugura un tempo in cui nulla può veramente avvenire, perché il senso del divenire storico, che ha la sua verità soltanto nell’*eschaton*, è ora indefinitamente differito».

<sup>46</sup> A tal riguardo, invece, un altro peculiare interlocutore di Schmitt come Jacob Taubes avanza la tesi opposta, ovvero che «il *kat-echon*, ciò che arresta, su cui posa lo sguardo Carl Schmitt, è già un primo segno di come l’esperienza cristiana del tempo della fine [*Endzeit*] venga addomesticata, adattandosi al mondo e ai suoi poteri» (J. Taubes, *Carl Schmitt. Un apocalittico della controrivoluzione*, in Id., *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Macerata, Quodlibet, 1996, p. 33). Sul problematico rapporto tra Schmitt e Taubes si rinvia a R. Cavallo, *Apocalisse e rivoluzione. Jacob Taubes interprete di Carl Schmitt*, in P. Barcellona, F. Ciaramelli, R. Fai (a cura di), *Apocalisse e post-umano. Il crepuscolo della modernità*, Bari, Dedalo, 2007, pp. 139-168.

### 3. *Storia ed escatologia: Donoso Cortés*

Di fronte ad un siffatto scenario Schmitt evoca il solo nome di Donoso Cortés<sup>47</sup>, la cui eco risuona come non mai «nell'imminenza spaventosa del pericolo», ovvero quando «il sigillo si scioglie e la mente si apre all'arcano»<sup>48</sup> quasi a suggellare il suo antico legame con la Spagna. Lo si evince dalle parole dello stesso Schmitt in apertura del discorso pronunciato il 21 marzo 1962 a Madrid, in occasione della sua nomina a membro onorario dell'*Instituto de Estudios Políticos* che, oltre ad elogiare il suo direttore Manuel Fraga Iribarne all'epoca professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Madrid e, qualche mese dopo, nominato Ministro dell'Informazione e del Turismo sotto il governo di Francisco Franco, per aver interpretato in modo magistrale l'opera di Schmitt<sup>49</sup>, si sofferma, sia pur rapidamente, sul rapporto privilegiato che egli intrattiene con la Spagna. Quest'ultima è ritenuta, dal giurista tedesco, la sua patria d'elezione, essendo il luogo per antonomasia della lotta contro il comunismo e da dove ricominciare a ricostruire l'identità perduta dell'Europa:

È una coincidenza significativa che lo slancio sincero della ricerca mi abbia sempre condotto verso la Spagna. Vedo in quest'incontro quasi provvidenziale una prova in più del fatto che la guerra di liberazione nazionale in Spagna rappresenta una pietra di paragone. Nella lotta mondiale che si combatte oggi essa è stata la prima nazione a vincere con la propria forza e in maniera tale che ora tutte le nazioni non comuniste devono legittimarsi davanti alla Spagna sotto questo aspetto<sup>50</sup>.

In questa circostanza, Schmitt rammenta altresì che si era recato, per la prima volta, in Spagna nel 1929, proprio per ricordare la figura di Donoso Cortés che assume una centralità senza precedenti proprio in questa fase della riflessione schmittiana. Schmitt aveva, più volte, invocato lo spirito inquieto di Donoso che, dopo l'iniziale adesione giovanile al liberalismo, abbraccia la fede cattolica e dispiega la sua critica radicale e, per molti versi, ineguagliata, al Moderno e alla sua deriva tecnologica atea e materialista. Per raffigurare questa deriva che accomuna il marxismo e il liberalismo, Schmitt evoca l'immagine mostruosa e raccapricciante del *Leviatano* che tutto divora e inghiotte e, grazie all'ausilio della tecnica, assume un volto, ancor più, terribile che impedisce qualsivoglia tentativo di controllo e/o opposizione<sup>51</sup>. Il giurista te-

<sup>47</sup> Cfr. Schmitt, *Donoso Cortés* cit.

<sup>48</sup> Ivi, p. 11.

<sup>49</sup> Schmitt si riferisce al contributo di M. Fraga Iribarne, *Carl Schmitt: el hombre y la obra*, «Revista de estudios políticos», 122, 1962, pp. 5-18.

<sup>50</sup> C. Schmitt, *L'ordinamento del mondo dopo la Seconda guerra mondiale*, in Id., *Un giurista davanti a se stesso*, cit., pp. 217-247.

<sup>51</sup> Schmitt, *L'unità del mondo* cit., p. 144.

desco riprende tale effigie dalle pagine del noto discorso sulla dittatura<sup>52</sup> di Donoso che non esita a definire con un'enfasi eccessiva «il più straordinario discorso di tutta la letteratura mondiale, senza eccezione alcuna, né per Pericle e Demostene, né per Cicerone o Mirabeau o Burke»<sup>53</sup>. In tale discorso pronunciato in Parlamento il 4 gennaio 1849 Donoso giustifica, a determinate condizioni, la legittimità e l'utilità della dittatura<sup>54</sup> ergendosi a difesa dei poteri straordinari concessi al generale Ramón Maria Narvaez che, dopo le insurrezioni ed i disordini verificatisi nel 1848 nelle città di Madrid, Barcellona e Siviglia, era riuscito a ristabilire l'ordine nel Paese reprimendo tutte le manifestazioni in atto.

Agli occhi di Schmitt, la grandezza di questo cattolico spagnolo sta nel suo essere non uno spirito visionario, né tantomeno un profeta o un poeta sibillino, quanto un acuto osservatore della realtà politica. Tant'è che egli possiede uno spiccato «senso della storia» che lo porta a guardare molto più lontano<sup>55</sup> rispetto ad altri pensatori della sua epoca essendo ammaliato «dall'arcano dei destini storici»<sup>56</sup>. L'incomparabile attualità di questa singolare ed eccentrica figura, malgrado i limiti e le contraddizioni che attraversano la sua riflessione<sup>57</sup>, consiste nel fatto che è stato l'unico pensatore a prevedere nel 1848 che l'imminente rivoluzione socialista sarebbe scoppiata non a Londra, ma a Pietroburgo e avrebbe lasciato dietro di sé «un mare di sangue in cui ancora per un secolo sarebbero sfociate tutte le correnti rivoluzionarie»<sup>58</sup>. La sua prosa accattivante si caratterizza per una «processione barocca di immagini grandiose»<sup>59</sup> degne delle pennellate di Goya e si scaglia con veemenza contro il nemico ultimo ed estremo: il socialismo materialista e ateo.

La rilettura schmittiana di Donoso ruota specialmente sulla discussione sviluppatasi sul grande parallelo storico-universale che, per Schmitt, racchiude la questione per antonomasia che, a partire dagli eventi rivoluzionari del 1848 scuote la coscienza europea, ovvero il raffronto tra l'inizio dell'èone cri-

<sup>52</sup> Cfr. J.D. Cortés, *Discorso sulla dittatura*, in Id., *Il potere cristiano*, Brescia, Morcelliana, 1964, pp. 36-64.

<sup>53</sup> Schmitt, *Glossario* cit., pp. 58-59.

<sup>54</sup> «Quando è sufficiente la legalità per salvare la società, allora si usi la legalità. Quando questa non basta, allora si usi la dittatura [...] la dittatura, in alcune certe contingenze, come le presenti, è un governo legittimo, buono, utile come qualunque altro, un governo ragionevole, che può difendersi in teoria, come in pratica» (J. Donoso Cortés, *Scritti vari di Donoso Cortés Marchese di Valdegamas volgarizzati da G.B.M.*, Roma, Tipografia di Filippo Cairo, 1861, pp. 93-94).

<sup>55</sup> «Le sue intuizioni politiche si misurano in orizzonti secolari» (Schmitt, *Donoso Cortés* cit., p. 82).

<sup>56</sup> Ivi, p. 18.

<sup>57</sup> Si pensi alla debolezza delle sue esternazioni quando discetta di filosofia morale o di teologia, oppure al suo stile linguistico e letterario smaccatamente retorico, o ancora, al suo radicale disprezzo per il genere umano (ivi, pp. 16, 72-73).

<sup>58</sup> Ivi, p. 80.

<sup>59</sup> Ivi, p. 72.

stiano (periodo delle guerre civili romane e del cesarismo)<sup>60</sup> e l'epoca presente. In altre parole, se l'avvento del socialismo e del comunismo abbia determinato, una volta per tutte, il tramonto dell'epoca cristiana, oppure se quest'ultimo come la Fenice potrebbe risorgere dalle sue ceneri. A tal riguardo, Schmitt passa in rassegna gli autori più significativi che si sono confrontati con tale parallelismo a partire dallo scritto pubblicato da Saint-Simon proprio nell'anno della sua scomparsa, *Nouveau Christianisme*<sup>61</sup>: la prima ed esplicita applicazione socialista di tale parallelo. Questo scritto impregnato di misticismo e pervaso da un forte afflato religioso rappresenta, quindi, l'origine di questa svolta epocale: la fine della "vecchia e desueta" religione cristiana e l'avvento di una "nuova e moderna" religione, il cui significato è, per molti versi, analogo a quello del cristianesimo delle origini. Anche se il socialismo e il comunismo, sono considerate due forme moderne di manifestazione del cristianesimo autentico, l'intero eone cristiano viene ritenuto una vicenda ormai del tutto conclusa.

Marx, invece, in aperta polemica con Bruno Bauer<sup>62</sup>, detestava qualsiasi paragone storico tra socialismo e cristianesimo e riteneva opportuno espungere dal discorso ogni elemento di carattere teologico che si celava dietro i ripetuti attacchi di Bauer al cristianesimo. Ovviamente Schmitt predilige di gran lunga la riflessione di Bauer, ovvero di colui che è stato in grado di farsi consapevole sostenitore nel *milieu* tedesco di questo parallelo storicistico tra l'Ottocento e il periodo di nascita del cristianesimo. Tale parallelismo diventerà, precisa Schmitt, non solo il *Leitmotiv* del pensiero di Bauer, ma soprattutto della sua esistenza spirituale assumendo una connotazione esistenziale<sup>63</sup>. Tra l'altro, Bauer, è stato, non a caso, uno dei più fieri avversari di due esegeti biblici, come Ernest Renan e David Friedrich Strauß, i quali sono accusati da Schmitt di aver ridimensionato il citato parallelismo riducendolo alla mera contesa tra il vecchio e tramontato cristianesimo e la nuova e imperante religione del progresso e della libertà quasi a legittimare storicamente questo *necessario* passaggio. Ma il nocciolo duro della riflessione di Bauer, emblematicamente rappresentato dall'incisiva affermazione *Kritik ist die Krise*<sup>64</sup> al di là di eventuali elementi di continuità o di rottura, rimane, pur sempre, teologico-hegeliano. Tanto più, se la critica baueriana, osserva Sch-

<sup>60</sup> Ivi, p. 95.

<sup>61</sup> Anche se occorre precisare che, in alcuni scritti giovanili, Donoso, non manca di tessere le lodi di Saint-Simon rimarcando che scienza e intelligenza fossero le legittime eredi della *potestas spiritualis* del Medioevo cristiano (ivi, p. 17).

<sup>62</sup> Cfr. B. Bauer, K. Marx, *La questione ebraica*, Roma, Manifestolibri, 2004.

<sup>63</sup> Schmitt, *Donoso Cortés* cit., p. 102.

<sup>64</sup> Essa costituisce il centro di gravità attorno al quale ruota l'intero pensiero di Bauer (M. Tomba, *Crisi e critica in Bruno Bauer. Il principio di esclusione come fondamento del politico*, Napoli, Bibliopolis, 2012, p. 104).

mitt, malgrado la sua radicalità, rimane sempre tale e non si trasforma mai, come avviene in Marx, in un'arma da brandire con violenza per annientare il nemico. La sua gloria deriva, infatti, dall'aver anch'egli compreso ben subito, cioè all'indomani del 1848, che la Rivoluzione (ma soprattutto gli eventi ad essa successivi) avrebbe avuto degli esiti fallimentari. Per questi motivi, Bauer «attese incrollabile il nuovo eone, e nella propria esistenza riconobbe quella di un proto-cristiano in un regno terreno nuovo, non più cristiano»<sup>65</sup>.

La feroce critica di Donoso si rivolge non tanto – come auspicava Schmitt – nei confronti di Marx, «autentica guida e eresiarca del socialismo ateo»<sup>66</sup>, quanto contro il “demonio” Proudhon<sup>67</sup>. Quest'ultimo era, infatti, ritenuto da Donoso, l'incarnazione per antonomasia di tale pernicioso idea che avrebbe portato al declino dell'Europa e non, come suggerito, ancora una volta, dal giurista tedesco, colui che si scaglia polemicamente contro l'intreccio perverso tra liberalismo e democrazia. Pur tuttavia, Donoso aveva intravisto, sia pur in filigrana, l'imminente scontro tra cattolicesimo e socialismo che avrebbe determinato la decadenza dell'Europa. Se ieri, nel periodo della migrazione dei popoli, i Germani avevano svolto un ruolo positivo nella rigenerazione (fisica e spirituale) sia dell'Impero romano, sia nei confronti della stessa Europa, nell'Ottocento, invece, era appannaggio dei Russi che, pur essendo anch'essi un popolo giovane, porteranno l'Europa verso la decadenza iniettando nelle vene del vecchio continente il veleno della civilizzazione.

Nel tratteggiare le intuizioni politiche del cattolico spagnolo Schmitt non manca, però, di evidenziare come il tratto più incisivo della sua riflessione consista proprio nella sua escatologia conservatrice che si pone in alternativa a quella rivoluzionaria. Tale escatologia non affatto avulsa dalla storia rappresenta, per Schmitt, l'unico baluardo contro il monopolio comunista nell'attribuzione di senso storico all'Ottocento<sup>68</sup>, come si evince, in modo precipuo, dal confronto tra Donoso e il suo contemporaneo nordico, Sören Kierkegaard, il quale ritiene il parallelo storicistico essersi «dissolto nell'istante del presente immediato»<sup>69</sup>. *Primo visu*, la riflessione di Kierkegaard sembrerebbe essere in linea con quella di Donoso, in quanto rappresenta «la critica più alta ed estrema del tempo»<sup>70</sup>, ma ad uno sguardo più attento, si notano, oltre

<sup>65</sup> Schmitt, *Donoso Cortés* cit., pp. 102-103.

<sup>66</sup> Ivi, p. 77.

<sup>67</sup> Altrove il giurista renano ricorda la polemica tra il *reazionario* Donoso Cortés e il rivoluzionario Proudhon: il primo riferendosi a Proudhon, suo principale nemico, ne sottolineava la «diabolica grandezza». Di fronte all'accusa di essere un demone, Proudhon come se fosse già messo sul rogo, si rivolgeva a Donoso – suo immaginario inquisitore – con un ironico «*allume!*» (C. Schmitt, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 83).

<sup>68</sup> Schmitt, *Donoso Cortés* cit., p. 109.

<sup>69</sup> Ivi, p. 103.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

le affinità, soprattutto le differenze e, in particolare, che la critica del tempo negli scritti del teologo protestante, pur essendo più intensa di ogni altra, si muove in direzione dell'interiorità e, dunque, fuori dalla storia, essendo un'arma del tutto spuntata contro il suddetto monopolio comunista. Al contrario, la riflessione di Donoso, pur non raggiungendo le stesse vette di quella di Kierkegaard e, malgrado il suo smarrirsi spesso nei meandri teologici, riesce, però, a cogliere l'essenziale: la pseudo-religione dell'umanità assoluta avrebbe aperto la strada a un terrore disumano. In altre parole Donoso, pur essendo, privo di ogni senso hegeliano della storia e incapace di una profonda riflessione psicologica e dialettica è forse l'unico pensatore a indicare un'alternativa al suddetto monopolio capace di tenere insieme due ambiti, per molti versi, irriducibili, escatologia e storia<sup>71</sup>:

i famosi pronostici che, dal 1848 in poi hanno contribuito a creare la fama quasi mitica di Donoso sono [...] la testimonianza delle inaudite possibilità di una concezione cristiana della storia, nel momento in cui essa, in conflitto con altre concezioni storiche, oltrepassa la mera filosofia della storia<sup>72</sup>.

