

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA

Dottorato di Ricerca in scienze giuridiche

Nell'ambito della Scuola di dottorato: La cultura giuridica europea dell'impresa e
delle istituzioni

– Ciclo XXVIII –

OFFENSIVITÀ, AMBIENTE E DIRITTO PENALE.

IL CASO DELL'INQUINAMENTO ATMOSFERICO

Candidato: Francesco Diamanti

RELATORE: Prof. Massimo Donini

CORRELATORE: Prof. Donato Castronuovo

Coordinatore del Dottorato: Prof. Alberto Tampieri

Direttore della Scuola di dottorato: Prof. Aljs Vignudelli

2015

Ringrazio in primo luogo i miei genitori per il supporto non solo morale e i miei amici più stretti per aver reso questa esperienza unica.

Ringrazio Giulia per sopportarmi e supportarmi senza condizioni, per aver deciso di accompagnarmi lungo questo sentiero ripido, atipico e governato da sane illusioni.

Ringrazio i tanti professori – fra tutti, non posso non citare il Direttore di Dipartimento, Prof. Luigi Foffani e, anche se la collocazione giusta è fra gli amici più cari, anche il Prof. Vico Valentini – che sono riusciti, con grande affetto e passione, a insegnarmi tanto, anche del mondo accademico.

Ringrazio il Prof. Gladio Gemma per le lunghe e assai istruttive chiacchierate presso la biblioteca giuridica del Dipartimento.

Ringrazio il Prof. Alberto Cadoppi per l'accoglienza, la pazienza e l'affetto dimostratomi e il Prof. Mauro Catenacci per gli ottimi consigli scientifici e le chiacchierate durante il mio ultimo soggiorno friburghese.

Ringrazio poi il Prof. Ulrich Sieber del Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Friburgo in Brisgovia per avermi accolto più volte presso la struttura da lui diretta e la Dr. Konstanze Jarvers per gli ottimi consigli (non solo) tecnici e per la preziosa ospitalità.

Il "grazie" più importante va però ai miei referenti scientifici, il Prof. Massimo Donini e il Prof. Donato Castronuovo. Non riesco a trovare le parole adatte per riassumere ciò che penso, servirebbe un volume a parte; in poche battute posso solo limitarmi a dire che senza la loro continua presenza e la loro infinita pazienza, senza il loro costante impegno e il loro grande affetto, il mio percorso non sarebbe stato lo stesso.

Grazie davvero.

SOMMARIO

PREMESSA	9
 IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITA' NEL FUOCO DI UNA COSTITUZIONE CONDIZIONANTE. TRA MOTIVAZIONE DELLA LEGGE (PENALE) E VERIFICHE EX ANTE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE	
α. L'idea – L'esigenza di una ricostruzione storica	19
1. Il <i>nullum crimen sine iniuria</i> nella cultura giuridica europeo-continentale. Una breve ricostruzione ragionata delle tappe fondamentali del principio: dal danno all'offesa.....	23
1.1. Il danno e l'offesa.....	28
2. Non c'è offesa senza bene: tra <i>harm principle</i> e <i>Rechtsgut-theory</i>	31
2.1. Due opere fondamentali. L'harm principle	33
2.2. Dal diritto soggettivo all'interesse sociale. Non c'è offesa senza bene	36
2.2. I tentativi del Novecento. Verso la Carta costituzionale.....	47
3. Un clima favorevole per la ricerca del bene tutelabile penalmente: Costituzione e costituzionalismo	54
3.1. Costituzionalismo	54
3.2. L'educazione ai principi e le caratteristiche delle costituzioni (scritte).....	59
3.3. Il costituzionalismo penale	65
3.4. Il volto del bene (oggi) tutelabile col diritto penale	70
β. L'idea – L'offensività come principio	71
4. Presupposti e contenuti dell'offensività nella penalistica contemporanea. Alcune premesse essenziali di teoria generale del reato	72
4.1. Il senso della dogmatica per principi	74
4.2. I frutti ancora attuali della dogmatica classica	78
4.3. L'eterogeneità dei principi e il rifiuto della mera inosservanza	84
4.4. Dalla mera inosservanza alle caratteristiche di un terreno fertile per l'offensività come principio	89
4.5. Le varie declinazioni dell'offensività. Una introduzione sull'interlocutore principale	90
γ. L'idea – Un perché del dominio attuale della giurisprudenza.....	92

