

ADATTAMENTO E DIFFERENZIAZIONE DELLA RISPOSTA PUNITIVA NELLA “SOCIETÀ DEL RISCHIO” (*)

di Chiara Perini

Abstract. Elemento ricorrente nelle analisi che valorizzano la “società del rischio” in prospettiva penalistica è la riflessione sulle torsioni indotte nel diritto penale dal fatto di essere divenuto *il* sistema preposto alla minimizzazione dei rischi tipici di tale contesto sociale. All’origine di simili lacerazioni vi sono le dinamiche politico-criminali, che possono considerarsi peculiari della “società del rischio” e nelle quali svolge un ruolo centrale il concetto di “insicurezza collettiva”. Nel saggio si dimostra che la “società del rischio” si abbina ad una *insicurezza collettiva specifica* di tale ambientazione, ben rappresentata dai campi di criminalità insistenti sull’area del c.d. “rischio consentito”. Quanto alle risposte di tutela si evidenzia come alla complessità dei problemi posti dalla “società del rischio” debba corrispondere una complessità delle risposte ordinarie, differenziate attorno alle dicotomie “diritto penale d’evento” *vs.* “diritto penale del rischio”, nonché “responsabilità penale delle persone fisiche” *vs.* “responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche”.

SOMMARIO: 1. Ambientazione. – 2. Insicurezza collettiva e torsioni dogmatiche: l’ipotesi di una corrispondenza tra matrice sociologica e *output* penalistici. – 2.1. Spirali di insicurezza collettiva: l’esempio del “panico morale”. – 2.2. L’insicurezza collettiva tipica della “società del rischio”. – 3. La differenziazione delle risposte di tutela di fronte alle “sfide della società del rischio”. – 3.1. Risposte (dis-)adattive nella responsabilità penale delle persone fisiche. – 3.1.1. Torsioni del bene giuridico. – 3.1.2. Il dilemma della praticabilità del diritto penale d’evento. – 3.1.3. Variazioni in tema di anticipazione della tutela penale. – 3.2. La responsabilità da reato degli enti: correttivi e sviluppi.

1. Ambientazione.

Nell’attuale assetto ordinamentale sempre più spesso si segnalano interventi legislativi e indirizzi giurisprudenziali, che presentano profili di dissonanza rispetto ad alcune delle strutture portanti del sistema penale: si pensi, da un lato, alla riforma dei delitti contro l’ambiente operata con la l. 68/2015 e oggetto di numerose critiche¹;

(*) Si tratta del testo della relazione di sintesi svolta a conclusione della VI edizione del *Ginnasio dei penalisti, Il diritto penale di fronte alle sfide della «Società del rischio»*. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di

dall'altro lato, alle "distorsioni della prassi che si traducono in una distorsione delle categorie"², qui registrate nel settore dei reati contro la pubblica incolumità e nella giurisprudenza che ha applicato il principio di precauzione all'interno del reato d'evento³. È così emerso un elemento ricorrente nel filone di studi fiorito attorno alla valorizzazione in chiave penalistica del *topos* della *Risikogesellschaft*: la riflessione sulle lacerazioni indotte nel diritto penale dalla circostanza di essere divenuto *il* sistema preposto alla minimizzazione dei rischi tipici del contesto sociale formalizzato da tale modello macro-sociologico⁴.

Ma accanto all'analisi dogmatica dei connotati trasfigurati del "diritto penale del rischio" e delle relative implicazioni è venuta in rilievo a più riprese la ricerca delle *ragioni* che stanno alla base di una simile trasformazione. Ragioni che, in prima approssimazione, possono essere ricondotte al piano della *politica del diritto* e del *diritto penale*, in particolare, in rapporto alla posizione assunta da quest'ultimo nel contesto dell'ordinamento giuridico e del diritto punitivo inteso in senso lato. Si è sottolineato, ad esempio, che "nell'ambito dell'esperienza applicativa dei delitti contro la pubblica incolumità il concetto di *rischio* si rivela lo strumento politico-criminale impiegato per sopperire all'incapacità del sapere scientifico di controllare e misurare i potenziali di offesa da esso stesso prodotti"⁵; come, di fronte alle calamità naturali, gli attori istituzionali si "sentano" chiamati a fornire una risposta all'opinione pubblica con il rischio di subire, in contesti di incertezza scientifica, il condizionamento di logiche *ex post* nell'individuazione della regola cautelare, ispirate al principio di precauzione⁶; o, ancora, si è evidenziato come i rischi abbiano "incrementato paura e istinto di protezione all'interno dell'opinione pubblica; e pertanto il diritto penale sia in costante tensione fra istanze securitarie ed esigenze di libertà, tanto *individuale* quanto *d'iniziativa economica*"⁷.

Un primo elemento, che merita di essere problematizzato, è rappresentato dunque dalle dinamiche politico-criminali, che possono considerarsi *tipiche* della

tutela e classici equilibri di sistema, 18-19 marzo 2016, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. Il volume degli atti è in corso di stampa. Si ringrazia la Prof.ssa Gaetana Morgante, curatrice del volume, per aver gentilmente consentito di anticipare la pubblicazione in questa *Rivista*.

¹ Cfr. A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 10 ss.; E. CONTIERI, *Dal comportamento all'evento nella tutela penale dell'ambiente. Osservazioni critiche in tema di bene giuridico*, *ivi*, dattiloscritto, p. 6 ss.

² L'espressione è stata utilizzata dal Prof. G. De Francesco.

³ Cfr. A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 1 ss.

⁴ Cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; nonché, se consentito, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

⁵ A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 3.

⁶ Cfr. F. URBAN, *La curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 12.

⁷ F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal-science*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 5.

“società del rischio” e che sono all’origine – come si dirà, in un rapporto di *corrispondenza* – della già evocata “trasmutazione del diritto penale dei codici”⁸.

2. Insicurezza collettiva e torsioni dogmatiche: l’ipotesi di una corrispondenza tra matrice sociologica e output penalistici. Ambientazione.

Tematizzare in ottica penalistica il contenuto evocato dal *topos* della “società del rischio” potrebbe risultare, a prima vista, relativamente semplice: le *nuove esigenze di tutela*, che emergono al cospetto delle sfide della società del rischio, hanno in comune il concetto di *insicurezza* e, in particolare, di *insicurezza collettiva*, della quale è fattore genetico ed emblema la “*vittimizzazione di massa*”, più volte qui ricordata come caratteristica delle offese maturate nel contesto della *Risikogesellschaft*⁹.

E tuttavia il concetto di “insicurezza collettiva” appare sfuggente sul piano definitorio, pesantemente influenzato da componenti emotive e tendenzialmente onnivoro rispetto ai “discorsi della paura”¹⁰, orchestrati dagli attori del dibattito politico-criminale su temi molteplici e variabili, in quanto selezionati *in primis* per ragioni *contingenti* di *opportunità* (anzitutto, politica)¹¹.

Un ulteriore elemento di complessità discende dalla circostanza che l’insicurezza collettiva – intesa qui *in accezione soggettiva*, come “senso di (in)sicurezza”¹², e quale fattore “accelerante” del dibattito politico-criminale – non si presenta monolitica ed unitaria per contenuti e dinamica: essa è convogliata piuttosto tramite una pluralità di “spirali”, che non necessariamente si saldano né ottengono risposte coincidenti dal legislatore e dalla giurisprudenza penali.

L’ipotesi è che, in tale varietà, sia possibile cogliere una correlazione, un *nesso di corrispondenza* tra le caratteristiche dell’insicurezza collettiva generata *tipicamente* dalla “società del rischio” e le distorsioni *tipiche* “del diritto penale (della società) del rischio”. Ancor prima, infatti, è possibile notare come il *topos* della *Risikogesellschaft* si abbini ad una *insicurezza collettiva peculiare* di tale ambientazione, ben rappresentata dai campi di tutela qui di interesse – dai reati contro l’incolumità pubblica ai reati contro l’ambiente, alla responsabilità per danno da prodotto, alla responsabilità medica –, tutti insistenti sull’area del c.d. “rischio consentito” (*erlaubtes Risiko*) e della colpa penale.