#### 4. *Tempo ed eternità: il katéchon*

Se Donoso e la sua immagine cristiana della storia sono sicuramente per Schmitt un'ancora di salvataggio a cui aggrapparsi, sia pur temporaneamente, per salvarsi dal naufragio della modernità e della sua deriva materialistica ed atea, al contempo, però, il limite della sua riflessione sta nella sua misconoscenza del *katéchon*: «Donoso Cortés fallì dal punto di vista teologico, poiché questo concetto gli rimase estraneo»<sup>73</sup>. Quest'ultimo, invece, rappresenta il concetto fondamentale della teologia politica cristiana e Schmitt lo dice a chiare lettere quando afferma: «non credo che la fede cristiana originaria possa avere in generale un'immagine della storia diversa da quella del *kat-echon*»<sup>74</sup>. Ovviamente, precisa Schmitt, ogni tempo storico, anche se riesce difficile individuarlo *ex ante*, ha il proprio *katéchon* che può assumere fattezze diverse ora impersonali, ora essere incarnato da «depositari temporanei, transitori e frammentari»<sup>75</sup>. Benché nell'*opus* schmittiano siano ravvisabili «tendenze katechontiche»<sup>76</sup> già negli scritti giovanili, sia in quelli giuridico-filosofici

<sup>71</sup> Cfr. G.A. Di Marco, *Tempo e legittimità nella prospettiva del rapporto tra storia ed escatologia*, cit.

<sup>72</sup> Schmitt, *Donoso Cortés* cit., p. 18.

<sup>73</sup> Schmitt, *Glossario* cit., p. 91. Qualche giorno dopo, annota nuovamente «Povero Donoso, l'unico concetto teologico adeguato alla sua teoria politica sarebbe stato quello di *katéchon*; invece, si perde nel labirinto della dottrina del diritto naturale relativo e assoluto» (ivi, p. 101).

<sup>74</sup> C. Schmitt, *Il Nomos della Terra*, Milano, Adelphi, 1991, p. 44.

<sup>75</sup> Schmitt, *Glossario* cit., p. 91.

<sup>76</sup> B.A. Laska, *Kat-Echon contro Eigner? La reazione di Carl Schmitt nei confronti di Max Stirner*,

come *Der Wert des Staates*<sup>77</sup>, sia in quelli letterari come *Theodor Däublers "Nordlicht"*<sup>78</sup>, il concetto di *katéchon* compare per la prima volta<sup>79</sup> in maniera esplicita solamente all'inizio degli anni '40<sup>80</sup>. In tale contesto storico-politico Schmitt si rivolge agli storici e ai filosofi della storia esortandoli ad analizzare ed individuare le varie tipologie di figure e soggetti che, da un lato, hanno avuto il compito di trattenere il ritmo della storia e, dall'altro, l'hanno invece accelerata. A tal proposito, Schmitt ricorre ad una serie di esempi concreti per meglio esplicitare il carattere storico e politico del *katéchon*, «misteriosa forza ritardatrice» in cui avevano confidato gli uomini della tarda antichità e del medioevo, per scongiurare l'*éschaton*, la fine apocalittica dei tempi:

nell'*éschaton* vi è un qualcosa che non ammette ritorno, che si consuma definitivamente. Si consuma perché questo tempo viene spezzato. Irrompe un *totum novum*: non qualcosa d'altro, ma propriamente l'*altro*. L'atteso, il lungamente atteso – sia esso l'adempimento di una promessa (tradizione giudaica) o quello di un ritorno (il cristianesimo) – si rende definitivamente manifesto. L'*éschaton* è apocalisse. *Apokalypto* significa, infatti, mettere a nudo, scoprire, svelarsi [...]. L'apocalisse è il giorno dell'ultima battaglia: è *dies magna et amara valde*, ma è anche il giorno in cui il male viene dominato per sempre: *dum veneris iudicare saeculum per ignem*<sup>81</sup>.

Nell'enucleare tale elenco, il giurista si sofferma in primo luogo su esempi di figure o entità che, in vario modo, si erano distinte per la loro forza esclusivamente ritardatrice quali, tra le altre, l'antico impero romano. In secondo luogo, Schmitt tende ad attribuire anche a delle personalità politiche ben precise il ruolo di *katéchon*, come per esempio, all'ormai anziano imperatore Francesco Giuseppe il quale, in virtù della sua mera esistenza, avrebbe mantenuto in vita l'impero asburgico ormai visibilmente in crisi. Allo stesso modo dunque anche il presidente Roosevelt, mediante lo stravolgimento dei princìpi di isolamento e neutralità e il conseguente abbandono della dottrina Monroe, ha fatto sì che anche gli Stati Uniti rimanessero assoggettati alla forza ritardatrice dell'Inghilterra, nazione «ostacolatrice di ogni mutamento ragionevo-

«De Cive», 1, 1996, pp. 43-54.

<sup>77</sup> C. Schmitt, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Bologna, il Mulino, 2013.

<sup>78</sup> C. Schmitt, *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 1995.

<sup>79</sup> In realtà, come afferma lo stesso Schmitt, in data 11 gennaio 1948 rispondendo ad una lettera del filosofo Pierre Linn, l'elaborazione di tale concetto dovrebbe risalire, in attesa di ulteriori riscontri, con molta probabilità al 1932: «Voi conoscete la mia teoria del *Katechon*, essa risale al 1932. Io credo che vi sia in ogni secolo un concreto portatore di tale forza e che si tratti di trovarlo» (Schmitt, *Glossario cit.*, p. 113).

<sup>80</sup> Cfr. C. Schmitt, *La lotta per i grandi spazi e l'illusione americana*, «Lo Stato», 13, 1942, pp. 173-180, ora in Id., *L'unità del mondo e altri saggi cit.*, pp. 261-269 (d'ora in avanti si farà riferimento a questa edizione sia per le citazioni, sia per i numeri di pagina) e Id. [1942], *Terra e Mare cit.*

<sup>81</sup> S. Natoli, *Progresso e catastrofe. Dinamiche della modernità*, Milano, Marinotti, 1999, pp. 77-78.

le»<sup>82</sup>. Schmitt ritorna ancora una volta sul concetto di *katéchon*, identificandolo questa volta, però, con l'impero romano d'Oriente, che aveva esercitato una vera e propria «forza frenante»<sup>83</sup> nei confronti degli arabi. Nonostante l'impero bizantino fosse costretto a stare costantemente sulla difensiva, essendo una potenza marittima riuscì laddove una forte potenza terrestre quale quella di Carlo Magno aveva fallito: resistere per diversi secoli contro i continui attacchi da parte dell'Islam, impedendo la conquista dell'Italia da parte degli arabi. Alcune pagine dopo, Schmitt ricorda come tra i protagonisti della lotta religiosa tra il mondo libero del mare e il mondo della terraferma emerga in Germania solo la figura di Rodolfo II, le cui gesta vengono immortalate dal drammaturgo tedesco Franz Grillparzer. Ma in che cosa consiste la grandezza di questo imperatore? A differenza di altri personaggi eroici dell'epoca, egli si è distinto non tanto per il suo comportamento attivo o propositivo quanto per il suo essere a modo suo *katechontico*. In altri termini, la peculiarità più rilevante di Rodolfo II è stata la sua capacità di rinviare, temporeggiare, dilazionare, posticipando così di diversi decenni l'inizio della disastrosa guerra dei Trent'anni<sup>84</sup>.

Come si può agevolmente notare già da queste brevi notazioni, tale concetto non assume mai una connotazione chiara ed univoca nella riflessione schmittiana, bensì risulta attraversato da una ambiguità di fondo o addirittura subisce una vera e propria «inversione assiologica»<sup>85</sup>, passando da «elemento il cui ruolo negativo va oltrepassato e combattuto», a «provvidenziale freno di uno sviluppo potenzialmente rovinoso»<sup>86</sup>.

A riprova del carattere composito del *katéchon* ma soprattutto per comprendere la visione schmittiana del cristianesimo in termini storici occorre rileggere la recensione del saggio di Karl Löwith<sup>87</sup>, *Meaning in History*, in cui Löwith – come recita lo stesso sottotitolo – cerca di mettere in luce le implicazioni teologiche della filosofia della storia<sup>88</sup>. Schmitt rileva la profondità e la consapevolezza storico-filosofica di Löwith rispetto ad altri studiosi suoi contemporanei, tuttavia, non sembra condividere la sua concezione del cristianesimo da intendersi per Schmitt come «evento storico di infinita, inappropriabile, inoccupabile unicità [*Einmaligkeit*]» e non «morale, dottri-

<sup>82</sup> Schmitt, *La lotta per i grandi spazi* cit., p. 268.

<sup>83</sup> Schmitt, *Terra e Mare* cit., p. 21.

<sup>84</sup> Ivi, p. 82.

<sup>85</sup> Maraviglia, *La penultima guerra* cit., p. 211.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> C. Schmitt, *Tre possibilità di un'immagine cristiana della storia*, in Id., *Un giurista davanti a se stesso*, cit., pp. 249-254.

<sup>88</sup> K. Löwith, *Significato e fine della storia. I presupposti teologici della filosofia della storia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963.

na, o predica penitenziale»<sup>89</sup>. Schmitt ritiene – come Löwith – che proprio la dimensione storico-temporale del cristianesimo lo distingue dal paganesimo, la cui astoricità è dovuta alla sua concezione ciclica del tempo (“dottrina dell’eterno ritorno”). Come il tempo ciclico è apparentemente inconciliabile con il tempo storico, così sembra inconciliabile anche la visione escatologica con la coscienza storica. La continua attesa di una fine imminente e ineluttabile priva in tal modo la storia di senso generando così una sorta di «paralisi escatologica». Venir fuori da tale situazione di stallo, tuttavia, per Schmitt – contrariamente a Löwith – è possibile in quanto tra visione escatologica e coscienza storica non vi sarebbe una inconciliabilità assoluta ma soltanto relativa, esistendo un *ponte* tra esse: il *katéchon*, «idea di una forza che trattiene e sconfigge i malvagi». Il giurista tedesco riprende qui nuovamente, ma in termini diversi rispetto al celebre passaggio del *Nomos* della Terra<sup>90</sup>, da cui emergerebbe con chiarezza l’escatologia conservatrice<sup>91</sup>, che sta alla base del pensiero schmittiano, il controverso passaggio paolino della seconda lettera ai Tessalonicesi ma dandone però un’interpretazione in termini non più reazionari. Nello specifico Schmitt riferendosi al libro del sociologo Hans Freyer *Weltgeschichte Europas*<sup>92</sup>, mette in guardia il lettore proprio del significato tutt’altro che scontato del concetto di *katéchon*: «ci si deve guardare dal fare di questa parola una designazione generica per tendenze puramente conservative o reazionarie»<sup>93</sup>. Lungi dal poter essere tipizzato come “Trattenente” o “Ritardante”<sup>94</sup> il *katéchon* è una figura complessa e variegata ma la cui forza storica originaria tuttavia, secondo Schmitt, risulta immutata rimanendo comunque l’unico mezzo capace di oltrepassare un’inevitabile «paralisi escatologica»<sup>95</sup>. A corroborare l’immagine del *katéchon* come «contro-forza storica che agisce in direzione opposta alle neutralizzazioni della storia in

<sup>89</sup> Schmitt, *Tre possibilità di un’immagine cristiana della storia*, cit., p. 253.

<sup>90</sup> C. Schmitt, *Il Nomos della Terra*, Milano, Adelphi, 1991, pp. 42-47.

<sup>91</sup> Ciò è quanto sostengono, tra gli altri, P. Piccone, G.L. Ulmen, *Il “testamento” di Carl Schmitt e il futuro dell’Europa*, «Trasgressioni», 19, 1994, p. 60. Nello stesso senso si esprime anche Caterina Resta, la quale afferma: «forse in questo consiste il suo lato più “conservatore”, laddove, ancora da cristiano, avrebbe potuto intravedere, in modo apocalittico, le straordinarie risorse dell’ultimo giorno, la rivelazione che ogni catastrofe racchiude in sé, pur che si accetti di tutto offrire al tramonto, in primo luogo se stessi, di farsi assolutamente vuoti senza più nulla trattenere, affinché l’Altro possa infine annunciarsi» (C. Resta, *Stato mondiale o nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, Antonio Pellicani, 1999, pp. 17-18).

<sup>92</sup> H. Freyer, *Weltgeschichte Europas*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1954.

<sup>93</sup> Schmitt, *Tre possibilità di un’immagine cristiana della storia*, cit., p. 253.

<sup>94</sup> Nello stesso senso si esprime Schmitt in una lettera a J. Freund del 12 febbraio 1969: «le mot “katéchon” ne signifie pas retarder; c’est plutôt “tenir à bas”, ne pas laisser éclater» (P. Tommissen (ed. by), *Schmittiana. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, vol. IV, p. 83).

<sup>95</sup> C. Schmitt, *Tre possibilità di un’immagine cristiana della storia*, cit., p. 253.

universal-umanismo»<sup>96</sup> sovviene lo stesso Schmitt che, qualche pagina dopo, riprendendo la figura dell'Epimeteo cristiano dall'omonimo poema di Konrad Weiss, afferma a chiare lettere la funzione non solo frenante ma anche reattiva del *katéchon*<sup>97</sup>, laddove ricorda – proprio sulla scorta di Weiss – che «i condizionamenti storici sono sempre qualcosa che deve essere conquistato piuttosto che trattenuto»<sup>98</sup>.

Il bersaglio polemico della riflessione schmittiana è, ancora una volta, la sostanza ateistica che costituisce, per molti versi, il tratto distintivo della *Weltanschauung* marxista-leninista, alla quale il giurista renano contrappone – come abbiamo visto – la concezione cristiana della storia. Quest'ultima non avrebbe senso, però, senza il *katéchon*<sup>99</sup> che, per dirla con le parole di Massimo Cacciari, altro non è che «il tempo dell'indugio, del sospeso procedere che deve leggersi nello stesso Futuro (in quanto μέλλον). Tra apocalisse e attesa dell'apocalisse dei figli di Dio, tra apocalisse e parousia, è il tempo in cui l'Ἄνομος viene custodito-combattuto dalla potenza del Κατέχον»<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Ivi, p. 254.

<sup>97</sup> Cfr. R. Cavallo, *Il Katéchon nella teologia politica di Carl Schmitt: forza che frena o forza che trasforma?*, «Democrazia e Diritto», 3-4, 2008, pp. 203-214.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Cfr. Schmitt, *Glossario cit.*, p. 91.

<sup>100</sup> M. Cacciari, *Commento teologico-politico a 2 Tessalonicesi 2*, in L. Ornaghi, A. Vitale (a cura di), *Multiformità ed unità della politica*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 107.



Lessico e politica del diritto penale



Grazia Mannozi

Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale

E così è necessario sia il tempo di Mercurio, sia il tempo di Vulcano. La concentrazione e la materia di Vulcano sono le condizioni necessarie per scrivere le avventure e le metamorfosi di Mercurio. La mobilità e la sveltezza di Mercurio sono le condizioni necessarie perché le fatiche interminabili di Vulcano diventino portatrici di significato [...]<sup>1</sup>.