5. (segue) Wahlverwandtschaft. Dal diritto (penale) senza giuristi al paradosso della scienza inutile. Il costituzionalismo contemporaneo nella giurisprudenzializzazione del diritto.....	92
5.1. Problematiche concrete	94
5.2. Il dialogo tra scienza e giurisprudenza	100
5.3. Dalla qualità irraggiungibile della disposizione alla prevedibilità della norma. Alcune riflessioni sul precedente.....	107
5.4. Sul rapporto scienza penale e Corte costituzionale.....	113
5.5. Il dramma della produzione penalistico-emergenziale	114
5.6. Un nuovo progetto	119
6. Primo assioma: non ogni bene giuridico è penale. Verso la concretizzazione di criteri vincolanti.....	121
6.1. La plurioffensività interna.....	123
6.2. I beni diffusi o superindividuali.....	125
6.3. L'innesto della sola prevenzione generale all'interno della condotta	127
7. Secondo assioma: non ogni forma o modalità di offesa di beni è penale. I criteri per l'individuazione di un'offensività pregnante nel modello del pericolo astratto o presunto: tra l'oggettivo, il soggettivo e il nesso di rischio. Esempi.....	129
7.1. L'illecito come modalità di lesione tra disvalore d'azione e disvalore d'evento. Il finalismo minimo: " <i>Vorsatz nicht mehr zur Schuld, sondern zum Tatbestand</i> "	129
7.1.-bis Focus sulle tecniche di tutela	135
7.2. Il contenuto del pericolo	139
7.2-bis Suddivisione del pericolo con riferimento all'offesa	144
7.2-ter.. Pericolo concreto.....	146
7.2-quater. Pericolo astratto.....	148
7.2-quinquies. I reati di accumulazione e i limiti soglia.....	152
7.2-sexies. Il pericolo presunto.....	156
7.3. (segue) Non tutto è interpretabile in chiave d'offesa	159
7.4. Il principio di precauzione: tra vecchio e nuovo contenuto alla luce della scienza post-normale. Primi spunti di riflessione.....	160
7-bis. Sul gradino più basso dell'offesa (art. 131-bis c.p.).....	166
7-bis. 1. L'evoluzione della bagatella irrilevante.....	169
7-bis. 2. La nuova irrilevanza penale del fatto.....	173
8. Un esempio: il decreto-legge	184
9. La declinazione astratta dell'offensività nelle paure della Consulta: dalla selezione politica a quella scientifica	198

10. Non tutto è politica. <i>Scienza e Diritto Penale: un confronto diretto ma immaginario</i>	211
11. "Illusionisti", "illusi" e "allucinati". La classe negligente e i timori (<i>ir</i>)ragionevoli dei custodi dell'Esprit des lois. Confusione di poteri e circolazione di saperi. Una premessa centrale	252
12. Motivare davvero la legge penale? Dal "contenuto" della spiegazione (giustificazione scientifica + principi + ragione sostanziale) al "movente" politico. Inesistente è l'obbligo, ma anche il divieto.....	274
13. I costi di un controllo di costituzionalità esclusivamente <i>ex post</i> . Quelli che, dopo, sapevano tutto prima	291