⁸ C. E. PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 1220 ss.

⁹ In questo senso, appare fisiologica la considerazione dell’epidemiologia come supporto epistemologico. Cfr. da ultimo, nella produzione scientifica dell’A., L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell’evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d’evento*, in *Quest. Giust.* (ed. on-line), 10 marzo 2017.

¹⁰ Cfr. D. L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il ‘discorso di paura’*, in G. Forti – M. Bertolino (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, p. 287 ss.; Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006, *passim*; ID., *Vita liquida*, Roma-Bari, 2005, p. 70 ss.

¹¹ Cfr. D. CAMPUS, *Comunicazione politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, 2008, p. 23 ss., p. 85 ss.

¹² C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 532.

Al di là delle implicazioni analitiche di simile ipotesi, sulle quali ci si soffermerà dappresso, una visione grandangolare suscita tuttavia un interrogativo preliminare, rimasto in questa sede sullo sfondo: prescindendo dalle potenzialità semantiche del termine “rischio”, che ben si presta notoriamente alle più diverse declinazioni¹³, occorrerebbe sottoporre a verifica *oggi* l’effettiva capacità rappresentativa del modello della *Risk Society*, concepito – come noto – prendendo spunto dagli effetti disfunzionali dello sviluppo tecnologico-industriale dell’ultimo quarto del secolo scorso¹⁴; l’impressione infatti è che le tensioni intra-sistemiche in senso luhmanniano¹⁵ registrabili nell’attuale contesto sociale non siano interamente riducibili all’immagine di una società semplicemente post-industriale.

2.1. *Spirali di insicurezza collettiva: l’esempio del “panico morale”.*

Una conferma circa la compresenza di ‘spirali’ diverse di insicurezza collettiva, rilevanti in chiave politico-criminale, si ricava dagli studi – sostanzialmente coevi rispetto alla tematizzazione della “società del rischio” – condotti sul c.d. “panico morale”¹⁶.

Moral panic è stata definita l’insicurezza collettiva suscitata da alcune forme di criminalità come, emblematicamente, l’abuso su minori, la criminalità urbana¹⁷, la delinquenza giovanile, ma anche il traffico di stupefacenti e l’immigrazione clandestina. Secondo tale prospettiva, è possibile identificare alcuni elementi ricorrenti, in grado di determinare l’innescò di una *spirale di insicurezza collettiva di “panico morale”*, e cioè:

(a) una *campagna mediatica* mirata sull’oggetto del “panico morale”, tale da collocarlo ai primi posti della *agenda setting* con il conseguente processo di enfasi e distorsione tipico dell’azione dei *mass media*¹⁸ (in taluni casi, manipolata – si è ritenuto – *consapevolmente* dalle agenzie del controllo)¹⁹;

(b) *l’intervento dirigistico* (rispetto agli altri attori del dibattito politico-criminale) di “gruppi esponenziali” riconducibili alla categoria dei c.d. “imprenditori di moralità”²⁰, ossia individui o gruppi che fomentano strumentalmente la spirale di

¹³ Sul punto, sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 185 ss.

¹⁴ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, p. 14 s.

¹⁵ Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990 (ed. orig. 1981), p. 175 ss.

¹⁶ Cfr. S. COHEN, *Folks Devils and Moral Panics*, UK, 1972, III Ed. 2002; E. GOODE – N. BEN-YEHUDA, *Moral Panics: The Social Construction of Deviance*, USA, 1994.

¹⁷ Cfr. sulla “criminalità da strada”, C. E. PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 913 ss.

¹⁸ Cfr. C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 490 ss.

¹⁹ Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 532.

²⁰ Cfr. C. E. PALIERO, *Consensus sociale*, cit., p. 879 ss.

insicurezza collettiva nel contesto di campagne dirette a sradicare il comportamento “etichettato” come “pericoloso” o “immorale”;

(c) l’incremento del livello di *ostilità* nei confronti dei soggetti o dei gruppi qualificati come “devianti”, i quali vengono globalmente definiti come *il nemico* (o *uno dei nemici*) della “società rispettabile”.

Per contro, l’insicurezza collettiva generata dalla *Risikogesellschaft* appare diversa per ciascuno degli aspetti appena considerati:

(aa) in primo luogo, l’intervento massivo e deformante dei *mass media* non rappresenta, in questo caso, un elemento necessario, dato che le offese tipiche della “società del rischio” (ad es. i reati colposi d’evento strutturalmente connessi al rischio tecnologico) tendono anzi ad essere sottorappresentate nell’esposizione mediatica²¹. Con l’effetto che, in simile cornice, la responsabilità penale risulta vittima della “logica delle vedette”, finendo per appuntarsi *distorsivamente* sui casi più eclatanti, che hanno comunque ottenuto una risonanza nei mezzi di informazione²².

(bb) In secondo luogo, nella spirale di insicurezza collettiva caratteristica della “società del rischio” assumono un ruolo decisivo gruppi esponenziali diversi dagli “imprenditori di moralità”.

Si tratta, per un verso, delle c.d. “*lobbies economiche*”²³ professionalmente impegnate nelle aree di “rischio consentito” che fanno da sfondo alle forme di offesa tipiche della *Risk Society*: tali soggetti sono interessati a preservare la propria libertà d’azione e dunque tendono a non fomentare e, anzi, a ‘narcotizzare’, se possibile, le spirali di insicurezza collettiva che potrebbero impattare nel proprio settore²⁴. Nel campo della criminalità d’impresa, l’obiettivo è perseguito valorizzando la fisiologica tendenza alla segretezza propria dell’organizzazione aziendale, così esaltando il “differenziale di conoscenze”²⁵ sul rischio che gli attori dei processi tecnologico-produttivi possiedono, in ragione della vicinanza alla fonte del potenziale d’offesa, a paragone degli altri soggetti coinvolti (privati cittadini o, anche, decisori pubblici).

Per altro verso, esercitano un’influenza fondamentale i detentori del “sapere scientifico” sul rischio, che – come gli studi dedicati al processo di percezione del

²¹ Cfr. P. CATTORINI, *I reati colposi e ambientali nella rappresentazione mediatica*, in G. Forti – M. Bertolino (a cura di), *La televisione del crimine*, cit., p. 655 ss.

²² Cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990, p. 76 ss.

²³ Cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 876 ss.

²⁴ E in questo senso sembra muovere la ricerca di uno *standard* per l’idoneità del modello organizzativo, che possa mettere al riparo l’ente da eventuali responsabilità da reato. Cfr. I. SALVEMME, *I modelli di organizzazione ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 e la colpa di organizzazione: il caso dei reati commessi in violazione della normativa antinfortunistica*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 9.

²⁵ C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno da prodotto tra persona fisica ed ente collettivo*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 2.

rischio hanno dimostrato²⁶ – sono essenziali anche solo per registrare che un certo rischio esiste ed è in grado di sviluppare determinate proiezioni offensive: come è stato osservato²⁷, nel contesto della “società del rischio” tali soggetti tendono a mettersi al servizio degli esponenti del potere economico – i quali rappresentano i principali “committenti (e finanziatori) della ricerca scientifica sul rischio” – e addomesticano o, ancor prima, indirizzano le proprie indagini per fornire un’aura di oggettività e legittimazione alle tesi sostenute e agli obiettivi perseguiti dalle *lobbies* economiche. È chiaro, dunque, che anche tali attori del “dibattito sul rischio”, nell’esprimere una “forte carica di ambivalenza morale”²⁸, tendono a *sedare* eventuali spirali di insicurezza collettiva.

(cc) Infine, i settori ritenuti emblematici delle “sfide” che la “società del rischio” pone al diritto penale, non sono territori assoggettati al paradigma del “nemico” – nell’accezione in cui la dottrina penalistica utilizza il termine²⁹ – né interno, né esterno. Come subito si chiarirà, il disvalore del fatto in tali contesti è associato allo svolgimento di una attività fisiologica, sulla quale poggia la stessa organizzazione collettiva; sicché l’autore non è un *nemico*, ma un componente ‘operativo’ della società medesima: in tale cornice, il rischio che si traduce in offesa ai beni penalmente tutelati è tutto *interno* e, per così dire, ‘amico’ rispetto al contesto sociale di riferimento e – anche una volta avveratosi in danno – non determina, *in primis* su un piano sociologico, l’*espulsione* dell’autore del fatto dal consesso civile.