(M.F. Ghirga)

### 1. Parole e simboli

Esplorare il concetto di “tempo” implica avventurarsi in uno spazio linguistico composto da una molteplicità eterogenea di parole e di termini – che del tempo hanno cercato di cogliere l'essenza, il valore, la misura, lo scorrere, gli effetti, fino a metterne in dubbio la stessa esistenza – e altresì di simboli, i quali hanno mostrato i legami del tempo con la caducità dell'esperienza, con la memoria e con l'oblio, con la vita e con la morte.

Le parole hanno parlato all'intelletto e la «rete delle immagini» ha riempito le parole di significati desunti dalla tradizione e perciò forse meno nitidi o dotti ma di certo più facilmente intellegibili<sup>2</sup>. Il mito ha personificato variamente il tempo, in forma di divinità o di figura femminile. Sovrapposizioni tra culture e simbologie hanno plasmato creature ibride e allegorie sicché è difficile districarsi non solo nella nomenclatura ma anche negli stilemi e negli iconemi relativi al tempo: *Kronos* (il Titano) e *Chronos*, dio del Tempo, *Aion* e *Kairos*, *Saturno*, *Er*, *Mnemosyne*, il fiume Amelete, il frammento di Eraclito e il Cratilo di Platone, le Confessioni di S. Agostino e la tradizione filosofica,

<sup>1</sup> M.F. Ghirga, *La giustizia piovuta dal cielo. Riflessioni suggerite dalle Lezioni americane di Italo Calvino*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 98 s.

<sup>2</sup> Sul rapporto tra parole e immagini v. L. Bolzoni, *La rete delle immagini. Predicazione in volgare dalle origini a Bernardino da Siena*, Torino, Einaudi, 2002, *passim*.

ma anche, in letteratura, Funes *el memorioso*, narrato da Borges, e, nell'arte, Dalí con i suoi «Orologi molli». La scienza, dal canto suo, ha cercato di descrivere il tempo, di studiarne il comportamento e le variazioni, in particolare nei rapporti con lo spazio: si pensi a Newton e a Einstein, la relatività, lo spazio che si curva, ed anche il tempo, e il presente che sembra sparire<sup>3</sup>.

In sintesi, mitologia e fisica, letteratura e poesia, pittura e scultura, scritti filosofici, religiosi, esoterici e narrazioni storiche si stratificano fino a disegnare l'arazzo del tempo: il "tempo" è il grande protagonista della ricerca dell'origine dell'universo, del significato della vita e della narrazione della morte.

A fronte di una tale complessità di visioni, descrizioni e racconti, il diritto è chiamato costantemente a rapportarsi al tempo: non ne indaga l'essenza, lo assume come dato. L'ordinamento giuridico si staglia come una entità (apparentemente) monolitica, statica e completa; il diritto, che ne è pilastro, ambisce alla certezza e viene perciò stabilito, custodito, interpretato e tramandato nel tempo. Ma il tempo non è soltanto il "custode" della tradizione giuridica: è anche un fattore perturbante, un limite e, ovviamente, un parametro di misura. Il diritto opera "nel tempo" e "con le categorie del tempo": quella cronico-quantitativa, che fissa gli eventi nella storia e definisce la vigenza delle leggi; quella fisico-qualitativa, del vissuto individuale delle parti ma anche dell'agire liturgico degli attori del processo; infine, quella mensurativa, attraverso la quale si calcola ogni cosa, primariamente la durata dei processi, quella delle pene, e l'arco temporale per esercitare la pretesa punitiva.

E mentre vive "nel" tempo e lavora "con" il tempo (e talvolta "contro" il tempo), il diritto "dal" tempo è costantemente condizionato. Nessun altro ambito, forse, subisce dallo scorrere del tempo tante "ingiurie": dal tempo il diritto viene inciso, eroso, modificato, persino stravolto o annientato. Come nel mito di *Kronos/Saturno*, le leggi "divorano" altre leggi, abrogandole espressamente o tacitamente, smembrandole o accorpandole, oppure modificandole affinché rispondano a nuove immanenze. Principi e valori di epoche precedenti vengono dimenticati, quasi i giureconsulti attingessero acqua dal fiume Amelete: nuove dottrine e pronunce giurisprudenziali consegnano all'oblio le precedenti. Codici e volumi, colmi di parole, tacciono nelle biblioteche; le parole del diritto vengono coperte da altre parole, talvolta di nuovo conio, talaltra recuperate dal passato e risemantizzate<sup>4</sup>, ma sempre forti dalla loro vigenza. Intanto, il permanere di brocardi e latinismi nel linguaggio giuridico svela l'originaria staticità della lingua del diritto<sup>5</sup> e il mal celato conservatorismo dei giuristi, a fronte di un fenomeno,

<sup>3</sup> C. Rovelli, *Sette brevi lezioni di fisica*, Milano, Adelphi, 2014, p. 19 e p. 52; più di recente, dello stesso A., *L'ordine del tempo*, Milano, Adelphi, 2017.

<sup>4</sup> Sull'evoluzione delle parole v. le considerazioni di I. Dionigi, *Benedetta parola. La rivincita del tempo*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 121 s.

<sup>5</sup> Costituiscono un esempio paradigmatico, già nel diritto romano, le *certa verba* tipiche delle *leges*

quello della produzione normativa, per un verso attaccata, per altro verso galvanizzata dal tempo. L'iperproduzione normativa dimostra un procedere per accumulo, più che per scarto e razionalizzazione. Il labirinto normativo che ne deriva chiede tempo per l'esegesi<sup>6</sup>, l'analisi dell'intersezione tra fonti<sup>7</sup>, la soluzione dei conflitti tra norme, la complessità delle decisioni.

Con queste premesse minime, che fungono da ambientamento del discorso, è possibile tentare la ricostruzione di una paradigmatica del *tempo nel diritto penale* e del *diritto penale nel tempo*: si cercherà di dare una visione d'insieme degli istituti che sono condizionati dal fattore tempo, che seguono le regole del tempo, e talvolta le forzano, senza poter procedere, tuttavia, nell'economia del presente scritto, all'approfondimento di quanto, di volta in volta, verrà richiamato.

## 2. Il diritto penale nel tempo e il tempo nel diritto penale: ipotesi di lavoro

Il tempo è intimamente legato al diritto perché, a monte, è connesso all'ordine violato e ristabilito. Lo ricorda Umberto Curi, evocando lo scenario del mercato di una *polis* ionica «nel quale si “rende giustizia”. Assiso nel suo seggio, il tempo [*chronos*] stabilisce [*tattei*] quale compensazione [*tisin*] debba essere conferita a chi abbia subito un'ingiustizia [*adikia*]»<sup>8</sup>.

Le riflessioni che seguono hanno ad oggetto il rapporto tra il diritto penale e il tempo e ruotano attorno a due questioni, l'una relativa al tempo cronologico, l'altra al tempo come spazio delle decisioni e delle opportunità, e precisamente:

- a) come il diritto penale governa la dimensione cronologico-sequenziale del tempo (inteso come successione ordinata di fatti/eventi);
- b) come il diritto penale gestisce la dimensione qualitativa del tempo (qui inteso come opportunità/aspettativa).

Idealmente, per restare nell'ambito metaforico desumibile dal mito, tali questioni trovano collocazione nell'ambito di due “regni” diversi: quello di *Kronos* (il tempo sequenziale) e quello di *Kairos* (il tempo opportuno).

Seguendo tale dicotomia, indubbiamente più ideale che reale, ma forse utile a fini esplicativi, è possibile tentare una ricognizione delle modalità attraverso le quali il diritto penale si rapporta al tempo, sia rispetto alla propria vigenza,

*actiones* su cui M. Bettini, *Roma, città della parola*, Torino, Einaudi, 2022, p. 94.

<sup>6</sup> In argomento, V. Giordano, *Il paradigma ermeneutico e il sistema penale*, Pisa, Pacini, 2022.

<sup>7</sup> V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012.

<sup>8</sup> U. Curi, *La morte del tempo*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 41.



sia rispetto all'efficacia delle norme nei confronti dei destinatari di precetti e sanzioni.

### 3. *Il regno di Kronos/Saturno: la validità della legge penale lungo la linea del tempo*

Perché parlare, rispetto al diritto penale, del suo dispiegarsi sotto il regno di Kronos?

Divinità preolimpica, nella mitologia greca Kronos<sup>9</sup> è descritto come uno dei Titani, figlio di Urano (il Cielo) e di Gea (la Terra); è associato alla Fertilità, all'Agricoltura e al Tempo. Reo di aver evirato il padre, Kronos inizia la sua sovranità sulla Terra ma viene a sua volta spodestato da Zeus, sebbene Kronos abbia tentato di scongiurare la profezia dell'oracolo in tal senso divorando, uno alla volta, i propri figli<sup>10</sup>. Il Kronos divoratore di figli – di cui Goya offre un'immagine allucinata e tesa

(v. figura accanto) – è dunque accostato al tempo, detto appunto “cronologico”, il cui scorrere “divora” gli eventi, rendendo polvere ciò che è nato dalla polvere.

Trova riscontro nella mitologia romana, Kronos, dove viene identificato con Saturno, divinità sazia di anni<sup>11</sup>, dalla doppia natura: «imponente e benefico dio della terra, [...] distruttivo, ma insieme pacificatore, sovrano degli inferi»<sup>12</sup>. Presente in numerose fonti mitologiche e letterarie antiche sulla genealogia degli dèi, quella di Saturno è una tra le figure più interessanti rispetto alle ricostruzioni della galassia dei simboli correlati al tempo. Essa stessa è frutto, peraltro, di stratificazioni iconografiche. Osserva Umberto Curi come

<sup>9</sup> Il Titano *Kronos* non è da confondere con *Chronos*, divinità dell'orfismo identificata con il Tempo e spesso rappresentata come fanciullo leoncefalo, avvolto da un serpente. Cfr. C. Sini, *Le arti dinamiche: filosofia e pedagogia. Libro sesto di Figure dell'enciclopedia filosofica*, Milano, Jaca Book, 2005, pp. 80 s.

<sup>10</sup> R. Graves, *I miti greci*, Milano, Longanesi, 2018, pp. 30 ss.

<sup>11</sup> La sovrapposizione tra le figure di Kronos/Chronos è già in Cicerone, che ne afferma anche l'identificazione con Saturno: «Krònos, altro non è che una leggera variante di chrònos, tempo. Quanto poi al nome Saturno deriva dal fatto che questo dio è saturo di anni. La finzione che divorasse i suoi figli sta a simboleggiare che il tempo distrugge i giorni che passano e fa degli anni trascorsi il suo nutrimento senza mai saziarsi. Analogamente si immaginò che il figlio Giove lo incatenasse per evitare che si abbandonasse a movimenti disordinati e per conservarlo avvinto ai moti degli astri» (Cicerone, *Rhetorica, De natura deorum*, libro II, v. 64).

<sup>12</sup> Così, R. Klibansky, E. Panofsky, F. Saxl, *Saturno e la melanconia. Studi su storia della filosofia naturale, medicina, religione e arte*, Torino, Einaudi, 2002, p. 186.

solo «attraverso un lungo ininterrotto processo di carattere figurativo, prima ancora che concettuale, Saturno è stato identificato col tempo»<sup>13</sup>. Interessanti sono infatti gli iconemi accostati a Saturno: la falce (che rimanda alla mietitura e alla terra), ma soprattutto il serpente che si morde la coda, figura atta ad evocare la circolarità del tempo e presente in molte raffigurazioni pittoriche, a partire da quelle dell'uroboro<sup>14</sup>. Simbolo palingenetico della ciclicità del tempo, l'uroboro compare anche nelle raffigurazioni del Cristo cronocratore, Signore del tempo cosmico, spesso raffigurato assiso sopra gli astri o lo zodiaco.

Il mito di Kronos servirà, in questo contesto, a richiamare la linearità del tempo; quello dell'uroboro, la circolarità. Entrambe le dimensioni sono infatti presenti e rilevanti nell'ambito del diritto penale.

### 3.1 *Il tempo bidirezionale: irretroattività della legge penale e retroattività della lex mitior*

Nel diritto penale si pone anzitutto un problema di validità della legge. La questione è affrontata in via generale nell'articolo 11 delle preleggi, il quale recita testualmente che la «legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Non essendo principio avente rango costituzionale, la legge ordinaria può derogarlo: ed in effetti è quanto accade in ambito penale<sup>15</sup>.

Conferma l'assunto delle preleggi l'art. 1 del Codice Rocco, enunciando un principio – quello della irretroattività della legge penale – successivamente costituzionalizzato nell'art. 25, comma primo, della Carta fondamentale. Ma già all'art. 2 del codice penale il principio viene ridimensionato. La portata precettiva delle norme penali si staglia qui con tutta evidenza poiché non vi è descrizione della realtà ma tentativo di indirizzarla e di orientare i comportamenti umani<sup>16</sup>.

Nel consegnare all'autorità giudiziaria un “libretto di istruzioni” per l'ermeneutica della vigenza della legge penale, l'art. 2 c.p. adotta una gestione del tempo plurima e dall'andamento sinusoidale. Come un funambolo, il legisla-

<sup>13</sup> Curi, *La morte del tempo* cit., p. 39. Sulla tradizione più letteraria che iconografica dell'Aion-Crono mitraico in epoca prerinascimentale cfr. Klibansky, Panofsky, Saxl, *Saturno e la melanconia* cit., p. 184.

<sup>14</sup> Il serpente che si morde la coda e il cerchio, suo equivalente, sono presenti nella descrizione del tempo di C. Ripa, *Iconologia*, Torino, Einaudi, 2002, p. 568, ove si legge al 378.2. «Vecchio vestito di vari colori, nella destra mano terrà un serpente rivolto in circolo [...]. La serpe, nel modo sopradetto, significa l'anno, secondo l'opinione de gli antichi, il quale si misura e si distingue col tempo, et è immediatamente congiunto con se stesso»; e al 378.3: «Uomo vecchio, alato, il quale tiene un cerchio in mano, e sta in mezzo d'una ruina» (p. 568).

<sup>15</sup> D. Falcinelli, *Il tempo nel reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 91 ss.

<sup>16</sup> G. D'Elia, A. Rentería Díaz, *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Roma, Carocci, 2008, pp. 1 s.

tore ha individuato linee normative differenziate, ciascuna delle quali riesce a contemperare esigenze diverse rispetto alla disciplina dell'efficacia della legge nel tempo.

Il primo comma dell'art. 2 c.p. conferma le preleggi e, con il conforto nell'art. 25, comma 2, della Costituzione, stabilisce l'irretroattività della norma incriminatrice. Il rango costituzionale di tale principio si salda alle ineludibili esigenze di conoscibilità dei precetti poste a fondamento della legittimazione e dell'effettività del finalismo rieducativo della pena, anch'esso di rango costituzionale.

Il secondo comma dell'art. 2 c.p. affronta la questione dell'*abolitio criminis*<sup>17</sup> e la soluzione normativa offerta pone (saggiamente) nel nulla la disposizione del primo comma: la legge penale che abroga una fattispecie incriminatrice vale, infatti, retroattivamente e, in caso sia intervenuta condanna, ne comporta la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali. Il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione<sup>18</sup> si rivela dirimente, pur operando in sinergia con altri principi (di colpevolezza, della tendenziale finalità rieducativa delle pene, di dignità sociale) atti ad orientare le scelte del legislatore in materia di efficacia delle norme penali lungo la linea del tempo.