**ILLECITO AMBIENTALE E OFFENSIVITÀ COME PRINCIPIO.
L'ESEMPIO DELL'INQUINAMENTO ATMOSFERICO**

ε. L'idea – Il senso dell'offensività nel diritto penale dell'ambiente e il perché dell'approfondimento sul settore atmosferico	295
1. Disciplina penalistica e pressioni europee.....	297
2. L'esigenza di una "Parte generale" orientata (anche) al principio di offensività nel diritto penale dell'ambiente in senso stretto.....	304
3. Problemi di Parte generale: un'introduzione.....	306
3.0.1. L'illecito.....	306
3.0.2. La colpevolezza.....	310
3.0.3. Circostanze (recidiva) e concorso di persone nel reato.....	316
3.0.4. Il sistema sanzionatorio in genere, oblazione, prescrizione e irrilevanza penale del fatto.....	317
3.1. Focus sul bene giuridico "ambiente" e sulle tecniche di tutela legittime.	321
3.2. L'inadempimento di obblighi di comunicazione alla p.a.	324
3.3. Le c.d. condotte propedeutiche all'offesa	327
3.4. Ulteriori brevi considerazioni sul dilemma della precauzione.....	328
3.5. Verso la parte speciale: un'altra legge dalla doppia anima (n. 68 del 2015). Meriti e criticità	329
3.5.1. L'inquinamento e il disastro ambientale tipico.....	330
3.5.2. Altre norme codicistiche.....	336
3.5.3. Le questioni "secondarie" della l. 68/2015	342

3.5.4. Estinzione del reato contravvenzionale. Procedura	343
3.6. Illeciti comuni nel Testo Unico Ambientale.....	346
4. L'alterazione delle condizioni naturali dell'aria: profili antichi di un problema attuale. La disciplina penalistica.....	347
4.3. (Segue) L'industria di ieri nel mondo di domani. Siamo homo sapiens-sapiens, ma non sempre si vede	356
4.3-bis. (segue) Diritto penale, inquinamento atmosferico e povertà	358
4.4. L'aria e il carattere necessariamente globale della sua tutela. Il caso delle "nubi di smog" made in Japan	361
4.5. L'art. 674 c.p.	363
4.6. All'interno del d.lgs. 152/2006: titolo I, parte V. La qualità dell'aria fra inosservanze rilevanti, omissioni specifiche, prescrizioni amministrative e superamento di limiti-soglia	368
5. Il modello tedesco di protezione penale della qualità dell'aria. Tra Costituzione e Codice penale.....	372
6. Considerazioni generali (ma finali) sul diritto penale dell'ambiente e sul "settore atmosferico"	380
BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE	387

All'influenza delle illusioni

PREMESSA

1. *Quando* un gruppo più o meno vasto di esseri umani può arrogarsi il diritto di punire i loro simili? *Come* deve organizzare questo castigo? Le risposte a tali interrogativi senza tempo hanno condizionato, insieme a varie altre, l'intera produzione scientifica di ogni penalista non apertamente abolizionista della storia.

Queste, appunto, sono le *macro*-domande da cui parte anche la nostra ricerca: non sappiamo come poter evitare nel mondo contemporaneo il ricorso alla privazione della libertà; tuttavia, siamo convinti che *il vero problema non consiste tanto nel rifiutare la violenza, quanto nell'interrogarci su una lotta contro la violenza che – senza languire nella non resistenza al male – possa evitare l'istituzione della violenza a partire da questa lotta stessa* [cit., E. Levinas]. E' solo un obiettivo, naturalmente; ma non un sforzo vano.

2. *Offensività, ambiente e diritto penale* è solo l'inizio di una ricerca; questo embrione contiene, in buona sostanza, solo gli strumenti essenziali del percorso, quelli senza i quali il nostro viaggio diverrebbe impossibile. E' un laboratorio più che una tesi ordinata e completa.

L'interesse è sorto, in realtà, dalla brutale repulsione verso quelle forme d'*ingiustizia* che il diritto criminale da sempre gestisce come arma e come fonte.

Come arma esso interviene oggi, esattamente come ieri, mediante la predisposizione di un precetto guardiano e di una sanzione spesso solo capace di raddoppiare il male già prodotto dalla violazione *eventualmente* offensiva del primo.

3. "Eventualmente", non è certo un termine casuale. Il suo utilizzo è d'obbligo in un qualsiasi sistema caratterizzato da un'idea di legge non sovrapponibile concettualmente all'ordine o al dovere incondizionato.

Quest'ultimo conglomerato di lettere, almeno se inserito nella frase in cui abbiamo deciso d'innestarlo, consente di partire da premesse orientate a interventi penalistici subordinati alla presenza di un bene giuridico, di tecniche di tutela e modalità di lesione davvero penali e d'interpretazioni

concrete o concretizzabili o comunque non incompatibili con la Carta costituzionale.