2.2. L’insicurezza collettiva tipica della “società del rischio”.

Nel marcare la distanza tra l’insicurezza collettiva tipica della “società del rischio” e le altre spirali di insicurezza collettiva, comunque presenti nel dibattito politico-criminale, appaiono determinanti, per un verso, la matrice criminologica che sta alla base del “sentimento” di insicurezza collettiva abbinabile alla *Risk Society* e, per altro verso, il ruolo giocato dalla “comunità” – intesa come “pubblica opinione” – nella dinamica del consenso sociale.

(i) Con riguardo al primo aspetto, l’insicurezza che anima la “società del rischio” ha fondamentalmente una *matrice criminologica colposa*, come indirettamente confermato dai campi di tutela considerati, che hanno spaziato tra la colpa della persona fisica e la colpa di organizzazione, la precauzione e , ecc.

²⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 192 ss.

²⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno*, cit., p. 1 s., per il riferimento all’“autocrazia della scienza” e al fenomeno della contaminazione della “domanda di sapere (...) con il ‘sociale’, [e conseguente creazione di] rapporti professionali”. Il ruolo dei “soggetti con competenze scientifiche” è valorizzato anche da F. URBAN, *La curvatura*, cit., p. 2.

²⁸ Cfr. C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno*, cit., p. 2.

²⁹ Cfr. per tutti M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.

Simile caratteristica è in linea con la fisionomia *strutturale* della “società del rischio”, così come formalizzata nel modello di Beck. Da una parte, il rischio (che, in questo contesto, è rischio *tecnologico*) è auto-prodotto dall’organizzazione sociale nelle attività – pur pericolose – che essa quotidianamente e necessariamente svolge: si tratta delle c.d. “attività pericolose socialmente utili” che, come noto, popolano il campo del “rischio consentito”. Dall’altra parte, in caso di avveramento del rischio, la società è (pre)destinata a risultare vittima di eventi avversi – *paradossalmente* – commessi da quanti hanno *contribuito* (sino ad allora e continueranno in futuro) al funzionamento della società stessa nei territori dell’*erlaubtes Risiko*. Ciò fotografa una condizione di *perenne precarietà* per chi prende parte alla “società del rischio”³⁰, potendo – nell’irrinunciabile e quotidiano svolgimento di un’attività pericolosa socialmente utile – valicare il margine del rischio consentito e così rendersi autore di un’offesa penalmente rilevante, senza per questo essere posto necessariamente ai margini dell’organizzazione sociale.

Il meccanismo di stigmatizzazione, in questo contesto, sembra operare in effetti con cadenze peculiari: la realizzazione di un fatto associato a un disvalore penale in ragione della qualificazione normativa dello stesso non determina, infatti, per ciò solo un effetto di stigmatizzazione *sostanziale*, da intendersi come capacità della condanna penale di declassare *inter cives* ed escludere l’autore del fatto dal consesso sociale. Lo si desume, ad esempio, dal livello di gravità delle condanne, che nei campi di tutela considerati ritagliano, all’interno di cornici edittali anche severe, una “criminalità bagatellare secondaria”, aperta alle diverse *alternative* alla pena (*tout court* o specificamente carceraria) previste dall’ordinamento.

(ii) Con riguardo al secondo aspetto, un attore fondamentale del dibattito politico-criminale, capace di influenzare tanto il legislatore quanto la giurisprudenza, è l’opinione pubblica (la “comunità”) che mantiene nei territori considerati dalla rilettura in chiave penalistica della “società del rischio” una posizione ambigua: quale interprete del consenso sociale, infatti, essa oscilla identificandosi talora con la *vittima* e tal’altra con l’*autore* delle forme di criminalità tipiche della *Risikogesellschaft*³¹. E ciò si riflette sui “bisogni di tutela” che la comunità avverte e quindi sulla “domanda di pena” che essa rivolge al sistema penale e che sarà raccolta dal legislatore e dai responsabili del *law enforcement* (i.e. le diverse agenzie del controllo formale, tra le quali *in primis* la magistratura).

Come è stato chiarito con riferimento alla dinamica esistente tra consenso sociale e diritto penale, quando la comunità tende ad assumere l’identità della vittima del reato, essa spinge per l’*effettività* della risposta penale chiedendo maggior tutela *attraverso* il diritto penale e degradando le istanze della *garanzia* (ossia della tutela *dal* diritto penale). Ma anche a causa del ruolo giocato da altri attori fondamentali del dibattito politico-criminale che si sviluppa a partire dalla “società del rischio” – ossia,

³⁰ Cfr. Z. BAUMAN, *Vita liquida*, cit., p. VIII.

³¹ Cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 872 ss.

lobbies economiche e detentori del sapere scientifico, come si è detto – l’effettività della risposta penale non costituisce un esito scontato.

Un esempio attuale è rappresentato dalla riforma operata dalla l. 68/2015³²: pur avendo portato alla ‘storica’ introduzione dei delitti contro l’ambiente nel Codice penale e a un rafforzamento (almeno teorico) della correlata responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, la novella è stata censurata proprio sotto l’aspetto dell’effettività della tutela ed è stata accostata, nella sostanza, ad una legislazione penale di tipo simbolico (c.d. di “compromesso”)³³. Siamo anzi di fronte a una legislazione penale che produce un *paradosso funzionale*: se, da un lato, non pare in grado di sostenere *strutturalmente* l’intero giudizio di imputazione della responsabilità penale (con inevitabile annacquamento dell’efficacia general- e specialpreventiva associata alla pena), dall’altro lato risulta invece pienamente effettiva nella fase cautelare del processo penale e in grado di supportare l’adozione di misure di sequestro funzionali alla confisca³⁴.

Quando invece tende ad assumere l’identità dell’*autore* del reato, come noto, la comunità si allontana dal polo dell’*effettività* per avvicinarsi a quello delle *garanzie*, chiedendo maggior tutela *dal* diritto penale e *dai* suoi mezzi lesivi della libertà individuale.

Prendiamo, come esempio, ancora il settore dell’ambiente, paradigmatico delle esigenze di tutela tipiche della società del rischio. Abbiamo assistito, da un lato, alle forti pressioni dell’“opinione pubblica-vittima” a margine della conclusione del Processo Eternit (e parallelamente anche ad altre vicende giudiziarie di primo piano, come il caso Ilva) che hanno portato³⁵ alla concitata introduzione della criticata riforma dei reati contro l’ambiente con la l. 68/2015: una novella che rappresenta, in un certo senso, la seconda tappa del recepimento della direttiva 99/2008/CE sulla tutela penale dell’ambiente³⁶.

Pochi anni prima, nel 2011, la stessa opinione pubblica – evidentemente vestendo i panni dell’*autore* della medesima tipologia di fatto criminale (i panni del piccolo “inquinatore” quotidiano, sia esso una *persona fisica o giuridica*)³⁷ – non si è

³² Sempre in materia *lato sensu* ambientale, un esempio più risalente di legislazione sostenuta dalla comunità nel ruolo (prevalente) di vittima del reato in senso politico-criminale si può rinvenire nel delitto di *Incendio boschivo* (art. 423-bis c.p.), introdotto tra i delitti codicistici contro la pubblica incolumità nel 2000 e associato ad un disvalore penale più elevato rispetto al delitto di *Incendio* (art. 423 c.p.). Cfr. C. CUPELLI, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423-bis c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 181 ss.

³³ Per le critiche alla l. 68/2015 in punto di effettività, cfr. A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 10 ss. Sulla legislazione penale simbolica, resta fondamentale la tipologia elaborata da C. E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 537 ss.

³⁴ Cfr. A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 11 s.