Il terzo comma dell'art. 2 c.p., malamente collocato (più opportuno sarebbe stato porlo dopo l'attuale quarto comma), introduce un'ulteriore deroga all'irretroattività: inaccettabile proseguire l'esecuzione di una pena detentiva quando la legge posteriore prevede, a corredo del precetto penale violato, la sanzione pecuniaria. La legge penale ha efficacia retroattiva persino quando sia intervenuta pronuncia irrevocabile.

Nel quarto comma dell'art. 2 c.p. si affronta la questione più spinosa, quella della successione della legge penale modificatrice<sup>19</sup>. Corre all'indietro nel tempo anche la legge penale modificatrice del precetto o della sanzione che abbia effetti favorevoli al reo<sup>20</sup>: ferma la sua corsa solo il giudicato, salva l'ipotesi di cui al comma precedente.

In breve: la legge penale lavora sulla dimensione del tempo lineare ma si muove, su quella linea, avanti e indietro nello sforzo di bilanciare esigenze diverse. La necessità che la legge penale sia applicata con spirito di giustizia ha imposto un lavoro di cesello in materia di successione delle leggi penali nel

<sup>17</sup> M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, Jovene, 2008. Con particolare riferimento alla successione delle norme integratrici della fattispecie, v. G.L. Gatta, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>18</sup> Cfr. G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 307-312.

<sup>19</sup> In argomento Gatta, *Abolito criminis e successione* cit., pp. 121-141.

<sup>20</sup> S. Sartarelli, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna, Bononia Univ. Press, 2012.

tempo *ex art.* 2 c.p., norma che rispetta pienamente il vincolo di rubrica<sup>21</sup>. L'irretroattività è la regola dell'efficacia delle nuove incriminazioni; la retroattività lo è invece *dell'abolitio criminis* e della successione modificativa delle norme penali purché risulti favorevole al reo, salvo il limite del giudicato; se la legge successiva favorevole, tuttavia, è riferita alla sola variazione della specie della sanzione, anche il giudicato si incrina e cede.

Nell'ambito del diritto penale, in definitiva, vigono regole sull'efficacia della legge nel tempo autonome rispetto a quelle di altri rami del diritto, connesse all'esigenza di bilanciamento del principio garantista della conoscibilità *ex ante* della legge con altri e diversi principi, molti dei quali di rango costituzionale<sup>22</sup>. Alla base di tutto vi sono le caratteristiche qualitative del diritto penale, che si pone quale strumento valutativo, reattivo, coercitivo, sanzionatorio e produttivo di effetti stigmatizzanti. Ne esce un modello di validità della legge penale che supera la linearità del tempo cronologico e accede ad una dimensione non già di circolarità bensì di ultrattività di tipo retroattivo.

### 3.2 *Il tempo sospeso: giudizio e prognosi nelle misure sospensive e di probation*

Il tempo del giudizio ha una diversa disciplina rispetto a quello dell'efficacia della legge penale. Del tempo per emettere una decisione e anche della prescrizione del reato e della pena si dirà più avanti (per non dire "a tempo debito"). Interessa, per ora, esplorare la logica sottesa al giudizio sospeso.

In *limine* va osservato come il tempo sia fedele alla sua etimologia: dalla radice protoindoeuropea "dā"<sup>23</sup> scaturisce l'idea ancestrale di cesura, di divisione in parti da tenere insieme o calcolare. Il tempo non sfugge all'ossessione per la misura: che siano giorni, mesi, anni, evi, eoni, il tempo è oggetto di parcellizzazione.

Lo dimostra l'architettura delle misure sospensivo-probatorie presenti nel sistema penale, le quali trovano il loro nucleo originario nell'istituto della sospensione condizionale della pena. Il giudice condanna ma concede un intervallo di tempo (cinque anni, se la condanna è per delitto, due anni se trattasi di contravvenzione) al termine del quale la decisione presa potrebbe anche essere rovesciata. La macchina esecutiva delle sanzioni si arresta e attende. Il tempo scorre e registra gli eventi. Se il condannato non commet-

<sup>21</sup> C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, «Rivista italiana di Diritto Processuale Penale», 4, 2017, pp. 1396-1390.

<sup>22</sup> Cfr. C. Perini, *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Garbagnate Milanese, Anthelios, 2018, pp. 112 s.

<sup>23</sup> C. Watkins (ed.), *The American Heritage Dictionary of Indo-European Roots*, Boston-New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2011, p. 14.

terà altro reato in tale intervallo temporale, l'accertamento del fatto non avrà conseguenze sanzionatorie eseguibili. Si stipula un patto: se ne esige il rispetto.

Il tempo, quindi, è misura di una prova comportamentale circa la capacità del condannato di rispettare la legge. L'art. 163 c.p. stabilisce i limiti entro i quali può essere concessa la sospensione condizionale della pena più adatti al destinatario della condanna: se adulto, due anni di pena inflitta, se minore degli anni diciotto, tre anni; se giovane adulto (età compresa tra i 18 e 21 anni) oppure ultrasettantenne, si può sospendere una pena fino a due anni e sei mesi (in tutti i casi sola o congiunta con la pena pecuniaria). Cambia la misura dell'intervallo di tempo "sospeso" in relazione alla pena inflitta: se quest'ultima non è superiore a un anno – trattasi all'evidenza di reato bagatellare – e se ricorrono altri presupposti (risarcimento del danno, riparazione dell'offesa o partecipazione a un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito favorevole), la pena può essere sospesa per un solo anno.

Nella norma sulla sospensione condizionale, gli intervalli temporali compongono un mosaico di opzioni sulle quali regna sovrana l'idea della prognosi. Il giudice, ai sensi dell'art. 133 c.p. – norma cardine sulla discrezionalità giudiziale – deve presumere che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati. Anche la prognosi si distende sulla linea del tempo. Il tempo dell'esecuzione della pena, che resta sospeso – e che per il giudice è un tempo "vuoto", da riempire con la gestione di altri casi penali e la calendarizzazione delle udienze – è, invece, per il condannato, un tempo denso, fatto di impegno attivo (si pensi agli obblighi del condannato delineati dall'art. 165 c.p.) e di astensione da nuove violazioni della legge penale.

Un congegno sospensivo caratterizza, per definizione, la sospensione del processo con messa alla prova, istituito presente dal 1988 nel sistema penale minorile ed esteso, con alcuni significativi adattamenti, agli adulti ad opera della l. 62/2014<sup>24</sup> e ulteriormente modificate dal d. lgs 150/2022.

Qui l'imputato chiede *tempo e fiducia*: vuole dimostrare che può ritornare ad essere capace di rispetto delle regole. Il corredo di prescrizioni della messa alla prova è ampio: programma di trattamento, con eventuale coinvolgimento del nucleo familiare, prescrizioni comportamentali anche volte a elidere le conseguenze del reato (condotte riparatorie, risarcimento o restituzioni), svolgimento di lavori di pubblica utilità o di attività di volontariato di rilievo sociale e, laddove possibile, mediazione con la persona offesa. È un tempo corposo, che include attività, obblighi, promesse e in cui si dà progressivamente sostanza all'impegno assunto; un tempo assai diverso da quello svuotato di

<sup>24</sup> Sulla sospensione del processo con messa alla prova si rinvia a V. Bove, *La messa alla prova*, Ospedaletto, Pacini Giuridica, 2018.

possibilità, solo parzialmente aperto alla prospettiva terapeutico-trattamentale e, per molti aspetti, passivizzante della pena detentiva.

Nella concessione della messa alla prova il giudice non è “cronocratore” bensì “profeta”: non deve calcolare il tempo della pena, ma elaborare, con il supporto dei servizi per la giustizia, un progetto che si svolge nel tempo e che, qualora abbia esito positivo, rende inutile il giudizio e azzera la pretesa punitiva.

Decorso utilmente il periodo di prova il reato, mai accertato *ab origine*, si estingue: effetto che ha del paradossale essendo relativo a un'ipotesi accusatoria mai verificata. Contrariamente, riparte la dinamica processuale, che vive di prove, strategie difensive e tende a una pronuncia accertativa. L'esito negativo della prova comporta infatti la restituzione degli atti al pubblico ministero (se la richiesta della messa alla prova è stata presentata nella fase delle indagini) oppure fa ripartire l'udienza preliminare. Il corso del procedimento ha sullo sfondo, di nuovo, lo spettro della prescrizione.

In sintesi, il tempo della messa alla prova ha un comportamento stravagante: scorre per il destinatario, si blocca rispetto al giudizio e si ferma anche per il calcolo della prescrizione, ma è suscettibile di ripartire rimettendo tutto come era al momento della richiesta. Il tempo immobile del castello de “La Bella e la Bestia” e il tempo rilanciato della “Giratempo” di Harry Potter convivono nelle dinamiche del sistema penale.

### 3.3 *Il trionfo del tempo: la prescrizione*

La disciplina degli effetti del decorso del tempo sulla possibilità di accertare un fatto di reato è di quelle che non mette d'accordo nessuno<sup>25</sup>. I disaccordi su questioni giuridiche sono assimilabili a quelli su questioni teologiche. Voltaire, nelle pagine del «Dizionario filosofico» dedicate ai concili, scrisse che quello di Efeso fu tenuto «a suon di bastonate»<sup>26</sup> e, in generale, che i risultati di un concilio rovesciavano le acquisizioni precedenti, emanate da infallibili vescovi, i quali – si pensi a Nestorio – finivano con l'essere condannati come eretici.

La tormentata storia della prescrizione (ma il discorso vale anche per le incessanti modifiche dell'abuso d'ufficio)<sup>27</sup> conferma l'assunto: le riforme si

<sup>25</sup> Per i termini del dibattito si rinvia alle considerazioni di D. Pulitano, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, «Sistema penale», 26 febbraio, 2020, <<https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/pulitano-prescrizione-argomenti-strumentali-e-ragioni-di-justizia>>, febbraio 2023.

<sup>26</sup> Voltaire, *Dizionario filosofico*, Torino, Einaudi, 1995, p. 149.

<sup>27</sup> Le ricostruisce con accuratezza E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli, ESI, 2022, nell'intero Capitolo I, pp. 1-122.

succedono, nella ricerca di una soluzione quantomeno non insoddisfacente; la dottrina è divisa. Ripercorriamo brevemente le vicende della prescrizione.

Il codice Rocco fissa una disciplina generale della prescrizione per fasce di gravità dei reati. Interviene la riforma operata con l. 251/2005 (c.d. *ex Cirielli*), la quale aggancia la prescrizione ai massimi di pena con opportuni sbarramenti per non vanificare *ab origine* la pretesa punitiva: la prescrizione diventa più lunga per le contravvenzioni ma più breve per i delitti rispetto a quella disciplinata nel Codice del 1930<sup>28</sup>. Per il reato continuato il tempo necessario alla prescrizione si diversifica in relazione ai singoli illeciti uniti dal vincolo della continuazione, ponendo nel nulla la pretesa punitiva rispetto a molti comportamenti criminosi. Il legislatore procede a ritocchi di severità dei massimi edittali di varie fattispecie incriminatrici per scongiurare il rischio che il decorso del tempo prevalga sulle esigenze di verità e di giustizia. I delitti contro la pubblica Amministrazione raggiungono in tal modo cornici di pena draconiane, che la prassi ridimensiona tramite i criteri di commisurazione della pena o il ricorso ai riti differenziati.

La riforma Bonafede ferma il decorso della prescrizione dopo il primo grado di giudizio<sup>29</sup> e interviene nuovamente sul reato continuato: ripristina il testo dell'art. 158, comma 1, c.p., tornando a far decorrere il termine della prescrizione in modo unitario dal giorno in cui è cessata la continuazione: la pretesa accertativa tiene insieme fatti commessi in tempi diversi purché legati dall'unicità del fine.

Si sottraggono alla prescrizione solo i reati gravissimi puniti con l'ergastolo; per alcuni reati, tra i quali quelli connessi ai delitti contro la personalità dello Stato, la riduzione in schiavitù, i maltrattamenti, la violenza sessuale e gli atti sessuali con minorenni, il tempo necessario alla prescrizione è raddoppiato. Per altri (tra i quali i reati tributari) è elevato di un terzo. Regole minute disciplinano la prescrizione per il delitto tentato, per i reati permanenti e per quelli sottoposti a condizioni obiettive di punibilità.

Principio sacrosanto, quello della prescrizione<sup>30</sup>. L'istituto «poggia sulla condivisa premessa che la giustizia penale può ragionevolmente non più interessarsi di fatti di un passato lontano; *tempori cedere*, a date condizioni, può essere la scelta più coerente con principi costituzionali quali il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona (art. 2), e il principio d'uguaglianza (art. 3,

<sup>28</sup> In argomento v. le osservazioni di G. Marinucci, *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, «Diritto Penale Processuale», 2006, pp. 170 ss.

<sup>29</sup> V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, «Rivista italiana di Diritto Processuale Penale», 2019, pp. 557 ss.

<sup>30</sup> Sul fondamento, ampiamente, S. Silvani, *Il giudizio del Tempo*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 13-66.

primo e secondo comma), i principi sulle funzioni della pena (in particolare l'idea rieducativa, ex art. 27 comma 3)»<sup>31</sup>.

Di fronte a tali questioni, si pone un problema di incidenza statistica del fenomeno della prescrizione, soprattutto se restituisce la fotografia di una macchina giudiziaria che lavora in modo vano e antieconomico<sup>32</sup>, il che accade in specie quando la prescrizione interviene nel giudizio di legittimità. Le vittime, ampiamente insoddisfatte, reclamano “giustizia”.

Le esigenze dell'accertamento processuale, tuttavia, sono da bilanciare con la perdita di interesse della collettività al perseguimento di reati ormai lontani nel tempo (di diverso avviso restano, però, le vittime) ma anche con altri ineludibili principi<sup>33</sup>, tra i quali quello della ragionevole durata del processo<sup>34</sup>. Si fronteggiano, da un lato, l'esigenza che il decorso del tempo non impedisca, per legge, di chiarire fatti illeciti e, dall'altro lato, l'esigenza che i processi non abbiano durata illimitata.

Tale “conflitto” tra istanze contrapposte è difficile da appianare poiché non è tra una ragione e un torto bensì tra due ragioni<sup>35</sup>. Giunge la riforma del 2022 a separare i “contendenti”. La prescrizione non può essere dichiarata dopo la condanna di primo grado: quindi, apparentemente, non vi sarebbe alcun rischio che l'oblio trionfi sull'accertamento dei fatti se si giunge a una prima pronuncia, sia essa di condanna o di assoluzione. Ma arriva una prescrizione mascherata da “condizione di improcedibilità” – un rimedio per l'irragionevole durata del processo – che erode i tempi processuali e li stabilisce per decreto, sulla base della legge Pinto: che l'appello non duri più di due anni complessivamente e che il giudizio di legittimità non duri più di un anno, per tutti i reati, tranne quelli puniti con l'ergastolo, così stabilisce il nuovo art. 344-*bis* c.p.p. Il fine pena “mai” si salda all'ipotesi di un processo di durata altrettanto indefinita<sup>36</sup>.

La “ragionevolezza” del tempo del processo è, dunque, uno snodo cruciale. La questione è competenza di Kronos o di Kairos? Di entrambi, si potrebbe

<sup>31</sup> Pulitanò, *Il dibattito* cit., p. 2. V. le sentenze della Corte cost. che affrontano la questione della prescrizione alla luce dell'art. 27, comma 3 Cost., relativo al finalismo rieducativo della pena: Corte cost. n. 115 del 2018, n. 143 del 2014, n. 324 del 2008 e n. 393 del 2006.