Purtroppo tali generalissime premesse non sono scontate, ma risultano il prodotto del *costituzionalismo* e del progresso della *scienza* giuridica occidentale.

4. Nemmeno “costituzionalismo” e “scienza (-giuridica)” sono termini caduti incidentalmente nella breve riflessione introduttiva che apre la presente ricerca. Essi testimoniano l’eterogeneità dei temi coinvolti dalla materia qui trattata e, al tempo stesso, ne risaltano la complessità.

Osservare l’evoluzione del costituzionalismo consente di prendere davvero coscienza della struttura teorica su cui si fonda il cuore del caotico sistema giuridico contemporaneo: non siamo sottoposti a leggi qualsiasi, ma solo a quelle costituzionalmente legittime; non prendiamo ordini, ma accettiamo regole compatibili coi diritti che proteggono la nostra dignità di persone; non (s)vendiamo la libertà per garantire a noi stessi la sola sicurezza, ma pretendiamo un loro corretto bilanciamento; non puniamo per soddisfare la sete privata di vendetta, ma per assicurare la libertà di tutti. In altre parole, non siamo sudditi ingenui, ma esseri umani assai affezionati alla perimetrazione dell’intervento dei nostri rappresentanti, ai loro *limiti*.

Quella dei limiti è una branca essenziale, anche se non l’unica, della scienza del diritto (penale) quella in cui s’inserisce a pieno titolo l’offensività come principio.

5. Essa – ci riferiamo ancora alla *scienza del diritto* – si presenta oggi con un volto in parte diverso da quello otto-novecentesco. La sua metodologia e il suo approccio teorico si sono dovuti evolvere per stare al passo con lo sviluppo e la diffusione dei diritti e dei principi fondamentali in loro tutela. Da un lato, il metodo classico deve confrontarsi con una società che richiede al giurista – e, nel nostro caso, al penalista – di guardare ad ogni ricerca con occhio critico, di approfondire le materie limitrofe da essa interessate (filosofia, sociologia, criminologia, diritto costituzionale, amministrativo, *etc.*), di scegliere con cura l’interlocutore

principale e di diluire la rigidità dogmatica di un tempo (che non c'è più) con l'elasticità dei principi.

Si tratta, almeno in parte, di un avvicinamento della teoria alla pratica; tuttavia, il ragionamento teorico deve solo imparare a interloquire con la prassi, non divenirne schiavo. Se così fosse, se la prassi potesse davvero condizionare le regole, i principi non avrebbero più alcun valore condizionante nei confronti di queste ultime e l'impalcatura creata sulla Costituzione si sbriciolerebbe facendoci precipitare, ancora una volta, nel buio di un nuovo totalitarismo dai contorni ad oggi non pronosticabili.

Per istaurare un dialogo utile con la prassi senza divenirne schiavi occorrono – anche, ma non solo – fattori esterni, quali: alleati attenti al progresso scientifico e rispettosi delle diverse finalità della scienza giuridica, che non coincidono tutte con la predisposizione di prototipi immediatamente utilizzabili, di linguaggi umili capaci di veicolare concetti semplici ma scientificamente corretti e di contrasto a quel baccano politico che costituisce la nuova didattica giuridica, un nuovo luogo dove poter apprendere informazioni, una nuova e assai pericolosa università, il salotto televisivo.

6. Queste riflessioni non costituiscono l'ennesima brodaglia polemica e asettica contro una macchina – penale o costituzionale – arrugginita e che dovrebbe funzionare meglio. Esse, al contrario, sono piuttosto tecniche, penalistiche, attinenti al tema approfondito nella prima parte della nostra riflessione.

L'offensività, come vedremo, concerne il principio-limite più caratteristico del progetto, ancora in corso, di costituzionalizzazione del diritto penale. L'unico, ad oggi e tra le altre cose, capace di fornire criteri selettivi per la scelta del bene giuridico tutelabile con minacce alla libertà personale. Se l'offensività presuppone il rispetto di tutti i principi costituzionali in materia penale, allora allo studio tecnico degli stessi deve immancabilmente seguire la comprensione delle modalità con cui essi assumono un valore davvero condizionante. Altrimenti il tutto perde di significato.