³⁵ Il collegamento, in questi termini, con il Processo Eternit è stato proposto da A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 10.

³⁶ Cfr. L. SIRACUSA, [La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell’ambiente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 199.

³⁷ Con riferimento al versante delle persone giuridiche, vengono in mente le osservazioni svolte da F. D’ALESSANDRO, *Rischio e responsabilità amministrativa degli enti*, in corso di stampa nel volume degli atti del

particolarmente disorientata di fronte al d.lgs. 121/2011, che – come noto – più che attuare, ha sostanzialmente “disinnescato” la predetta direttiva nei suoi contenuti preventivi e repressivi delle più gravi offese ai beni ambientali legittimando il mantenimento dello *status quo* (ossia il modello “debole”, tradizionalmente italiano, di diritto penale dell’ambiente)³⁸ e l’estensione, di fatto, meramente formale della responsabilità delle persone giuridiche in tale campo: un esito scontato, peraltro, vista la formulazione della legge n. 96/2010, che assegnava al legislatore delegato del 2011 una possibilità di intervento in campo penale limitata a interventi sostanzialmente bagatellari³⁹, molto distanti dal disvalore dei fatti oggetto dell’obbligo di criminalizzazione sancito dall’art. 3 direttiva 99/2008/CE.

* * *

Il punto di vista tradizionale rispetto alla “trasmutazione del diritto penale dei codici” che matura nel contesto della “società del rischio” ricollega il fenomeno alle caratteristiche delle offese, a cui il diritto penale in simile ambientazione reagisce in termini preventivi e repressivi: la causalità e la colpa si distorcono, perché altrimenti non riuscirebbero ad agganciare l’offesa macroscopica e imprevedibile *ex ante*, sprigionata dal rischio latente nella *Risikogesellschaft*.

L’analisi delle dinamiche del consenso peculiari del dibattito politico-criminale nella “società del rischio” può aggiungere un elemento di chiarezza, evidenziando le *ragioni* per le quali, da un lato, il legislatore non si astiene dall’adottare norme penali tecnicamente censurabili e, dall’altro lato, la giurisprudenza penale arriva talora a formulare giudizi di imputazione deformanti le categorie del sistema, anziché prosciogliere.

3. La differenziazione delle risposte di tutela di fronte alle “sfide della società del rischio”.

Una delle caratteristiche della stagione normativa inaugurata, in Italia, con il d.lgs. 231/2001 – o meglio con la legge-delega n. 300/2000, alla quale si deve la compiuta individuazione dei campi di tutela rilevanti – è rappresentata dalla consapevolezza o, quanto meno, dall’*intuizione*, colta a livello *istituzionale*, circa il fatto che alla *complessità* dei problemi di tutela posti dalla “società del rischio” deve corrispondere una complessità delle *risposte* ordinamentali. In questo senso, la

Ginnasio, sulla reale consistenza del tessuto imprenditoriale italiano, tra poche grandi *corporation* e una miriade di piccole e medie imprese. Sul punto v. anche *infra* §. 3.2.

³⁸ Per la distinzione tra modello “debole” e modello “forte” di tutela penale dell’ambiente, cfr. A. GARGANI, *La protezione immediata dell’ambiente tra obblighi comunitari di incriminazione e tutela giudiziaria*, in S. Vinciguerra – F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 403 ss.

³⁹ In mancanza di principi e criteri direttivi dettati *ad hoc* per l’attuazione della direttiva 99/2008/CE, doveva infatti farsi riferimenti a quanto previsto in via generale dall’art. 2 l. 96/2010, che prevedeva la possibilità di introdurre solo contravvenzioni con comminatorie molto contenute.

componente “classica” costituita dalla responsabilità penale della persona fisica vede attenuarsi la propria centralità, per divenire in prospettiva un ingrediente di ricette più articolate, tendenzialmente collocabili all’interno della *matière pénale*⁴⁰.

La novità sistemática di maggior rilievo è rappresentata notoriamente dall’introduzione della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche anche negli ambiti di tutela tipici della “società del rischio”, ossia quello della sicurezza sul lavoro (a partire dal 2007 con il primo inserimento dell’art. 25-*septies* nel d.lgs. 231/2001 ad opera della legge-delega n. 123/2007)⁴¹ e quello dell’ambiente (dal 2011 per effetto della prima attuazione della direttiva 2008/99/CE dovuta al d.lgs. 121/2011).

Ma la differenziazione della strategia di intervento è proseguita anche operando nuovi coordinamenti tra il presidio penalistico e le altre componenti del diritto punitivo. Un esempio è costituito dalle intersezioni tra illecito penale e illecito amministrativo nel settore della tutela dell’ambiente, come emerge tra l’altro dalla complessa esegesi dell’avverbio “abusivamente” presente in molti dei nuovi delitti codicistici introdotti dalla l. 68/2015 e oggetto di attenzione nella recente dottrina⁴². L’armonizzazione tra i diversi stadi della tutela penale (danno e pericolo) e l’illecito amministrativo è peraltro un caposaldo della stessa direttiva 2008/99/CE, alla quale la riforma appena citata può essere collegata, come si evince, in particolare, dal requisito di tipicità della condotta definito ai sensi dell’art. 2 della direttiva, per il quale tutti i comportamenti criminalizzati dall’art. 3 del medesimo provvedimento comunitario devono avere carattere “illecito”: ossia, come noto, essere posti in essere in violazione di uno degli atti legislativi comunitari volti alla tutela dell’ambiente elencati in allegato alla direttiva, oppure della normativa attuativa che – a livello legislativo, regolamentare o comunque amministrativo – sia stata adottata nel singolo Stato membro (spesso con un proprio apparato sanzionatorio penale o, appunto, amministrativo) per conformarsi alla predetta disciplina comunitaria⁴³.

La risposta ordinamentale alle “sfide della società del rischio” si organizza secondo un “doppio binario” – su un versante, la responsabilità penale delle persone fisiche; sull’altro, la responsabilità da reato delle persone giuridiche – aprendo, in entrambi i tracciati, direttrici di indagine particolarmente feconde.

⁴⁰ Per una riflessione sul punto, cfr. M. A. BARTOLUCCI, *L’art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose, tra minimizzazione del rischio-reato d’impresa e ‘nuove forme’ di colpevolezza*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 3 s.

⁴¹ Come noto, l’art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001 è stato successivamente riformulato dal d.lgs. 81/2008, nuovo testo unico in materia di sicurezza sul lavoro, scaturito appunto dalla legge-delega citata.

⁴² Cfr. M. BOSI, *Rilevanza delle condotte realizzate abusivamente tra rischio ed evento ambientali*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 5 ss.

⁴³ Sulla rilevanza del dettato dell’art. 2 direttiva 2008/99/CE nelle formulazioni preliminari della l. 68/2015, cfr. M. BOSI, *Rilevanza delle condotte*, cit., p. 3 ss.

3.1. Risposte (dis-)adattive nella responsabilità penale delle persone fisiche.

Se la prospettiva è quella di una risposta ai problemi di tutela della *Risikogesellschaft* che affianchi alla responsabilità penale della persona fisica altri ingredienti funzionali al medesimo obiettivo, il problema dell'omogeneità interna e della coerenza con i principi costitutivi del diritto penale – entrambe perse in molti settori attraversati dalle offese tipiche della “società del rischio” – si pone sotto una luce nuova. In altri termini, se la responsabilità penale della persona fisica è *una* delle opzioni di risposta, accompagnata da alternative opportunamente valorizzate, acquistano maggiore mordente le istanze a favore del fatto che il diritto penale si declini secondo cadenze ‘canoniche’ nell’area – a questo punto (più) circoscritta – di sua competenza.

3.1.1. Torsioni del bene giuridico.

Nell’analisi si possono distinguere le criticità emerse con riguardo alle diverse forme di *anticipazione della tutela penale* da quelle registrate con riferimento al *diritto penale d’evento*. Ma, ancor prima, occorre rilevare che i due corni di tale bipartizione si saldano – sempre criticamente – nell’anello di congiunzione rappresentato dall’oggetto della tutela, ossia dal *bene giuridico*, percorso anch’esso da tensioni deformanti indotte dalle istanze di tutela della “società del rischio” *tanto* nel contesto del processo di criminalizzazione primaria, *quanto* in sede di applicazione giurisprudenziale.