<sup>32</sup> Cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 212, ai quali si rimanda per una disamina accurata dei dati relativi all'andamento della prescrizione nel nostro sistema penale.

<sup>33</sup> F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 47.

<sup>34</sup> G.L. Gatta, *Prescrizione del reato, ragionevole durata del processo e tutela dei beni giuridici*, «Diritti umani e diritto internazionale», 2, 2020, pp. 449-460.

<sup>35</sup> Lo dimostra anche la complessa vicenda relativa al caso Taricco, che ha coinvolto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione. V., tra i molti, Perini, *La legittimazione* cit., p. 79.

<sup>36</sup> In argomento, P. Ferrua, *Fantasmagoria dell'improcedibilità: la disgregazione del sistema nella riforma “Cartabia”*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 225-241, che ne illustra i possibili profili di incostituzionalità.

dire, almeno all'esito della riforma del 2022. Kronos avvia il metronomo della prescrizione, che si arresta dopo il primo grado di giudizio<sup>37</sup>, liberando un tempo lineare potenzialmente illimitato. Ma Kairos, signore dell'occasione da cogliere prima che sfugga, segnala che vi è un "tempo opportuno per il processo". Tornando alla prospettiva strettamente giuridica, l'esigenza della ragionevole durata del processo, che impedisce di chiedere altro tempo, ha la meglio. Kairos riesce a strappare di mano a Kronos il governo della vicenda processuale.

#### 3.4 La "morte" del tempo della pretesa punitiva

«Ciascuno al suo posto e ogni cosa a suo tempo»<sup>38</sup>. Tempo è ciò di cui ha bisogno il processo per accertare i fatti e giungere alla verità processuale. La procedura disciplina in modo preciso e dettagliato la successione delle fasi e degli interventi che portano all'epilogo decisivo: assolvere o condannare. In quest'ultimo caso, si apre il tempo dell'espiazione della pena, quando non condizionalmente sospesa, quello eventuale delle misure di sicurezza, e quello che porta alla riabilitazione del colpevole. Perché tutto ciò possa accadere, però, c'è bisogno della concomitanza di altri tempi: *in primis*, quello della vita delle persone (l'imputato, il testimone, ecc.) e poi quello delle scelte individuali (ad esempio rispetto al proporre querela), quello delle valutazioni politico-sociali circa l'opportunità di mantenere ferma l'esigenza di reprimere i reati.

Altri istituti, oltre alla prescrizione, siglano la "morte del tempo" della pretesa punitiva.

Tra le cause estintive del reato vi è, in primo luogo, la *morte del reo*, il tempo di vita individuale che si arresta e che blocca ogni dinamica accertativa. L'epoca del processo ai morti – come nel caso del "Sinodo del cadavere", il processo *post mortem* a Papa Formoso – è consegnata alla storia del diritto.

In secondo luogo, il tempo della *querela*, su cui si tornerà più avanti, è un intervallo temporale che consente alla vittima di segnalare all'ordinamento giuridico la meritevolezza di pena di un fatto (si parla, in questo caso, di querela-opportunità) o che rimette alla vittima la valutazione circa la propria capacità o il proprio desiderio di avventurarsi nei sentieri del processo (è la c.d. querela-garanzia). Se la querela non viene presentata, l'illecito esiste nel solo mondo dei "fatti", ma non per il diritto. Eliminata in radice ogni pos-

<sup>37</sup> Ferrua (Ivi, p. 228.) sottolinea il rischio che i termini della prescrizione sostanziale siano interamente rimessi nelle mani del giudice di primo grado.

<sup>38</sup> A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Cortina, 2007, p. 43.

sibilità di accertamento, il fatto non entra neppure nelle statistiche criminali, ingrossando la “cifra nera” o quella “grigia” della criminalità.

In terzo luogo, il tempo della ricerca della verità viene fermato anche da provvedimenti generali e astratti come l'*amnistia*. Lo Stato rinuncia a perseguire un'intera classe di illeciti. Provvedimento generale di clemenza<sup>39</sup> ispirato da opportunità politiche e di pacificazione sociale, l'amnistia crea una categoria di persone “perdonate” ma spesso genera insoddisfazione o rabbia nelle vittime, le quali, sebbene mantengano la pretesa risarcitoria, vedono annientata la ricerca della verità.

Talvolta l'amnistia, insieme all'indulto – che condona in tutto o in parte la pena – svolge una funzione di regolazione del flusso dei detenuti, consentendo periodici alleggerimenti della popolazione carceraria.

In alcuni casi, l'amnistia ha un intento non di mera clemenza ma è funzionale a logiche di giustizia di transizione<sup>40</sup>, soprattutto quando riguarda reati massivi, commessi *da o con la connivenza del* potere politico. Operazione che, se sganciata da un lavoro sulla narrazione pubblica dei fatti, sulla memoria e la riparazione – come invece avvenuto nell'esperienza della Commissione Verità e Riconciliazione” sudafricana<sup>41</sup> –, rischia di veicolare non un messaggio di pacificazione sociale, bensì la volontà di “chiudere i conti”<sup>42</sup> con il passato rapidamente e senza ingolfare la macchina processuale.

L'amnistia senza narrazione e conseguente costruzione di quadri sociali della memoria può condurre al dimenticare “difensivo”<sup>43</sup> e nulla offre alla riconciliazione sociale. Quest'ultima

è anzitutto memoria del fatto storico e più precisamente memoria della verità del fatto storico. Se infatti l'amnistia comporta l'oblio e la vendetta si basa sulla memoria unilaterale del fatto, la riconciliazione si orienta verso la verità dei fatti, da intendersi come il presupposto fondamentale per ricostruire il minimo di fiducia che consente la convivenza<sup>44</sup>.

### 3.5 *Il tempo misto del processo: linearità e circolarità*

Un ritmo non ordinario scandisce i tempi del processo. Così come lo spazio giudiziario fonda un luogo che, in opposizione al disordine sociale, incarna l'ordine assoluto, il tempo del processo interrompe il lineare scorrimento di

<sup>39</sup> In argomento, V. Maiello, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, ESI, 2007.

<sup>40</sup> G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 15 ss.

<sup>41</sup> Fornasari, *Giustizia di transizione*, cit., pp. 61-75.

<sup>42</sup> A. Garapon, *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, Shoah*, Milano, Cortina, 2008.

<sup>43</sup> Assman, *Sette modi di dimenticare*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 81 ss.

<sup>44</sup> R. Bartoli, *Vendetta, amnistia, riconciliazione e punizione tra memoria e oblio*, in *Dir. pen. cont. Rivista trimestrale*, 4, 2018, p. 222.

quello quotidiano, vi si insinua a mo' di azione temporanea destinata a compensare, attraverso l'ordine e la regolarità, le lacune del tempo profano<sup>45</sup>.

Abbiamo detto che il tempo è connesso all'ordine, ma può esserlo anche in un modo in cui la successione degli avvenimenti risponde talvolta alla sequenzialità di *Kronos*, talaltra alla «reversibilità indifferente al tempo che è propria di ogni gioco»<sup>46</sup>.

Nel primo caso, siamo nel tempo lineare del processo, il quale muove dalla fase delle indagini per chiudersi definitivamente con la pronuncia di primo grado oppure proseguire, eventualmente, attraverso i successivi gradi del giudizio. Al suo interno, tuttavia, convivono dinamiche temporali diverse legate alla scelta del rito: il pragmatismo a breve scadenza dei riti differenziati accorcia i tempi della decisione giudiziale, che si espandono invece nel tempo lento del processo ordinario. L'abuso del processo introduce una variabile imprevedibile e inquietante: le regole giuridiche, con un'evidente torsione concettuale, si piegano verso le tecniche dilatorie, fino a giungere alle ipotesi di difesa *dal* processo<sup>47</sup>.

Ma proprio la logica processuale teleologicamente orientata alla ricerca della verità consente una sorta di reversibilità del tempo. Lo dimostrano le regole procedurali che portano alla revisione di un caso – fenomeno che travolge il giudicato – o che consentono una ripartenza del processo a seguito di annullamento con rinvio derivante del giudizio di legittimità<sup>48</sup>. Tali ipotesi rimettono indietro le lancette dell'orologio e il processo riparte da zero: resta sullo sfondo lo spettro della prescrizione che trasforma il processo in una corsa contro il tempo.

### 3.6 *Il tempo variabile dell'oralità processuale, della lettura e della scrittura*

Il tempo del diritto e dei suoi meccanismi applicativi è il tempo della parola detta, ascoltata, scritta.

Tiene conto di tempi diversi ogni attività di chi opera, attraverso la parola scritta o orale, nell'ambito del processo: c'è un tempo per essere interrogati, un tempo per essere ascoltati, un tempo per depositare memorie; c'è il tempo dell'accordo, quello della requisitoria e quello dell'arringa; il tempo non predeterminato per la camera di consiglio, il tempo breve della lettura del dispositivo della sentenza, il tempo ampio per la stesura della motivazione<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Garapon, *Del giudicare*, p. 35.

<sup>46</sup> Curi, *La morte del tempo* cit., p. 42.

<sup>47</sup> In campo penale si veda, per tutti, M.E. Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>48</sup> Ipotesi disciplinata dall'art. 623 c.p.p., sulla quale v., tra i molti, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1183.

<sup>49</sup> Su cui, *infra*, § 4.3.

La dottrina sviluppa tesi, le argomenta, in un ideale dialogo in cui si alternano conferme e confutazioni delle dottrine precedenti<sup>50</sup>. La giurisprudenza corrobora, si discosta, apre a interpretazioni evolutive, e lo fa attraverso una scrittura a volte rapida e sintetica, a volte minuziosa e dettagliata al punto da assomigliare alla modalità dottrinarie di trattare gli argomenti giuridici.

Il tempo è dunque condizionato dal *logos*, senza il quale non è neppure possibile pensare il diritto, e dalle modalità attraverso le quali la parola è indirizzata e gestita attraverso la carta o i supporti immateriali consentiti dalla digitalizzazione degli atti processuali. Gli strumenti informatici dilatano la capacità di accumulo ma forse non di gestione ordinata delle informazioni che vengono riversate in forma scritta. Gli atti processuali confluiscono in migliaia di pagine, incompatibili con il tempo di lettura piana, completa e sequenziale del magistrato. La sentenza, a sua volta, può dilatarsi, in estensione, oltremisura.

Un tale flusso di parole scritte richiede che si custodiscano atti e documenti del processo, i quali, però, non sono adatti a trasmettere pienamente la memoria dei fatti accertati. Il processo è infatti un veicolo incompleto della memoria e della storia: «la storia giuridificata esprime una storiografia la cui finalità non può prescindere dalle specificità dell'esito, consistente nella inflizione di una sanzione criminale a persone fisiche»<sup>51</sup>.

Anche il processo può tuttavia contribuire al percorso che porta ad inglobare nella memoria nazionale il ricordo dei crimini compiuti nel passato<sup>52</sup>. Il discorso sulla memoria, che chiede tempo e si allunga nel tempo, è, in ogni caso, molto più complesso e coinvolge dinamiche sia interiori e private, sia esteriori e pubbliche, e può persino portare a «guerre della memoria»<sup>53</sup>. Mentre il lavoro che consente il perpetuarsi del ricordare e che porta alla costruzione di «quadri sociali della memoria»<sup>54</sup> chiede impegno costante e tempo, i documenti relativi ai processi si trasformano inesorabilmente in faldoni da misurare in metri lineari di spazio necessario per essere custoditi (e resi accessibili) nei depositi dei palazzi di giustizia. È, quello del processo, più che un lavoro sulla memoria, un *dimenticare conservativo*, tipico dell'archivio, che preserva «oggetti e informazioni che non hanno più un impiego attivo»<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Ghirga, *La giustizia* cit., p. 98.

<sup>51</sup> G. Insolera, *Quale memoria per quale diritto penale?*, «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», 4, 2018, p. 120.

<sup>52</sup> Assman, *Sette modi di dimenticare* cit., p. 70.

<sup>53</sup> Insolera, *Quale memoria* cit., p. 123.

<sup>54</sup> Il concetto è stato elaborato per la prima volta da M. Halbwachs, *I quadri sociali della memoria* (1925), Napoli, Ipermedium, 1997.

<sup>55</sup> Assman, *Sette modi di dimenticare* cit., p. 54.



#### 4. *Il regno di Kairos: tempo opportuno, attesa, memoria*

Se il percorso processuale si svolge prevalentemente sotto il regno di Kronos, le vicende individuali degli “attori” del processo – dell’autore di reato, della vittima, e ora, anche partecipanti potenziali ai percorsi di giustizia riparativa – e lo stesso operato del giudice incrociano il regno di Kairos.

Divinità rappresentata come un uomo dotato di piedi alati, che simboleggiano lo scorrere veloce e incessante del tempo, Kairos ha la nuca calva, a ricordare che nessuno riesce a trattenerlo per i capelli. Tiene in mano una bilancia, simbolo della misura ma anche, in virtù di ciò, della giustizia. Lo ritrae esattamente in questo modo un affresco di Salviati, intitolato, appunto, “Il tempo opportuno” (v. figura accanto)<sup>56</sup>. Un bassorilievo, invece, accosta al Kairos la rappresentazione iconografica della Metanoia, incarnata in una figura femminile che esprime rimorso e conversione<sup>57</sup>.

Kairos rappresenta non il tempo cronologico-sequenziale, inesorabile divoratore di eventi, ma un tempo qualitativo, del vissuto, delle oppor-

tunità. È il tempo individuale della riflessione, dell’apprezzamento e della valutazione, e perciò anche del dialogo e del negoziato, delle occasioni da cogliere al momento giusto.

L’Occasione, originariamente rappresentata da Kairos, assume in epoche successive le sembianze di una vergine, con il volto coperto da un ciuffo di capelli e la nuca completamente calva, anche in questo caso con un evidente richiamo alla limitata capacità dell’uomo di afferrare le opportunità che si

<sup>56</sup> L’affresco, completato tra il 1543 e il 1545, si trova a Firenze, in Palazzo Vecchio.

<sup>57</sup> E. Cozzi, *Kairós: un rilievo dell’XI secolo a Torcello*, «Spazio Filosofico», 2016, pp. 197-200.

presentano e che possono rapidamente svanire. Mantegna, a Palazzo Ducale, raffigura «*Occasio et poenitentia*» in veste di fanciulle; in particolare, rappresenta Occasione mentre agile scivola su una sfera, allegoria della velocità con cui si muove ma anche della sua instabilità (contrapposta alla stabilità delle Virtù).

#### 4.1 *Il tempo spezzato: l'esperienza di vittimizzazione*

L'esperienza di vittimizzazione crea una frattura nella percezione individuale del fluire del tempo: improvvisamente c'è un "prima" e un "dopo". Lo sanno bene le vittime di reato, quelle *dirette* e anche quelle *indirette*. Se il reato è grave o gravissimo, dopo averlo subito per coloro che lo hanno subito niente è più come prima. Si spezza una condizione di vita, e con essa vanno in frantumi opportunità, promesse, progetti e si entra in una dimensione inedita. A volte i reati hanno conseguenze molto gravi sulla persona – lesioni irreversibili, disabilità, rischio di vittimizzazione ripetuta, pericolo per la propria incolumità, timori di intimidazioni o ritorsioni ma anche esposizione pubblica o mediatica – oppure determinano perdite patrimoniali ingenti, tali da sovvertire le condizioni di vita.