Ecco un altro punto: l'unico interlocutore interno ad oggi capace di fornire, tramite lo sviluppo di un dialogo serio con la scienza penale, un contributo decisivo sul punto è la giurisprudenza; l'unico protagonista, invece, è il cittadino. *I legislatori* non sono certo esclusi da tutto ciò, ma da attori principali sono divenuti semplici comparse, perché i loro continui errori e la loro frequente indifferenza ne hanno fatto emergere un carattere profondamente inattendibile. Verificando il contenuto dei frettolosi disegni di legge, ascoltando il dibattito pubblico sulle più scottanti tematiche penalistiche e studiando i vari *decreti-legge* da loro costruiti con ansia elettorale e frenesia, il giurista si accorge che non si tratta di un capitolo mal riuscito, ma di un libro forse piuttosto sospetto. Quasi come se si trovasse davanti – per usare una bella espressione di Stefano Rodotà – a una versione de *Il principe* di Nicolò Machiavelli pubblicato con una prefazione di Benito Mussolini, Bettino Craxi o Silvio Berlusconi.

7. Accanto a riflessioni di questo tenore presenteremo poi approfondimenti tecnici inerenti il contenuto più attuale delle tre versioni del principio di rango costituzionale d'offensività: quella astratta (beni e tecniche di tutela legittime), quella concreta (ermeneutica costituzionalizzante) e quella impropria (l'esiguità, *ex art. 131-bis c.p.*). Fondare ogni ragionamento sul bene giuridico significa impedire ai legislatori di reprimere a piacimento la libertà dei singoli, così come selezionare le tecniche di tutela costituzionalmente legittime significa impedire che, all'interno di questo più o meno grande spazio di discrezionalità, essi producano ingiustizie annunciate con l'utilizzo di presunzioni frettolose o svincolate dalla scienza. Non è tutto. L'ingiustizia si annida anche in altre attività parimenti illegittime quali la costituzionalizzazione forzata di ciò che non può in alcun modo, dato il valore della legalità come principio, essere reinterpretato in chiave costituzionale, o tramite la creazione di tipi costruiti su di un pericolo concreto non dimostrabile a giudizio, tramite la volontà di non riconoscere dati di fatto quali la collocazione di dolo e colpa come azione nel fatto tipico, l'esistenza di un disvalore d'azione unito a quello d'evento, *etc.*

Dicevamo appunto in apertura che il diritto penale è anche fonte dell'ingiustizia. Lo è, lo abbiamo detto anche in questa piccola premessa, se privo di limiti o ristretto in recinti illegittimi. Impedire che ciò avvenga è, senza bisogno di aggiungere altro, l'obiettivo ultimo di ogni sforzo diretto a implementare il progresso scientifico sul rispetto e sul contenuto dell'offensività come principio.

8. L'ambiente – qui passiamo alle premesse inerenti la seconda parte del nostro elaborato – è l'ambito sul quale ai legislatori piace sperimentare le più importanti deroghe ai principi fondamentali del diritto penale. Ciò avviene, principalmente, anche se non solo, in tema di offensività.

Una puntualizzazione è d'obbligo: immersi nella *società del rischio* – sostenevano autori come Hilgendorf, Prittwitz o Kuhlen negli anni Novanta del secolo scorso – non si può che espandere a dismisura la presenza del *figliastro della dogmatica penalistica* (Schünemann), ovvero la tecnica del pericolo presunto spesso senza un'offesa effettiva o ipotizzata, contro beni giuridici universali anche se vagamente definiti o, peggio, con il diritto penale del comportamento, la mera violazione di un obbligo assettico. Non solo, in mancanza di disposizioni specifiche è opportuno allargare le maglie della legalità per sanzionare disastri non violenti con sanzioni abbinate a precetti generici ma comunque diversi da, o addirittura opposti a, quella casistica. Questo è il cuore del problema, ma noi, come è facile intuire, non siamo pienamente d'accordo con simili conclusioni.