Dal primo punto di vista, l’introduzione dei delitti di cui al nuovo Titolo VI-bis, Libro II c.p. ad opera della l. 68/2015 è stata esaminata in relazione alla capacità del bene “ambiente” in sé di “soddisfare le esigenze poste da una teoria del reato costituzionalmente orientata”⁴⁴; una capacità rintracciata “sotto il profilo assiologico”, ma assente “sotto il profilo materiale”⁴⁵, tant’è che le nuove incriminazioni ‘scaricano’ sulla magistratura il problema di “delimitare il piano spaziale e dimensionale dell’oggetto materiale”⁴⁶ della tutela e, per sopperire alle difficoltà di prova del nesso causale, danno cittadinanza in sede di tipicità ad un’offesa descritta in termini sostanzialmente inafferrabili. E l’avvertenza è suonata quanto mai opportuna: “l’attacco al bene, in realtà, è un attacco al *Tatbestand*: quest’ultimo, rinunciando alla descrizione di un’offesa, tende a smarrire una reale funzione selettiva”⁴⁷.

Dal secondo punto di vista, si è osservato come l’applicazione giurisprudenziale di alcuni reati contro la pubblica incolumità (nella specie, i delitti di cui agli artt. 439 e 440 c.p.), orientata a interpretare estensivamente il requisito della “destinazione all’alimentazione” delle “acque” e delle “sostanze”, impatti sul bene giuridico in senso impropriamente lato, ma non già percorrendo il tradizionale

⁴⁴ Cfr. E. CONTIERI, *Dal comportamento*, cit., p. 7.

⁴⁵ Per tale dicotomia, cfr. E. CONTIERI, *Dal comportamento*, cit., p. 6.

⁴⁶ E. CONTIERI, *Dal comportamento*, cit., p. 11.

⁴⁷ E. CONTIERI, *Dal comportamento*, cit., p. 4.

cammino della plurioffensività, quanto piuttosto operando “un implicito spostamento del piano di tutela, ovvero il passaggio dalla prevenzione del pericolo per la salute umana alla tutela della risorsa idrica di per sé considerata, quale bene giuridico autonomamente rilevante”. Passaggio, questo, agevolato “dal substrato comune alla tutela delle matrici ambientali e alla protezione della salute collettiva” e censurabile, perché incrina la tassatività della fattispecie incriminatrice e al tempo stesso svincola il bene giuridico ad essa *proprio* con una “riduzione dell’offesa alla salute collettiva nell’aspettativa sociale di un assetto ambientale consono e funzionale al benessere umano”⁴⁸.

Con la l. 68/2015 il legislatore ha recepito una simile crasi tra differenti beni giuridici⁴⁹, anche sulla scorta del dettato dell’art. 3 direttiva 2008/99/CE, che tipizza alcuni dei comportamenti oggetto dell’obbligo di criminalizzazione rivolto agli Stati membri attraverso l’individuazione di una duplice proiezione offensiva: a carico della vita e dell’incolumità delle persone, da un lato, e a carico dell’integrità delle matrici ambientali, dall’altro lato. Uno degli strumenti normativi alla base di simile saldatura è il già citato avverbio “abusivamente”, che ricorre in più occasioni nei nuovi delitti contro l’ambiente: esso infatti permette di considerare “abusive [anche] quelle attività violative di disposizioni (...) poste a tutela di beni e interessi che interferiscono con le matrici ambientali (quali il territorio, o la salubrità dei luoghi di lavoro)”⁵⁰.

3.1.2. Il dilemma della praticabilità del diritto penale d’evento.

Assume rilievo nelle presenti riflessioni il tema della praticabilità o meno del diritto penale d’evento (di danno o pericolo concreto) al cospetto delle istanze di tutela sprigionate dalla “società del rischio”, secondo la dialettica – ormai tradizionale – tra l’indirizzo contrario⁵¹ e l’indirizzo favorevole⁵², che si consuma principalmente, come noto, sul terreno della *causalità*. Ma accanto a tale istituto la problematicità del ricorso al diritto penale d’evento nella *Risikogesellschaft* è stata focalizzata anche in relazione alla *colpa*, secondo un’impostazione ampiamente registrata nelle analisi dottrinali.

(i) Con riferimento alla causalità, è stato tracciato l’orizzonte dell’evoluzione filosofica ed epistemologica della categoria⁵³, descrivendo uno scenario per così dire

⁴⁸ A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 7.

⁴⁹ Cfr. A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 10.

⁵⁰ M. BOSI, *Rilevanza delle condotte*, cit., p. 6.

⁵¹ Cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit.

⁵² Cfr. L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione*, cit.; V. MAGNANI, *Hic sunt dracones. Le patologie correlate al lavoro e l’istituto dell’accertamento alternativo nel diritto penale comparato*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginmasio*.

⁵³ Cfr. O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra concause sufficienti e condizioni necessarie*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginmasio*; F. BARRESI, *Accertamento causale ed evidenza epidemiologica nei processi per esposizione a sostanze tossiche: il contributo della “Mark Transmission Theory” di Wesley Salmon*, *ivi*.

parallelo al diritto penale: è chiaro infatti che non si può prescindere dal selezionare – dal punto di vista *del diritto penale* – quanto delle suggestioni del pensiero filosofico ed epistemologico *possa* effettivamente filtrare nel paradigma di spiegazione causale⁵⁴.

Un interrogativo concerne la prospettata “*settorializzazione*” della causalità penale e la conseguente apertura a modelli di spiegazione causale diversi a seconda della “*famiglia di casi*” di appartenenza dell’ipotesi concreta (ad es. “*morte per esposizione a sostanze tossiche*” e non “*morte per malpratiche medica*”, ecc.). Se intesa come necessità che la spiegazione causale aderisca al dato reale (e dunque come *concretizzazione*)⁵⁵, la “*settorializzazione*” appare del tutto fisiologica; viceversa, il discorso è molto più delicato, se con “*settorializzazione*” si allude, così legittimandola, alla possibilità che mutino le strutture portanti della causalità penale a seconda del settore prasseologico coinvolto (ricalcando così il noto argomento – sostanzialmente *sospensivo* rispetto alle garanzie – dell’importanza del bene giuridico tutelato). Correttamente è stata affermata la necessità di un “*atto di modestia*” del diritto penale, che porti a riconoscere ciò che esso *può provare* secondo la *propria* concezione di causalità⁵⁶, senza rinunciare per questo alla tutela ma rinnovando l’impulso a risposte ordinamentali differenziate.

Peraltro, proprio seguendo un approccio settoriale ai problemi di tutela posti dalla “*società del rischio*”, è stata ribadita – con riguardo alla responsabilità per danno da prodotto – la “*sostanziale crisi da incontenibilità sul versante causale*”⁵⁷ con il generarsi di contraddizioni insanabili a livello non solo delle ‘*categorie*’, ma anche dei ‘*principi*’ del sistema penale. Viceversa, in senso diametralmente opposto, rispetto al prodursi di patologie multifattoriali in danno di una pluralità di persone (non individualizzabili) per esposizione a un certo fattore di rischio, si è riaffermata la capacità euristica dell’epidemiologia anche per il diritto penale d’evento a tutela di beni individuali, senza rilevare in ciò la presenza di “*principi di garanzia* (e non dei meri postulati) che ne impediscono l’utilizzo nel processo penale”⁵⁸. In simile contrasto, i diversi indirizzi dottrinali sembrano aver sviscerato in profondità le argomentazioni a sostegno e le implicazioni delle rispettive posizioni; se il confronto non può ritenersi risolto con la prevalenza di una ‘*visione*’ sull’altra, l’elemento di novità per superare il ‘*dilemma*’ deve forse, a questo punto, provenire dagli altri formanti del diritto penale⁵⁹.