Vi è poi la sfera emozionale, altrettanto importante, alterata dall'esperienza di vittimizzazione e da ciò che ne consegue: paura, vergogna, umiliazione, povertà, esposizione al ridicolo, cambiamento delle abitudini di vita. Insieme al timore, le vittime sperimentano la solitudine poiché emozioni e sentimenti – questi ultimi da intendersi come emozioni stabilizzate – sono epiloghi estranei alla penalità classica. Tutto ciò che accade alle vittime dopo la commissione del reato – momento che con un vecchio brocardo viene indicato come *tempus commissi delicti*<sup>58</sup> – non è affare del processo.

Occorre invece riconoscere l'importanza e le conseguenze del tempo spezzato: lo fa, laddove utilizzata, la giustizia riparativa, la quale consente alle parti la possibilità di accedere a spazi protetti di ascolto, dove lo *storytelling* restituisce voce alle vittime e consente loro di porre domande o di condividere fatti e memorie che non hanno spazio nell'agone processuale.

L'esperienza del tempo "spezzato" riguarda anche l'autore del reato. Soprattutto se il reato costituisce un episodio isolato e grave è netta la percezione di un "prima" e un "dopo". Di colpo, il responsabile del fatto incontra l'ingranaggio processuale, che può iniziare con il fermo e proseguire con la custodia cautelare. Serve immediatamente un avvocato, con il quale decidere una strategia difensiva: se non si opta per la messa alla prova o per il c.d. "patteggiamento", non resta che attendere il processo.

<sup>58</sup> In argomento si rinvia a Falcinelli, *Il tempo nel reato* cit., pp. 12 ss.

Persino il testimone entra in una dinamica temporale nuova; è destinatario di aspettative e di obblighi, può sentirsi esposto a pericolo, essere minacciato o intimidito. Il tempo del reato schiude una fase fatta di oneri, responsabilità, doveri, obblighi e persino di scelte di vita.

Il tempo *cronologico* ha subito uno strappo violento che solo un uso sapiente del tempo *opportuno* può in parte ricucire.

#### 4.2 Il tempo cronologico e opportuno della querela

I fattori di legittimazione dell'istituto della perseguibilità a querela sono stati per lo più ricondotti al carattere spiccatamente privato dell'offesa e all'interesse di evitare lo *strepitus fori*. La querela si presenta, idealmente, in tre varianti funzionali:

- a) la querela-*garanzia*: è pensata per tutelare la vittima, poiché «si collega alla pubblicità del dibattimento (per evitarla o per ottenerla)»<sup>59</sup>. Si riconosce alla vittima, in altre parole, la possibilità di decidere se evitare il processo o fare in modo che si celebri<sup>60</sup>;
- b) la querela-*opportunità*, che funziona da «indicatore della concreta intollerabilità di singoli episodi conformi alla fattispecie incriminatrice»<sup>61</sup>;
- c) la querela in funzione puramente *deflativa* del sistema penale, che emerge come alternativa alla c.d. depenalizzazione in astratto, essendo la valutazione della meritevolezza di pena sottratta in parte al legislatore per essere affidata alla parte offesa.

La deflazione è la *ratio* della significativa estensione del regime di procedibilità a querela a rilevanti figure di reato contro la persona e contro il patrimonio operata con la riforma Cartabia del 2022<sup>62</sup>.

In tutti i casi, l'esperibilità della querela è condizionata dal fattore tempo, che si sostanzia di una dimensione *cronologica*, quanto ai termini di decadenza dal relativo diritto, e in una dimensione *qualitativa*, quanto alla scelta individuale rimessa alla vittima.

La querela può essere presentata normalmente entro tre mesi dalla commissione dell'illecito, salvo il termine di sei mesi per i delitti contro la libertà sessuale. Per questi ultimi, una volta presentata, diventa irrevocabile.

<sup>59</sup> F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, Giuffrè, 1993 p. 38.

<sup>60</sup> Per questi rilievi v. Giunta, *Interessi privati* cit., pp. 19 s.

<sup>61</sup> Ivi, p. 39.

<sup>62</sup> In argomento, G.L. Gatta, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, «Sistema penale», 3 gennaio 2023, <[https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1683801648\\_sp-2023-1-gatta1.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1683801648_sp-2023-1-gatta1.pdf)>, febbraio 2023.

Le valutazioni della vittima maturano in un tempo che è sì cronologico ma anche e soprattutto opportuno. Sia che si tratti di querela, sia che si tratti di denuncia, per scegliere la via processuale occorre bilanciare argomenti diversi: da un lato, il desiderio di accertamento dell'offesa e il ristabilimento della verità, dall'altro lato, il rischio di intimidazioni o di ritorsioni – ad esempio rispetto a reati che hanno una matrice legata al crimine organizzato – ma anche il rischio di vittimizzazione secondaria. La riforma Cartabia introdotta con d.lgs. 150/2022 introduce un ulteriore elemento di valutazione di opportunità: la partecipazione a un percorso di giustizia riparativa.

La legge prevede che, nel caso di reati perseguibili a querela soggetta a remissione, il giudice, a richiesta dell'imputato, possa disporre con ordinanza la sospensione del procedimento o del processo per lo svolgimento del programma di giustizia riparativa per un periodo non superiore a centottanta giorni. Un meccanismo sospensivo cronologico lascia spazio alle valutazioni del tempo opportuno circa la possibilità di accedere a un programma di giustizia riparativa, che richiede, a sua volta, un tempo opportuno per la preparazione e il successivo svolgimento. Sempre per i reati procedibili a querela soggetta a remissione il d.lgs. 15/2022 prevede che la partecipazione del querelante a un programma di giustizia riparativa, concluso con un esito riparativo e con il rispetto degli eventuali impegni comportamentali assunti da parte dell'imputato, comporti la remissione *tacita* di querela.

Ben si comprende, alla luce di tale novità normativa in relazione all'art. 90 bis c.p.p., come la scelta di partecipare a un programma di giustizia riparativa – che deve essere comunque volontaria, libera e consensuale – implichi per la vittima la consapevolezza del fatto che il successo del programma di *restorative justice* e il rispetto degli impegni assunti dall'autore del reato non le lasciano più margine di scelta. La querela si intende rimessa tacitamente. Il reato è estinto.

#### 4.3 *Il tempo programmato della decisione giudiziale e della stesura della sentenza*

Come il processo è governato, nelle sue fasi, dal tempo, così anche il deposito della motivazione della sentenza, che rende intellegibile l'esercizio del potere discrezionale del giudice, rivelando l'*iter* logico sotteso alla decisione, ha cadenze temporali predeterminate dalla legge.

Potenzialmente svincolata dal tempo è la presa di decisione: il tempo necessario per decidere è sotto l'egida di Kairos. Il principio generale è quello dell'immediatezza – sovente rispettato dal giudice monocratico – ma tutto dipende dalla complessità del caso, che può richiedere un tempo più ampio e opportuno per la presa di decisione. Possono essere indispensabili più giorni

di camera di consiglio per i processi di Corte d'Assise, specie se con molti imputati.

Diverso è il discorso per il deposito della motivazione della sentenza, disciplinato dall'art. 544 c.p.p.: è nei desideri del legislatore che la motivazione sia redatta immediatamente, evento realisticamente atteso nelle decisioni molto semplici, con pochi capi di imputazione e un solo imputato. La legge prevede il deposito della motivazione della sentenza nei quindici giorni successivi alla lettura del dispositivo, termine che il giudice può dichiarare di voler prolungare fino a un massimo di novanta giorni. Kronos sembra implacabile ma cede di fronte ai fatti: se il tempo non è sufficiente e la motivazione viene depositata oltre il termine ciò non inficia la validità della decisione, potendo al massimo determinare una responsabilità del giudice di tipo disciplinare.

Capita che tempi lunghi per il deposito della motivazione siano dovuti al carico di lavoro dell'ufficio ma si dà anche la possibilità che l'estensore opti per la sentenza "trattato": una sentenza

fuori misura, che solo *per accidens* sembra esprimere il deciso, cioè la consapevole scelta collegiale. La decisione risulta avvolta nel flusso di pensiero dell'estensore che, invece di cimentarsi nel renderla intellegibile e comprensibile, si impegna in un discorso personale volto a ridisegnare il sistema<sup>63</sup>.

#### 4.4 *Il tempo certo della pena commisurata e quello incerto della pena da eseguire*

Da quando la pena non si indirizza più al corpo del condannato – straziandolo o decretando una morte tanto rapida quanto violenta – ma attinge alla libertà personale dell'individuo, la giustizia penale si occupa di misurare il tempo della «docilità dei corpi». Superata l'epoca delle pene fisse, la sanzione detentiva è proposta dal legislatore secondo cornici edittali individuate in astratto per ciascuna fattispecie incriminatrice ed è commisurata dal giudice, all'interno di queste ultime, sulla base della gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito<sup>64</sup>, che include la valutazione delle circostanze eventualmente presenti (non a caso, definite *accidentalia delicti*)<sup>65</sup>. Misura difficile, quella del

<sup>63</sup> Ghirga, *La giustizia* cit., p. 85.

<sup>64</sup> Cfr. M. Venturoli, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>65</sup> Cfr. R. Bartoli, M. Pifferi (a cura di), *Attualità delle circostanze del reato. Un istituto tra legalità e discrezionalità*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 1-18. Sulla sistematica delle circostanze è imprescindibile il riferimento ad A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000.

tempo della pena: orientata storicamente dalla proporzione<sup>66</sup> essa è aperta a finalità di politica criminale che ne condizionano la durata o l'ammontare.

La commisurazione della pena è il settore dove è massima la discrezionalità del giudice: affinché non si trasformi in arbitrio, determinando possibili disparità di trattamento, richiede una guida teorico-pratica e il controllo motivazionale. Linee-guida narrative, complesse tabelle numeriche<sup>67</sup>, sistemi esperti legali supportano il giudice nella scelta della pena giusta: il *malum passionis* che dovrebbe controbilanciare il *malum actionis*. Ma offesa e privazione della libertà sono entità tra loro incommensurabili: la sofferenza viene ripagata con una frazione di “tempo di vita” di difficile individuazione. A un'analisi attenta, ogni parcellizzazione del tempo di privazione della libertà da rapportare alla gravità dell'illecito appare priva di fondamento razionale<sup>68</sup>. Anche il «fine pena mai», se guardato in concreto, è un segmento di tempo non determinabile a priori perché pari all'aspettativa di vita del condannato.

Ineludibile è, rispetto alla pena detentiva, la questione della percezione del tempo. Per l'esecuzione della pena detentiva sia consentito il ricorso a una metafora che, seppure azzardata, nondimeno pare efficace: proprio come nella teoria della relatività ristretta, all'interno dei penitenziari lo spazio si contrae e il tempo si dilata. Affollamento, promiscuità, scarsa igiene, orari rigidi, regole fisse, ripetitività dei giorni (resi vuoti dalla scarsa offerta di opportunità di risocializzazione o di lavoro) fanno della pena detentiva un lasso di tempo percepito diversamente da quello della vita attiva, proprio come avveniva sulla montagna di Davos<sup>69</sup>. La clessidra della pena detentiva deposita più lentamente la polvere nel bulbo inferiore, destinato a riceverla, rispetto a quella della vita attiva.

Il tempo della pena detentiva, definita dal giudice di cognizione in una misura determinata, è però condizionato, in fase esecutiva, da una serie di fattori che possono renderlo variabile e, tendenzialmente, lo abbreviano.

Affidata alle regole dell'ordinamento penitenziario, l'esecuzione della pena detentiva, oltre a disciplinare minuziosamente stili e ritmi della vita carceraria, lo scadenzario per la richiesta e la concessione delle misure alternative e dei benefici penitenziari, prevede meccanismi ordinari di riduzione della pena. Il tempo della pena che scorre in maniera sequenziale, ha come dei “singulti” che a cadenze fisse lo fanno arretrare: per ogni semestre di pena espiata nel

<sup>66</sup> F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

<sup>67</sup> Sia consentito rinviare a G. Mannozi, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, Cedam, 1996.

<sup>68</sup> U. Curi, *Il farmaco della democrazia. Alle radici della politica*, Milano, Marinotti Edizioni, 2003.

<sup>69</sup> Il riferimento è all'opera di T. Mann, *La montagna incantata*, Milano, Corbaccio, 1993.

rispetto delle regole c'è una riduzione di quarantacinque giorni di pena detentiva da scontare. Il tempo della pena, dunque, retrocede progressivamente e anticipa la possibilità di accedere a modalità esecutive semidetentive o non custodiali. La pena commisurata in una cifra fatta di anni, mesi e giorni definiti nel dispositivo della sentenza ha, in concreto, un termine che dipende anche dal comportamento del condannato, il quale diventa artefice della durata della propria condanna e perciò del tempo del ritorno in libertà.

#### 4.5 *Il tempo dilatato delle misure di sicurezza*

Imperniate sull'idea di pericolosità sociale delle persone e delle cose, le misure di sicurezza – che danno luogo al c.d. “doppio binario” – sono inflitte in via esclusiva per i non imputabili e per i semi-imputabili si aggiungono alla pena<sup>70</sup>. Al pari di quest'ultima, incidono sulla libertà personale qualora abbiano natura detentiva, riproponendo la questione della gestione del tempo.

La matrice criminologica segna irrimediabilmente la conformazione delle misure di sicurezza, che nascono, nel Codice Rocco, all'insegna dell'indeterminatezza temporale, per rendere più efficace il contrasto alla criminalità. Neppure la commissione di un reato è presupposto indispensabile per l'applicazione, poiché le misure di sicurezza sono previste anche per i quasi-reati (si pensi al c.d. reato impossibile o all'istigazione non accolta). La nomenclatura, d'altra parte, è di per se stessa evocativa del formante criminologico-punitivo. *Colonia agricola e casa di lavoro* sono le misure pensate per i delinquenti abituali, professionali e per tendenza: misure che si estendono indefinitamente nel tempo, destinate a persone le cui predisposizioni criminali sono anch'esse proiettate nel tempo e racchiuse in etichette linguistiche normativamente inquietanti, fondate su basi scientifiche inaffidabili e inconsistenti.

La dubbia legittimità costituzionale da sempre corrode dall'interno le misure di sicurezza, ma la Corte costituzionale le salva più volte attraverso un'*actio finium regundorum* e una progressiva riduzione tipologica: dapprima, la Corte abolisce il riformatorio giudiziario; successivamente ridimensiona l'area applicativa dell'ospedale psichiatrico per poi, nel 2011, decretare la chiusura di quest'ultimo. Restano tuttavia svincolate dai principi garantistici relativi alla pena, poiché la loro misura è legata all'accertamento della pericolosità sociale del destinatario e del suo permanere nel *tempo*, entità di cui il giudice, in questo caso, è sovrano assoluto.

Non è, dunque, solo la specie delle misure di sicurezza il problema di fondo; lo è anche e soprattutto la “gestione del tempo”, vero *vulnus* dell'istituto.

<sup>70</sup> In argomento, M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

Il Codice del '30 prevedeva le misure di sicurezza come indeterminate nel massimo: duravano fin quando sussisteva la pericolosità della persona. La riforma del 2014<sup>71</sup> ha introdotto un tetto massimo a tali misure, pari alla durata della pena detentiva comminata dal legislatore, per scongiurare il rischio del c.d. “ergastolo bianco”.

L'aver un limite di tempo massimo è un palliativo che tacita la (cattiva) coscienza del penalista.