⁵⁴ Sulla parzialità dell’approccio penalistico al problema causale, necessariamente condizionato dal *punto di vista*, dallo *scopo* e dal *contesto* nel quale tale problema si pone, cfr. per tutti F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975 (II ed., Milano, 2000), p. 235.

⁵⁵ Cfr. F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 72.

⁵⁶ P. ASTORINA MARINO, *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico-criminale dei limiti del diritto penale*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*.

⁵⁷ C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno*, cit., p. 3. In precedenza, come noto, v. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., p. 213 ss., 226 ss.

⁵⁸ Cfr. L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione*, cit., p. 32.

⁵⁹ Non sembra invece, allo stato, che né il formante normativo, né il formante giurisprudenziale si siano orientati nel senso di sostenere univocamente l’indirizzo dottrinale sinora minoritario, come riconosce anche L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione*, cit., p. 2 ss., 22 ss.

(ii) Anche con riguardo alla colpa, si è segnalato come sia essenziale individuare opportuni “anticorpi” che resistano alle distorsioni indotte dalla teoria della “società del rischio”⁶⁰. A suscitare perplessità non è solo l’incognita, anche qui, di una “settorializzazione” della categoria su base prasseologica, in grado di declinare una molteplicità di “colpe penali”, ma soprattutto l’incursione del principio di precauzione nella ricostruzione della regola cautelare e quindi dell’imputazione dell’evento per colpa⁶¹.

Per sua caratteristica il principio di precauzione è associato ad una “incertezza predittiva (...) [di] natura nomologica”⁶²; dunque, se trasposto sul piano della colpa, è in grado di incidere sugli «aspetti propriamente “cognitivi”» della stessa, e cioè “la riconoscibilità del rischio e la prevedibilità del risultato”⁶³.

Come noto, sui margini di compatibilità tra principio di precauzione e colpa si è sviluppato un confronto dottrinale⁶⁴, ma deve assegnarsi prevalenza all’indirizzo che esclude eventuali intersezioni, anche alla luce di una rassegna critica della giurisprudenza più rilevante.

L’effetto dell’ingresso della precauzione è infatti di tipo espansivo⁶⁵, se non dirompente rispetto alla tipicità colposa: da un lato, proprio per l’incertezza nomologica appena richiamata essa non consentirebbe, per definizione, di individuare il *metro*, alla cui stregua condurre il *giudizio di prevedibilità*; dall’altro lato, essa impedirebbe di identificare la *base* di tale giudizio, poiché renderebbe arduo distillare il relativo criterio di selezione, e cioè l’agente-modello quale *standard* di conoscenza del contesto fattuale, nel quale la condotta si iscrive, e della relativa proiezione offensiva⁶⁶. Ma la logica della precauzione appare distonica anche rispetto alla *tipicità dell’evento colposo*, poiché non consente una compiuta caratterizzazione dell’evento

⁶⁰ Cfr. G. CIVELLO, *Il fondamento epistemico-volitivo della responsabilità colposa: nuovi orizzonti dommatici per la concezione normativa della colpa*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginnasio*, dattiloscritto, p. 2, secondo il quale “[è] stata proprio un’eccessiva normativizzazione della colpa ad aprire le porte del fatto colposo ad un approccio di tipo precauzionale”.

⁶¹ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 44 ss., 132 ss. Che il modello di incriminazione privilegiato nell’analisi dei rapporti tra diritto penale e principio di precauzione sia il reato colposo d’evento, è confermato da F. URBAN, *La curvatura*, cit., p. 2, per la quale – riprendendo letteralmente C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 523 – «proprio il reato colposo d’evento, specie quello omissivo, è considerato il terreno privilegiato delle “fughe in avanti” della prassi, imperniate sul concetto di “rischio” e fomentate da un’interpretazione della fattispecie incriminatrice orientata al “valore”».

⁶² D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 27. L’“incertezza scientifica legata all’eventualità dell’accadimento” è menzionata anche da E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, p. 13, tra i “presupposti giuridici del ricorso al principio di precauzione”, sui quali v. *amplius ibi*, p. 13 ss.

⁶³ F. URBAN, *La curvatura*, cit., p. 3.

⁶⁴ Cfr. A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino, 2015, p. 27 ss.

⁶⁵ Effetto che viene attribuito al principio in parola invero anche in generale (ossia al di là dell’impatto sul giudizio di imputazione per colpa). Cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 51 ss.

⁶⁶ In merito sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 559 ss.

prevedibile, né una scomposizione analitica del relativo meccanismo causale; un eventuale ricorso alla precauzione, dunque, determinerebbe un'impropria *dilatazione* della misura oggettiva della colpa, ricomprendendo nell'imputazione anche eventi solo genericamente riconducibili all'indirizzo di tutela perseguito⁶⁷.

Come è stato efficacemente affermato, "la precauzione, quale parametro della colpa generica, porta a ri-definire la regola cautelare *ex post*, ma facendola retroagire *ex ante*. (...) il principio di precauzione rende "attribuibile" all'agente l'inosservanza di condotte impeditive di eventi prevedibili solo *ex post*"⁶⁸.

3.1.3. Variazioni in tema di anticipazione della tutela penale.

Sul versante dell'anticipazione della tutela penale, la realtà della "società del rischio", per come è già filtrata nel dato normativo, ha determinato il superamento della dicotomia classica "danno/pericolo" grazie all'"incremento di complessità degli stadi della tutela", che partono dalla *precauzione* e, nel dominio del rischio, si distinguono in "*rischio presunto*" e "*rischio concreto*" (a seconda del maggiore o minore livello di astrazione del rischio) prima di arrivare ai vari gradi di pericolo e poi al danno. Rispetto alla nomenclatura tradizionale, quello del pericolo presunto è il segmento più complesso, perché presenta forme di sovrapposizione tra rischio e pericolo aprendo le porte a pericolosi 'fraitendimenti' nella prassi: come è stato denunciato, "nel diritto vivente si manifesta la tendenza a identificare il pericolo per la salute pubblica nel superamento di predetti valori-soglia. Non si tiene, però, conto del fatto che questi ultimi delimitano l'ambito all'interno del quale l'attività è lecita e priva di effetti giudicati statisticamente non accettabili"⁶⁹.

Un interrogativo cruciale, affiorato durante la discussione, concerne l'individuazione del limite *legittimo* dell'anticipazione, ossia la soglia – nella linea progressiva degli stadi della tutela – sulla quale può essere correttamente collocato il primo avamposto penalistico.

In merito possono essere isolati tre passaggi fondamentali.

Da una parte, nella tipizzazione dei differenti modelli sanzionatori lungo la progressione degli stadi della tutela, è – come noto – centrale il ruolo del bene giuridico individuato quale referente del presidio penale: non solo al cospetto degli stadi contrassegnati da maggior pregnanza offensiva (pericolo concreto e danno), ma anche in corrispondenza delle diverse forme di "pericolo non concreto"⁷⁰. Sono proprio i "beni giuridici ad ampio spettro" a determinare, per le loro caratteristiche, un ripiegamento della legislazione penale verso modelli di incriminazione fortemente condizionati dall'approccio preventivo o anche solo cautelativo della normativa extra-

⁶⁷ Sul punto *amplius* sia sempre consentito il rinvio a C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 572 s.

⁶⁸ F. URBAN, *La curvatura*, cit., p. 23.

⁶⁹ Cfr. A. GARGANI, *Il rischio*, cit., p. 4.

⁷⁰ Per l'impiego in chiave sistematica di tale espressione, sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 398.

penale, di cui rafforzano l'osservanza, con le aporie in danno dei principi costitutivi del sistema ampiamente problematizzate nella dottrina italiana e tedesca⁷¹.

Dall'altra parte, l'interrogativo sopra richiamato ha comportato il raffronto tra la "logica della prevenzione" – sottesa alle forme 'classiche' di anticipazione della tutela penale, come il reato di pericolo astratto – e la "logica della precauzione"⁷², che tende a candidarsi come ispiratrice di risposte più 'moderne' nella direzione della *Vorfeldkriminalisierung*.

Dall'altra parte ancora, il tema della fissazione della soglia di intervento si è intrecciato alla necessità – radicata nella fisiologia del rischio e del relativo processo di percezione a livello sia scientifico sia pubblico⁷³ – di impostare, sulla falsariga del c.d. "proceduralismo scientifico"⁷⁴, strategie di indagine e di gestione del rischio, coordinate dai decisori amministrativistici, ma il più possibile *condivise* con la collettività nelle diverse fasi. Lungo tale direzione, per il diritto penale si concepisce una «funzione "servente", (...) "di rinforzo" di decisioni prese altrove» secondo lo schema di un «*diritto penale 'ingiunzionale'*»⁷⁵.

La portata del principio di precauzione è stata precisata grazie alla definizione dello stesso come *principio giuridico* riservato alle ipotesi di incertezza scientifica e nomologica (dunque, non di incertezza fattuale e ontologica) caratterizzate dalla circostanza, che una valutazione iniziale di dati scientifici rispetto a rischi potenziali è già in atto⁷⁶.

Molto stimolanti sono state le riflessioni, che hanno evidenziato come l'inquadramento di simile condizione di incertezza scientifica in chiave penalistica presupponga il dialogo con le più aggiornate acquisizioni della filosofia della scienza e hanno rilevato un *disallineamento* della scienza penalistica rispetto alla concezione della precauzione accolta dagli altri campi del sapere⁷⁷. In sostanza, l'impostazione penalistica tradizionale confonderebbe l'incertezza scientifica *relativa*, che è oggi considerata fisiologica nel sapere scientifico, con la *precauzione*, che le altre discipline riferiscono invece ai casi di incertezza scientifica *assoluta*.

La distinzione può essere colta grazie alla concettualizzazione della "scienza *post-normale*", che – lungi dal poter essere fraintesa con il "relativismo scientifico-

⁷¹ Cfr. E. CONTIERI, *Dal comportamento*, cit., p. 1 ss. Sulle implicazioni della "prospettiva incriminatrice" nell'analisi del concetto penalistico di rischio, sia consentito il rinvio anche a C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 214 ss., p. 595 ss. Per l'enucleazione della dicotomia che distingue tra prospettiva ermeneutica e prospettiva incriminatrice nell'approccio al concetto penalistico di rischio, cfr. *ivi*, p. 45.

⁷² Cfr. D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 26 s.

⁷³ V. *supra* §. 2.1.

⁷⁴ K. S. SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, 1993 (ed. orig. 1991).

⁷⁵ C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno*, cit., p. 8 e 9, rispettivamente. A favore del modello ingiunzionale anche E. MAZZANTI, *Circularità e dinamicità dell'illecito nel diritto penale alimentare (tra presente e futuro)*, in corso di stampa nel volume degli atti del *Ginmasio*, dattiloscritto, p. 5 ss.

⁷⁶ Cfr. D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 27. Per la puntualizzazione del "principio giuridico di precauzione", da distinguere dall'"idea della precauzione", cfr. E. CORN, *Il principio di precauzione*, cit., p. 10 ss.

⁷⁷ Cfr. F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., p. 15.

culturale” – si affianca alla “scienza normale”, laddove quest’ultima fallisce, ossia per supportare la gestione di situazioni nelle quali è urgente prendere una decisione per la salvaguardia di beni rilevanti in presenza di carenze informative e dilemmi valoriali⁷⁸. Le ricadute politico-criminali della dicotomia “incertezza scientifica relativa” *vs.* “assoluta” sono nel senso che con la prima il diritto penale può legittimamente confrontarsi, mentre la seconda – *i.e.* il “buio scientifico”, come è stato definito, ove la *percezione* del pericolo ha basi squisitamente (collettivo-)emotive – non può mai giustificare il ricorso allo strumento punitivo.

Non solo: la prospettiva della *post-normal science* si salda anche con le già citate istanze a favore di “scienza negoziata e partecipazione democratica”⁷⁹ nella gestione del rischio. Infatti, “i sistemi complessi dalla stessa regolati sono per loro natura caratterizzati (...) dalla pluralità di legittimi punti di vista in tema di *policy*”⁸⁰, sicché per elevare l’affidabilità del sapere scientifico da porre alla base delle decisioni, simile approccio incoraggia la formazione di una “*extended peer community*”, che veda la partecipazione sia dell’autorità pubblica, sia degli esponenti del mondo economico (oltre agli esperti scientifici) e la messa in atto di “un flusso informativo (...) eso-aziendale”⁸¹. Peraltro, simile circolazione delle informazioni richiede, per ragioni di efficienza, di essere completata da un analogo flusso informativo “endo-aziendale”, come previsto dallo schema di disegno di legge per la riforma dei reati alimentari licenziato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Dott. Gian Carlo Caselli, che – raccogliendo un invito espresso in seno al dibattito scientifico sui margini di miglioramento del d.lgs. 231/2001 – si è fatto carico di declinare il modello organizzativo con riferimento allo specifico dell’“impresa alimentare”⁸².

L’analisi della riforma appena citata è risultata particolarmente chiarificatrice, peraltro, per l’individuazione del limite *legittimo* dell’anticipazione penale, ossia per rispondere all’interrogativo emerso come centrale. Appare invero significativo (e condivisibile) che, nella prospettata novella, si riservi l’*illecito amministrativo* a condotte aventi ad oggetto alimenti vietati in funzione del principio di precauzione, mentre il *reato* sia rivolto alla prevenzione e repressione di condotte riferite ad alimenti la cui nocività sia *esistente* (cioè appurata sulla base di conoscenze scientifiche, anche non unanimi) o comunque *accertata e conosciuta* dal produttore-commerciante⁸³; e conseguentemente il nuovo art. 442 c.p. (*Omesso ritiro di alimenti pericolosi*) si basi

⁷⁸ Cfr. F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., p. 2 ss.

⁷⁹ C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno*, cit., p. 9.

⁸⁰ F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., p. 10.

⁸¹ F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., p. 11 s. Cfr. inoltre E. MAZZANTI, *Circolarità*, cit., p. 4 ss., che sottolinea come il diritto penale alimentare sia un terreno elettivo per l’affermarsi di “illeciti basati sulla *collaborazione* fra privati (operatori alimentari) e istituzioni pubbliche (di natura politica e scientifica)” (p. 4) e valuta positivamente l’impiego di “un procedimento *precauzionale* nel senso di scientificamente *incompleto* e dialogicamente *giustificato*” (p. 7).

⁸² Il riferimento è all’art. 6-*bis* del citato disegno di legge, sul quale cfr. F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., p. 12, anche per la distinzione tra flussi informativi eso-aziendali ed endo-aziendali.

⁸³ Cfr. F. DIAMANTI – L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., p. 13 s.

appunto su una *pericolosità attuale* degli alimenti⁸⁴ come reato costruito attorno a un “bene giuridico *intermedio* tra la mera difformità igienico-sanitaria e il vero e proprio pericolo per la salute pubblica: la *sicurezza per la consumazione del prodotto*”⁸⁵.

3.2. *La responsabilità da reato degli enti: correttivi e sviluppi.*

Nella “società del rischio”, il coinvolgimento della persona giuridica nella risposta sanzionatoria è apparso indispensabile, poiché le fibrillazioni indotte dalla *Risk Society* sul piano delle istanze di tutela presentano una strutturale “dominante collettiva”, che colloca l’ente al centro: come produttore e moltiplicatore di rischi, ma – al tempo stesso – come soggetto privilegiato a giocare la partita della prevenzione e della minimizzazione degli stessi.

Dunque, rispetto alla scelta della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche non paiono realistici eventuali ripensamenti ed occorre semmai individuare correttivi e prospettive di sviluppo.

Da un lato, alcune peculiarità del sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 ne hanno determinato una ridotta operatività sinora e potrebbero essere riviste.