#### 4.6 *Il tempo parallelo della giustizia riparativa*

Il possibile «ritorno all'umano» consentito dalla giustizia riparativa chiede anzitutto un tempo di parola e di ascolto adeguato a entrambe le parti in conflitto, che consenta un dialogo mediato con sapienza. L'incontro può essere importante per persone che, nel ruolo di parti processuali, sono come “slegate” nell'affrontare le conseguenze di un illecito: alcune, osserva Federico Reggio, appaiono dimenticate, altre «affidate a binari precostituiti che sembrano “vivere di vita autonoma”, a prescindere dalla comprensione personale e sociale della loro *ratio*, del loro fine, delle loro modalità di svolgimento»<sup>72</sup>. Occorre un tempo opportuno affinché una vittima senta che il desiderio di verità si elevi a richiesta: è un tempo interiore non predeterminabile a priori perché destinato a costruire la capacità<sup>73</sup> di reggere psicologicamente il dialogo con l'altro e avviare un percorso che porti a chiudere i conti con il passato senza oblio. Solo se i tempi della richiesta di verità, dell'incontro, del dialogo con l'altro sono rispettati e curati le vittime possono sperimentare, in un tempo non facilmente predeterminabile, la *closure*<sup>74</sup>, termine con il quale si indica la capacità di lasciar andare il passato e di aprirsi a nuove progettualità di vita. Lo illustrano bene i *Basic Principles* delle Nazioni Unite e la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2018 sulla giustizia riparativa in materia penale<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Si tratta del d.l. 31 marzo 2014, n. 52 recante *Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*. In argomento, M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, Napoli, ESI, 2022.

<sup>72</sup> Per queste considerazioni v. F. Reggio, *Vittima, offensore e comunità «pietre angolari» per un «ritorno all'umano» della giustizia riparativa*, in F. Zanuso, F. Reggio, *Per una nuova giustizia possibile. Un progetto per la Città*, Napoli, ESI, 2014, p. 58.

<sup>73</sup> G. Mannozi, R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano, FrancoAngeli, 2022, pp. 77 ss.

<sup>74</sup> B.A.M. Van Stokkom, *Victim Needs, Self-Respect and 'Closure'. Does Revenge Satisfy?*, in E. Erez, M. Kilchling, J.A. Wemmers (eds.), *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Criminal Justice: International Perspectives*, Durham N.C., Carolina Academic Press, 2011.

<sup>75</sup> *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, «ECOSOC Resolution», 2002/12, <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-use-of-restorative-justice-programmes-in-criminal-matters/>>, febbraio 2023.

La giustizia riparativa abita il mondo di Kairos e mal tollera le rigidità di Kronos. La riparazione materiale (tipicamente il risarcimento del danno) può essere ingiunta, determinata dal giudice, rateizzata; quella simbolica, rivolta alla dignità della persona offesa, non è mai generata da una pronuncia autoritativa. Si costruisce nel *tempo* e con il *dialogo*.

Il processo offre, a fine corsa, la verità, o almeno quella quota di verità dei fatti provata oltre il ragionevole dubbio. Ciò ha un grande valore per le vittime soprattutto quando cercano non vendetta ma pace: “pace dal tormento di un dolore senza verità”<sup>76</sup>. Ma la dignità ferita, la paura indotta, la fiducia infranta hanno bisogno di qualcosa di più e di diverso: la capacità di alzare lo sguardo sull’altro, in un tentativo di dialogo che sembra impossibile ma è indispensabile. Scrive Roberto Mancini:

Il dialogo è costitutivo della qualità dei percorsi della giustizia riparativa in quanto è un fondamentale elemento di umanizzazione dei vissuti e delle relazioni, nonché dei contrasti e degli squilibri che tendono a lacerarle. Nell’apertura dell’interazione dialogica può darsi un’esperienza di risonanza a cui inerisce “una promessa di riconciliazione”, o almeno la riduzione della divergenza tra le persone, e di maggiore autocoscienza per ciascuno. La credibilità del raggiungimento di una condizione migliore di vita per coloro che vi partecipano affiora nel criterio della comprensione reciproca. Come ha scritto Hartmut Rosa, “un mondo migliore è possibile e lo si può riconoscere dal fatto che la sua misura non sta più nel dominio e nel potere, bensì nell’ascoltare e nel rispondere”<sup>77</sup>.

## 5. Conclusioni

Dalla ricognizione degli istituti idealmente riconducibili al regno di Kronos e a quello di Kairos si percepisce la centralità del tempo nell’architettura penalistica. Si intuisce anche la costellazione di parole che ruota attorno al tempo: durata, lunghezza, ragionevolezza, termine, decadenza, calcolo, frazionamento, fine pena, riduzione, rateizzazione, rimessione in termini, solo per restare nella dimensione giuridico-funzionale. E poi ci sono le parole dell’interiorità: ricordare, dimenticare, decidere, ma anche attesa, memoria, oblio, verità.

Il tempo, si è detto in esordio, è connesso all’ordine ma è anche – come è stato ricordato citando Umberto Curi – connesso alla giustizia.

E qui si colgono alcune questioni relative alla non naturalità delle scansioni del tempo della giustizia rispetto al tempo della vita delle persone. Quest’ultimo, almeno nella cultura occidentale, è rappresentabile in modo lineare,

<sup>76</sup> F. Cascini, *Storia di un giudice*, Torino, Einaudi, 2010, p. 23.

<sup>77</sup> Mannozi, Mancini, *La giustizia accogliente* cit., p. 76 (*Sul senso della capacità*). I virgolettati all’interno della citazione da Roberto Mancini derivano da H. Rosa, *Resonanz. Eine Soziologie der Weltbeziehung*, Berlin, Suhrkamp, 2016, rispettivamente p. 322 e p. 762.

mentre quello delle stagioni e dei fenomeni naturali, viceversa, è un tempo ciclico. La distinzione è chiara.

Il tempo della giustizia appare invece un'entità ibrida. Come il mito ha creato storie in cui si produceva una forzatura del regolare flusso del tempo<sup>78</sup>, così la giustizia ha manipolato il tempo rendendolo simile a una linea spezzata, in cui segmenti di diversa lunghezza sono giustapposti irregolarmente e si alternano a linee curve. La pena ambisce addirittura all'eternità, come testimonia la concezione delle pene infernali.

Lo scarto tra il tempo di vita individuale e i tempi della giustizia e della pena è incommensurabile: l'attesa della verità, la durata del processo, la misura delle sanzioni introducono tempi innaturali nell'esistenza umana.

Resta potente la suggestione che il tempo sia giudice e giudizio. Nelle rappresentazioni del «Trionfo del tempo», ma anche in quelle del «Trionfo della morte», la falce, iconema normalmente associato al malinconico e meditativo Saturno<sup>79</sup>, ricorda la caducità dell'esperienza e il giudizio a cui nessuno può sottrarsi. È proprio il Tempo, alla fine, ad essere il solo, grande giudice, delle persone e della storia.

<sup>78</sup> M. Bettini, *Il sapere mitico. Un'antropologia del mondo antico*, Torino, Einaudi, 2021.

<sup>79</sup> Klibansky, Panofsky, Saxl, *Saturno e la melanconia* cit., p. 182.



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 riparativa<sup>1</sup>.

## 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.

<sup>1</sup> 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 pacificazione<sup>2</sup>.

Certo, non si può negare il rischio di una *escalation* e quindi di un protrarsi nel futuro della logica vendicatoria 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 Oreste<sup>3</sup>. 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-

<sup>2</sup> 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 vendicatoria*, Pisa, Edizioni Ets, 2015, pp. 57 ss.; I. Terradas Saborit, *La vendetta nell'ordinamento vendicatorio*, ivi, pp. 125 ss.

<sup>3</sup> 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 punitivi<sup>4</sup>. 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

<sup>4</sup> 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 civili<sup>5</sup>.

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

<sup>5</sup> 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 prescrizione<sup>6</sup>. 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

<sup>6</sup> 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»<sup>7</sup>.

Ma si può scorgere anche un significato politico della vicenda. Non solo e non tanto i problematici rapporti tra re Ferdinando VII e la democrazia<sup>8</sup>, 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 rigenerante<sup>9</sup>.

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.

<sup>9</sup> 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 divora 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.



## Abstracts

**Maurizio Bettini, *Quia res incorporalis est. Appunti sulle rappresentazioni del tempo* / *Quia res incorporalis est. Notes on the representations of time***

Questo breve studio offre una sintesi delle principali rappresentazioni spaziali del tempo come il rapporto anteriorità / posteriorità e passato / futuro. Inoltre mette in evidenza alcune delle principali categorie (tempo linguistico, tempo fisico, tempo cronico) in cui la percezione / misurazione del tempo si articola. Infine si concentra sulle feste di fine d'anno come esempio di conflitto tra tempo fisico e tempo cronico.

This brief study offers a synthesis of the main spatial representations of time such as the relationship anteriority/posteriority and past/future. It also highlights some of the main categories (linguistic time, physical time, chronic time) in which the perception/measurement of time is articulated. Finally, it focuses on the end-of-year celebrations as an example of the conflict between physical time and chronic time.

**Parole chiave / Keywords:** Tempo, spazio, metafora, relazioni, durata, fine d'anno / Time, space, metaphor, relationships, duration, end of the year.

**Luca Scuccimarra, *Semantiche della temporalità e conoscenza storica: il contributo della Begriffsgeschichte* / *Semantics of temporality and historical knowledge: the contribution of Begriffsgeschichte***

Il saggio si propone di contribuire alla riflessione interdisciplinare sul tempo che costituisce il filo conduttore di questo fascicolo, richiamando alcuni elementi di approfondimento riflessivo emersi nel dibattito storiografico contemporaneo, con particolare riferimento ai contributi della *Begriffsgeschichte*. Dopo aver richiamato alcuni aspetti metodologici generali di questo modello, ci si concentrerà in particolare sul contributo specifico che Koselleck attribuisce alla storia del diritto nell'ambito della sua semantica dei tempi storici.

This paper aims to contribute to the interdisciplinary reflection on time that constitutes the main thread of this issue, recalling some reflective insights that have emerged in contemporary historiographical debate, with particular reference to the contributions of the *Begriffsgeschichte*. After recalling some general methodological aspects of this model, we will focus in particular on the specific contribution Koselleck attributes to the history of law within the framework of his semantics of historical time.

**Parole chiave / Keywords:** Tempo, storia concettuale, storia del diritto, Koselleck / Time, Conceptual History, History of Law, Koselleck.

**Francesco Orilia, *Il tempo: aspetti ontologici ed etico-esistenziali* / Time: *Ontological and ethical-existential aspects***

L'attuale dibattito filosofico sul tempo propone una complessa contrapposizione di teorie ontologiche, tra le quali spiccano in particolare il presentismo e l'eternismo. Il primo è più vicino al senso comune, mentre il secondo, in una versione che rifiuta il valore oggettivo delle proprietà *passato, presente e futuro*, appare favorito dalla fisica, in particolare dalla teoria della relatività. Vengono qui proposte due argomentazioni a favore di una maggiore desiderabilità del presentismo da un punto di vista etico-esistenziale. La prima fa leva sul diverso statuto ontologico che il male del passato assume nel presentismo e nell'eternismo. La seconda si basa sull'impossibilità di associare una concezione libertaria del libero arbitrio all'eternismo. Nella conclusione si accenna a una possibile riconciliazione del presentismo con la teoria della relatività.

The current philosophical debate on time features a complex contraposition of ontological theories. The main contenders are presentism and eternalism. The former appears to be closer to common sense, whereas the latter, in a version that rejects the objectivity of the properties *past, present* and *future*, is more in line with physics, in particular the theory of relativity. This paper offers two arguments in favour of a higher desirability of presentism from an ethical-existential point of view. The first one relies on the different ontological status that past evil has in presentism and eternalism. The second one is based on the impossibility of associating a libertarian conception of free will to eternalism. In the conclusion, there is a hint to the possibility of reconciling presentism with the theory of relativity.

**Parole chiave / Keywords:** Tempo, ontologia, presentismo, eternismo, male, libero arbitrio / Time, ontology, presentism, eternalism, evil, free will.

**Domenico Pulitanò, *Il diritto penale e il tempo. Tempi della norma, del giudizio, della pena* / Time and Criminal law: *norm, judgment, punishment***

Dal punto di vista del diritto penale, il tempo è fondamentale per identificare il perimetro dello Stato di diritto da rispettare. Dopo la commissione di un crimine, la condotta riparatoria e i cambiamenti nella legge a favore dell'imputato possono rilevare sia nel processo che nell'esecuzione della decisione. Il semplice passare del tempo diventa anche una possibile ragione per non punire.

In the criminal law view, time primarily comes into importance in identifying the perimeter of the rule of law to be respected. After the commission of a crime, restorative conduct and changes in the law in favor of the defendant may come into relevance both in the trial and in the execution of the decision. The sheer passage of time also comes into relevance as a possible reason for non-punishment.

**Parole chiave / Keywords:** Tempo, giudizio, pena, riparazione, memoria / Time, judgement, punishment, reparation, memory.

Ettore Dezza, *La prescrizione penale in un caso giudiziario nella Francia della Renaissance / The criminal prescription in a court case in Renaissance France*

Nel 1518 il *Parlement* di Bordeaux decise un caso penale che aveva per oggetto un reato di incendio applicando il principio della prescrizione ventennale. La sentenza fu commentata in modo approfondito da Nicolas Bohier – che aveva presieduto la corte – nella sua raccolta di *Decisiones burdegalenses* del 1547. Essa comparve altresì nella collezione di *arrêts* realizzata nel 1556 da Jean Papon. Prendendo spunto da questa vicenda, il presente contributo illustra le linee generali dell'istituto della prescrizione penale nell'età del diritto comune, con particolare riguardo ai fondamenti testuali dello stesso e alle numerose controversie dottrinali di cui fu oggetto. Tra queste ultime, di particolare rilevanza sono quelle che riguardano la durata della prescrizione, il problema del termine *a quo*, l'applicabilità dell'istituto anche nei procedimenti di natura inquisitoria, la rilevanza della confessione, il rapporto con i reati occulti, la sussistenza di reati imprescrittibili o dotati di una propria specifica prescrizione, la diversa disciplina stabilita dalle legislazioni statutarie. Da ultimo, viene presa in esame la limpida sintesi che dell'istituto offrì Giulio Claro nel *Liber Quintus* del 1568.

In 1518 the *Parlement* of Bordeaux decided a criminal case involving a fire crime by applying the principle of the 20-year prescription. The ruling was commented on in depth by Nicolas Bohier – who had presided over the Court – in his collection of *Decisiones burdegalenses* (1547). It also appeared in the collection of *arrêts* compiled by Jean Papon (1556). Taking this as a starting point, the present contribution illustrates the general outlines of the criminal prescription in the age of *ius commune*, with particular regard to its textual foundations and the numerous doctrinal controversies to which it was subjected. Of particular relevance among the latter are those concerning the duration of the prescription, the problem of the term *a quo*, the applicability of the institute even in proceedings of an inquisitorial nature, the relevance of the confession, the relationship with occult crimes, the existence of crimes that are imprescriptible or endowed with their own specific prescription, and the different rules established by municipal legislations. Finally, reference is made to the limpid summary that Giulio Claro offered on the subject in the *Liber Quintus* of 1568.

**Parole chiave / Keywords:** Prescrizione penale, *Parlement* di Bordeaux, Bohier Nicolas, dottrina penale, *ius commune* / Criminal prescription, Parlement of Bordeaux, Bohier Nicolas, criminal doctrine, *ius commune*.