Si è osservato⁸⁶, ad esempio, che lo schema del d.lgs. 231/2001, pensato per la grande impresa, risulta scarsamente compatibile con la realtà del tessuto imprenditoriale italiano, costituito per la maggior parte da piccole e medie imprese⁸⁷: qui proprietà e *management* coincidono e l’approccio preventivo del d.lgs. 231/2001 è destinato a fallire, poiché non vi è interesse a favorire azioni tese a far emergere la propria responsabilità⁸⁸. La conseguenza è che, in questo ambito, si è assistito ad una sorta di “affrancamento dalla obbligatorietà dell’azione penale” con limitatissime applicazioni del d.lgs. 231/2001.

In secondo luogo, una criticità del d.lgs. 231/2001 è costituita, come noto, dal requisito dell’idoneità del modello organizzativo adottato dall’ente, il cui apprezzamento è rimesso al giudice del caso concreto⁸⁹: di fronte all’impresa dunque, che pur si doti del *compliance program*, si apre uno scenario di sostanziale incertezza, non fugabile neppure con l’ossequio ai “codici di comportamento” di cui all’art. 6 c. 3 e senza possibilità di certificazioni di idoneità o di linee-guida considerabili come

⁸⁴ Cfr. E. MAZZANTI, *Circolarità*, cit., p. 8 ss.

⁸⁵ E. MAZZANTI, *Circolarità*, cit., p. 9.

⁸⁶ Cfr. F. D’ALESSANDRO, *Rischio*, cit.

⁸⁷ In merito, cfr. altresì i dati riportati da F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in F. Centonze – M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 89 s.

⁸⁸ Cfr. F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 91 ss., che conclude osservando che “l’applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alla realtà italiana della PMI genera a carico dell’impresa importanti costi per la *compliance* senza un reale beneficio in chiave preventiva”.

⁸⁹ Cfr. P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. Centonze – M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, cit., p. 74 ss.; V. MANES – A. F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, *ivi*, p. 137 ss.

“accreditate”⁹⁰. Non stupisce allora che, a fronte dell’onere economico rappresentato dalla sua redazione, gran parte delle imprese medio-piccole italiane dichiara di non aver provveduto ad adottare il modello organizzativo⁹¹, in ciò incoraggiata con ogni probabilità da un calcolo *razionale* del “rischio penale”⁹². L’unico settore, nel quale il legislatore si è fatto carico di esplicitare i requisiti propri del modello *idoneo*, è quello della tutela della sicurezza del lavoro (art. 30 d.lgs. 81/2008), individuando tra l’altro uno *standard* di riferimento in grado di fondare una *presunzione di idoneità* del modello per la fase di prima applicazione della responsabilità da reato dell’ente nel campo considerato⁹³. Una simile politica legislativa pare frustrare lo scopo del d.lgs. 231/2001, ossia “garantire le imprese, che si autoregolamentano e operano eticamente, dal comportamento scorretto di chi viola i principi della concorrenza”⁹⁴: è chiaro infatti che anche rispetto all’impresa adempiente non si prevedono efficaci meccanismi di salvaguardia, in grado di rendere prevedibile per l’ente il rischio penale. Ed è agevole il confronto con la politica legislativa viceversa intrapresa in contesti contigui – in quanto comunque espressivi del “rischio amico”, come s’è detto, tipico della *Risk Society* –, nei quali l’esigenza di certezza e della prevedibilità del rischio penale espressa dagli esercenti l’attività pericolosa socialmente utile è stata raccolta dal legislatore, che ha cercato di circoscrivere (a monte rispetto all’applicazione giudiziale) l’ambito della relativa responsabilità penale: il riferimento è ovviamente all’attività medico-chirurgica e alle novelle operate prima con il c.d. “decreto Balduzzi” e poi con la c.d. “legge Gelli – Bianco”⁹⁵.

In terzo luogo, anche laddove il sistema di responsabilità *ex crimine* dell’ente viene utilizzato, e cioè in rapporto alla grande impresa, il *carrot-stick approach*, che lo caratterizza, appare fortemente manipolabile: alla grande impresa, infatti, interessa “chiudere” rapidamente la vertenza processuale, anche per non subire le sanzioni interdittive applicate in via cautelare, mettendo a disposizione le risorse a ciò funzionali; sicché lo stesso destinatario della sanzione esercita pressioni sul sistema dei

⁹⁰ Cfr. I. SALVEMME, *I modelli*, cit., p. 1 s.

⁹¹ Cfr. F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 92.

⁹² Cfr. *mutatis mutandis* il “delinquente economico” descritto da C. E. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 583 ss.

⁹³ Sulle criticità legate alla formulazione dell’art. 30 c. 5 d.lgs. 81/2008, cfr. I. SALVEMME, *I modelli*, cit., p. 3 ss.

⁹⁴ P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità*, cit., p. 74.

⁹⁵ Cfr. rispettivamente art. 3 d.l. n. 158/2012 conv. in l. 189/2012, il cui primo comma disponeva che “L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”; e all’art. 6 l. 24/2017 che ha abrogato tale primo comma e introdotto nel Codice penale il nuovo art. 590-*sexies* (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*), il cui secondo comma prevede che “Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”. Anche I. SALVEMME, *I modelli*, cit., p. 9, auspica che il modello delle linee guida accreditate e delle buone prassi venga preso analogamente in considerazione rispetto alla responsabilità da reato dell’ente.

controlli per mitigare l'afflittività delle misure repressive e l'approccio sanzionatorio proprio del d.lgs. 231/2001 tende ad essere sostituito da un approccio "recuperatorio" di risorse all'erario⁹⁶.

Dall'altro lato, un problema già preso in carico dal d.lgs. 231/2001, ma meritevole di riconsiderazione, concerne la gestione dei grandi rischi non attribuibili individualmente⁹⁷. Per un verso, meriterebbe di essere opportunamente valorizzato lo schema di responsabilità scolpito dall'art. 8 d.lgs. 231/2001: una norma ritenuta centrale nel contesto delle più generali funzioni "politico-criminali" attribuibili al d.lgs. 231/2001, essendo indispensabile sul piano general-preventivo, dato che la complessità e l'opacità delle strutture organizzative di proporzioni grandi o medio-grandi possono rendere molto difficile, se non impossibile, l'accertamento delle responsabilità individuali⁽⁹⁸⁾; e in pari tempo una norma che acquista particolare rilievo in relazione alla criminalità colposa, ove può essere agevole la ricostruzione della colpa di organizzazione, pur nell'impossibilità di chiarire i contributi apportati dalle singole persone fisiche⁽⁹⁹⁾. Per altro verso, sulla via di un *approfondimento* della responsabilità dell'ente, si può ipotizzare – in corrispondenza dell'illecito di rischio (ritagliato nel contesto del *procedimento di valutazione e gestione del rischio*) – di sganciare quest'ultima dalla responsabilità della persona fisica¹⁰⁰.

* * *

In conclusione, la complessità delle sfide e delle esigenze di tutela poste dalla "società del rischio" impone una complessità delle risposte: risposte non disarticolate o sparse, ma saldate – in *'arcipelago'* – dalla rispondenza ad un obiettivo unitario, ossia la gestione dei potenziali d'offesa *leciti*, che – secondo il modello macro-sociologico filo conduttore delle presenti riflessioni – risultano immanenti all'organizzazione socio-economica.

Si creerebbero in questo modo le condizioni per rimediare alla sovraesposizione, nei settori considerati, della responsabilità penale della persona fisica, depotenziando le pressioni – prasseologiche o comunque frutto di urgenze e calcoli di opportunità politica – risultate sinora determinanti nella deformazione di alcuni tra i principali istituti penalistici.

⁹⁶ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Rischio*, cit., che dichiaratamente riprende un'intuizione di F. SCUBBI, *Il reato come rischio*, cit., p. 35 ss.

⁹⁷ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Rischio*, cit.

⁹⁸ Cfr. M. A. BARTOLUCCI, *L'art. 8*, cit., p. 7.

⁹⁹ Cfr. M. A. BARTOLUCCI, *L'art. 8*, cit., p. 11.

¹⁰⁰ Cfr. in tal senso C. E. PALIERO, *Responsabilità per danno*, cit.; F. D'ALESSANDRO, *Rischio*, cit.