Giacomo Pace Gravina, *I cancelli del tempo. Genealogie delle partizioni dell'età minore in ambito penalistico / The gates of time. Genealogies of minor age partitions in criminal law*

Il saggio indaga la genesi delle partizioni delle età al riguardo dell'imputabilità penale, e le loro trasformazioni nell'età della Codificazione, tra Ottocento e Novecento, fino alle definizioni accolte nel Codice Rocco.

The essay investigates the genesis of age partitions in regard to criminal imputability, and their transformations in the age of Codification, between the

nineteenth and twentieth centuries, up to the definitions accepted in the Rocco Code.

**Parole chiave / Keywords:** Minore età, codificazione, imputabilità, Codice Rocco / Minor age, Codification, Imputability, Rocco Code.

**Emilia Musumeci, «Senza raddolcirsi al balsamo salutare del tempo». Il fattore cronologico nel dibattito ottocentesco sulla premeditazione / Without relieving themselves with the beneficial balm of time». The chronological factor in the nineteenth-century debate on premeditation**

Il presente saggio si propone di analizzare il dibattito sull'elemento cronologico (intervallo di tempo tra la determinazione a commettere un crimine ed esecuzione) tradizionalmente insito nella categoria di premeditazione nell'ambito della giurisprudenzialistica italiana tardo-ottocentesca. Tale battaglia teorica, senza esclusione di colpi, tra scuole e correnti dottrinali si colloca, per forza di cose, nel più ampio dibattito sulla rilevanza di passioni, emozioni e sentimenti in rapporto alla responsabilità penale, stante una diversa valenza data alle passioni che agiscono sul soggetto in maniera *subitanea* (*passioni cieche*) o *lentamente* (*passioni ragionatrici*). Strettamente correlato a tale tema è, pertanto, quello della compatibilità o meno della *premeditazione* con la circostanza attenuante della *provocazione*, in cui, ancora una volta, incide il fattore temporale. Se l'*impeto* alla base della provocazione è, infatti, reazione repentina, al contrario la premeditazione comporta il *tempo* per riflettere e pianificare.

This article retraces the debate among the different Italian legal scholars on the chronological element (time lapse between the conception of the criminal purpose and its execution) traditionally inherent in the category of premeditation during the second half of the Nineteenth century. This theoretical battle between penal schools and doctrinal currents unavoidably was related to the broader debate about the relevance of passions and emotions in the evaluation of criminal responsibility, given a different hierarchy between excusing passions depending on the time to act on an individual: *suddenly* (*blind passions*) or *slowly* (*reasoning passions*). Moreover, the category of extenuating circumstance of *provocation* was intertwined with that of premeditation due the time-factor: if the *impetus* behind provocation is a *sudden reaction*, on the contrary, premeditation requires *time* to reflect and plan.

**Parole chiave / Keywords:** Storia del diritto penale, premeditazione, provocazione, emozioni, pena, circostanze del reato / History of Criminal Law, Premeditation, Provocation, Emotions, Punishment, Mitigating/aggravating circumstances.

**Floriana Colao, «Costume del tempo» e «frontiere del pudore». Il reato cinematografico nell'Italia degli anni Sessanta / «Custom of the time» and «frontiers of modesty». Crime committed by film in the Italy of the Sixties**

Negli anni Sessanta il tempo 'che stava cambiando' l'Italia spinse il Parlamento ad adeguare agli articoli 21 e 33 della Costituzione le norme sulla revisione degli

spettacoli cinematografici, esercitata dalle Commissioni di nomina ministeriale in via amministrativa ai sensi del rd. 3287/1923; la contrastata legge 161/1962 mantenne il nulla osta solo per gli spettacoli cinematografici, con una ‘discriminazione’ lamentata, tra gli altri, da Barile. L’alta magistratura e le monografie ‘moralizzatrici’ dei magistrati Mazzanti e Venditti raccomandarono «severità» nella repressione del film osceno, forti del riferimento al peraltro ‘metagiuridico’ ed ‘evolutivo’ «comune senso del pudore». In nome del *favor libertatis* Bricola, Vassalli, Nuvolone, Pisapia, Carnelutti, Bianchi d’Espinosa, Branca, Galante Garrone, Pulitanò, Rodotà sostennero invece un’«interpretazione evolutiva» degli articoli 528 e 529 del codice Rocco; lamentarono che censura e repressione non colpissero la «volgare pornografia», piuttosto la critica «politico ideologica» del governo, pur negli anni di «vita democratica». Nel 1959 Rossellini ricordò a Tupini – ministro del neo istituito Dicastero del Turismo e spettacolo – il contributo del «cinema nazionale» all’«evoluzione culturale nei nuovi tempi»; l’«*Index filmorum prohibitorum*» – da Rocco e i suoi fratelli a *La dolce vita*, a *Accattone*, *Mamma Roma*, *La ricotta*, al discorso finale de *Il grande dittatore*, a *Tu ne tueras point*, al ‘caso celebre’ *Ultimo tango a Parigi* – è stato banco di prova della «storica mutabilità» dei «valori socioculturali» della legislazione e della giurisprudenza.

In the 1960s the ‘time that was changing’ Italy prompted the Parliament to adapt to articles 21 and 33 of the Constitution the rules on the revision of film and theater performances, exercised by the Commissions appointed by ministerial administrative bodies pursuant to royal decree n. 3287/1923; the disputed law 161/1962 maintained the *nulla osta* only for cinematographic shows, with a ‘discrimination’ complained of, among others, by Barile. The high judiciary and the ‘moralizing’ monographs of magistrates Mazzanti and Venditti recommended «severity» in the repression of obscene films, strengthened by the reference to the moreover ‘metajudicial’ and ‘evolutionary’ «common sense of decency». In the name of the *favor libertatis* Bricola, Vassalli, Nuvolone, Pisapia, Carnelutti, Bianchi d’Espinosa, Branca, Galante Garrone, Pulitanò, Rodotà supported an ‘evolutionary interpretation’ of articles 528 and 529 of the Rocco code; they complained that censorship and repression did not affect «vulgar pornography», rather the «political-ideological» criticism of the government, even in the years of «democratic life». In 1959 Rossellini reminded Tupini – minister of the newly established Dicastery of Tourism and Entertainment – of the contribution of «national cinema» to «cultural evolution in the new times»; the ‘*Index filmorum prohibitorum*’ – from *Rocco and his brothers* to *La dolce vita*, to *Accattone*, *Mamma Roma*, *La ricotta*, to the final speech of *The great dictator*, to *Tu ne tueras point*, to the ‘famous case’ *Last tango in Paris* – was a test case for the «historical mutability» of the «socio-cultural values» of legislation and jurisprudence.

**Parole chiave / Keywords:** Italia negli anni Sessanta, tempi che cambiano, film osceno, censura preventiva, giustizia penale / Italy in the Sixties, changing times, obscene films, preventive censorship, criminal justice.

Riccardo Cavallo, *La semantica del tempo nella riflessione di Carl Schmitt / Semantic of Time in Carl Schmitt's Thought*

Il presente contributo intende soffermarsi sul concetto di tempo nell'opera schmittiana, ingiustamente sottovalutato dagli esegeti a vantaggio di quello di spazio legato al superamento dell'ormai *vecchio* concetto di Stato rispetto al nuovo *Reich*. In questa sede, cercheremo di prospettare un'ipotesi alternativa che cerca di ridimensionare questa consolidata visione. A tale scopo, si cercherà di rileggere il discorso schmittiano sulla temporalità e il suo tentativo di ancorarlo, da un lato, alla costruzione teorica di un pensatore a lui caro quale Donoso Cortés, e dall'altro, alla figura del *katéchon* che costituisce uno dei concetti più significativi della *Weltanschauung* teologico-politica schmittiana.

The aim of this essay is to analyse the concept of time in Carl Schmitt's thought, frequently underestimated by the exegetes of the German legal philosopher. To this purpose, it will be attempted to propose an unconventional hypothesis in order to reconsider the consolidated approach of the centrality of the concept of space, i.e. the overcoming of the *old* concept of the State as compared to the *new Reich*. More specifically, we will try to bring to light the hidden Schmitt's thesis on temporality and his attempt to anchor it, on the one hand, to the work of a thinker particularly dear to him, such as Donoso Cortés and, on the other hand, to the figure of *katéchon*, or rather, one of the most meaningful concepts of Schmitt's theological-political *Weltanschauung*.

**Parole chiave / Keywords:** Spazio, tempo, filosofia della storia, escatologia, Donoso Cortés, Carl Schmitt / Space, Time, Philosophy of History, Eschatology, Donoso Cortés, Carl Schmitt.

Grazia Mannozi, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale / The gears in the penal law clock: briefs notes on time in criminal matters*

Il tempo incontra la dimensione del diritto in molteplici modalità. Il diritto vive nel tempo e dal tempo è condizionato. La vigenza delle leggi si proietta nel tempo, la misura delle sanzioni custodiali calcola il tempo della privazione di libertà, gli istituti premiali richiedono il frazionamento del tempo e il ricalcolo della pena, la prescrizione sigla il trionfo del tempo. Il saggio offre una paradigmatica degli istituti penalistici condizionati dal fattore "tempo" e delle deviazioni dal tempo lineare nella gestione della penalità determinate dalla legge penale.

Time meets the dimension of law in multiple ways. Law lives in time and is conditioned by time, the force of laws is projected in time, the measure of custodial penalties calculates the time of deprivation of liberty, rewarding institutions require the fractioning of time and the recalculation of punishment, the statute of limitations seals the triumph of time. This essay offers a paradigm of penal institutions conditioned by the time factor and the variations from linear time determined by criminal law.

**Parole chiave / Keywords:** Tempo, Kronos, Kairos, retroattività, irretroattività, prescrizione, giustizia riparativa, sospensione condizionale, vittima, querela, misura di sicurezza, esecuzione della pena / Time, Kronos, Kairos, retroactivity, non-retroactivity, prescription, restorative justice, probation, victim, suspension of punishment, security measure, enforcement of sentence.

**Roberto Bartoli, *Decorso del tempo e ragioni del punire / Time course and reasons for punishing***

Le ragioni del punire hanno un rapporto del tutto peculiare con il tempo a seconda dello scopo ultimo che perseguono. Nella logica vendicativa privata, scopo ultimo non è punire, ma pacificare, con la conseguenza che, riportato in vita il passato per consentire la corrispondenza del male con il male, le imperanti e assillanti ragioni del punire si stemperano in un divenire dialogico. Nella logica vendicativa pubblica, invece, lo Stato s'impadronisce del tempo in una prospettiva assolutistica, orientando la pena verso il passato, il presente e il futuro con il risultato finale di una strumentalizzazione totale del reo, che soltanto i principi di garanzia riescono a contenere. Nella logica riparativa, il tempo torna ad essere restituito nelle mani dei consociati, affinché, nel divenire del confronto interrelazionale, abbia inizio un nuovo futuro basato sulla fiducia reciproca.

The reasons for punishing have a completely peculiar relationship with time according to the ultimate goal they pursue. In the private vengeful logic, the ultimate goal is not to punish, but to pacify, with the consequence that, once the past has been brought back to life to allow the correspondence of evil with evil, the prevailing and nagging reasons for punishing are dissolved in a dialogic becoming. In the logic of public vengeance, on the other hand, the State takes possession of time in an absolutist perspective, orienting the penalty towards the past, the present and the future with the final result of a total exploitation of the offender, which only the principles of guarantee are able to contain. In the restorative logic, time returns to the hands of the associates, so that, in the evolution of interrelational confrontation, a new future based on mutual trust begins.

**Parole chiave / Keywords:** Tempo, ragioni del punire, vendetta, giustizia riparativa / Time, reasons for punishing, revenge, restorative justice.



## Autori

**Luigi Lacchè**, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: luigi.lacche@unimc.it

**Maurizio Bettini**, Prof. emerito dell'Università degli Studi di Siena, Direttore Centro Antropologia del Mondo Antico, email: maurizbettini@gmail.com

**Luca Scuccimarra**, Prof. ordinario di Storia delle dottrine politiche, Dipartimento di Scienze Politiche, Sapienza Università di Roma, Piazzale A. Moro, 5, 00185 Roma, Italia, email: luca.scuccimarra@uniroma1.it

**Francesco Orilia**, Prof. ordinario di Filosofia e teoria dei linguaggi, Dipartimento di Studi Umanistici, Via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia, email: francesco.orilia@unimc.it

**Domenico Pulitano**, Prof. emerito di diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, Università Bicocca, 20126 Milano, Italia, email: domenico.pulitano@unimib.it

**Ettore Dezza**, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Corso Strada Nuova 65, Università di Pavia, 27100 Pavia, Italia, email: ettore.dezza@unipv.it

**Giacomo Pace Gravina**, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza Pugliatti 1, Università di Messina, 98122 Messina, Italia, email: giacomo.pace@unime.it

**Emilia Musumeci**, Prof.ssa associata di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Campus "Aurelio Saliceti", Via R. Balzarini, Università di Teramo, 64100 Teramo, Italia, email: emusumeci@unite.it

**Floriana Colao**, Prof.ssa ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Mattioli 10, Università di Siena, 53100 Siena, Italia, email: floriana.colao@unisi.it

**Riccardo Cavallo**, Ricercatore a tempo determinato di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Crociferi 81, Università di Catania, 95124 Catania, Italia, email: [riccardo.cavallo@unict.it](mailto:riccardo.cavallo@unict.it)

**Grazia Mannozi**, Prof.ssa ordinaria di Diritto processuale penale, Dipartimento di diritto, economia e culture, Via Sant'Abbondio 12, Università degli Studi dell'Insubria, 22100 Como, Italia, email: [grazia.mannozi@uninsubria.it](mailto:grazia.mannozi@uninsubria.it)

**Roberto Bartoli**, Prof. ordinario di Diritto penale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Via delle Pandette 32, Università di Firenze, 50127 Firenze, Italia, email: [roberto.bartoli@unifi.it](mailto:roberto.bartoli@unifi.it)





# Quaderno di storia del penale e della giustizia

Tutti i numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono disponibili in *open access* nel sito della rivista e in quello dell'editore / Every issue is available in open access on the website of the journal and the publisher's: <[riviste.unimc.it/index.php/qspg](http://riviste.unimc.it/index.php/qspg)> - <<http://eum.unimc.it/it/>>

1 / 2019

## *La paura*

*Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*

2 / 2020

## *Il dubbio*

*Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire*

3 / 2021

## *Il castigo*

*Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*

4 / 2022

## *Il tempo*

*Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*

In preparazione:

5 / 2023

## *La fiducia*

*Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*



# Collana “Biblioteca del Laboratorio di storia del penale e della giustizia”

*Coordinatore della Collana*

Luigi Lacchè

*Comitato di Direzione*

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè, Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Emilia Musumeci,  
Monica Stronati

Francesco Migliorino, *Gli eroici anni trenta de «La Giustizia Penale». Lettere di Gennaro Escobedo a Giulio Andrea Belloni (1931-1941)*, Macerata, eum, 2022

Emilia Musumeci, *Veneficium. Storia di un crimine atroce*, Macerata, eum, 2022

Filippo Contarini, *Immaginare le Corti d'assise. Una storia della modernizzazione del diritto in Svizzera*, Macerata, eum, 2023



Francesco Migliorino

## **Gli eroici anni trenta de «La Giustizia Penale»**

**Lettere di Gennaro Escobedo a Giulio Andrea  
Belloni (1931-1941)**



Emilia Musumeci

## *Veneficium*

Storia di un crimine atroce



Filippo Contarini

## Immaginare le Corti d'assise

Una storia della modernizzazione del diritto  
in Svizzera