L'(ab)uso di penale in questo ambito è dovuto ad una grave carenza di effettività dell'intervento del diritto amministrativo. Migliorare la pubblica amministrazione è costoso e necessita di rivoluzioni macroscopiche di sistema difficilmente realizzabili da un legislatore assente e assai poco interessato a soluzioni prive di un serio *appeal* elettorale. La criminalizzazione di ogni condotta contro l'ambiente, unita alla costruzione di fattispecie soprattutto contravvenzionali fondate su di un pericolo presunto strutturalmente illegittimo, consentono di godere di un cospicuo ritorno mediatico dell'intervento legislativo e, contemporaneamente, di semplificare indagini e punizioni e, quindi, di

trovare un penalmente responsabile o, in altre parole, di costruire un *autore* anche laddove non c'è.

E i principi in tutto ciò? I principi spesso si eclissano o, quando va bene, risultano compressi all'interno di camicie di forza assai scomode e piuttosto ridicole. Si utilizzano *escamotage* poco credibili per abbandonarli, così come si modificano le etichette sperando che l'illegittimità del contenuto non trapeli dall'involucro.

Un caso che tratteremo all'interno della nostra ricerca concerne appunto ambiti in cui la teoria si struttura, più o meno consapevolmente, su un oggetto che non conosce: ci riferiamo, ad esempio, i c.d. limiti soglia e alla loro appartenenza fittizia alla *macro*-categoria del pericolo.

Per ragionare di pericolo, così come di danno, serve un bene giuridico dotato di certe caratteristiche; ma isoliamo per qualche istante questo dato e concentriamoci sulla descrizione dei limiti-soglia nell'*ecotossicologia*.

Essi, in breve, sono strutturati da organismi regolamentatori che fissano valori non consentiti riflettenti una presenza indesiderabile di sostanze più o meno tossiche in posti vari (acqua, aria, suolo, *etc.*). La loro determinazione numerica avviene fissando una soglia inoffensiva, perché priva di qualsiasi effetto sull'ambiente e sull'uomo, e moltiplicandola per un "fattore di sicurezza" che provoca una diminuzione dello stesso di 10, 100, 1000 o più volte.

Col superamento dei limiti soglia il pericolo non si genera sempre e automaticamente nella realtà empirica per via del *fattore di sicurezza*. Pertanto, laddove s'intende punire penalmente il superamento di una soglia si reprime con la limitazione potenziale della libertà personale una mera disobbedienza, un comportamento non accettabile. Non c'è alcun bene giuridico qui, così come non vi è insorgenza di pericolo. Non è un caso che un sicuro protagonista della letteratura penalistica del Novecento, ci riferiamo a Federico Stella, abbia dedicato un intero capitolo della sua opera principale (*Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*) al contrasto di questo fenomeno.

9. La nostra attenzione si è diretta, da ultimo, verso i nuovi *eco*-delitti, l'imponente disciplina "secondaria" inerente le contravvenzioni

ambientali prevista dalla legge n. 68 del 2015 e, più nello specifico, verso il *micro*-cosmo della tutela penale contro l'inquinamento atmosferico.

La riforma, seppur da lungo tempo attesa, non pare delle migliori, ma in questa sede non ha senso anticipare altro.

Assai più significativa risulta invece la breve giustificazione dell'approfondimento sulla qualità dell'atmosfera. L'inquinamento dell'aria costituisce, a livello mondiale, il rischio più grave in materia di salubrità dell'ambiente. Ogni anno, 4,3 milioni di decessi sono riconducibili almeno in parte all'esposizione all'inquinamento dell'aria all'interno delle abitazioni e 3,7 milioni all'inquinamento dell'aria esterna. Nell'U.E. il costo in vite umane di una scarsa qualità dell'aria è più elevato di quello degli incidenti stradali. Parliamo della prima causa ambientale di morte prematura nel nostro continente. Senza considerare i suoi costi: circa 23 miliardi di euro l'anno. Tali tragici dati – derivante dall'ultima comunicazione dell'*WHO* (World Health Organization) sul tema – richiamano immediatamente un secondo problema: la disciplina (penale, ma non solo) che i singoli Paesi hanno inteso o intendono strutturare per contrastare il fenomeno.

Da un lato occorre intervenire, ma dall'altro tale intervento non può che seguire i principi fondamentali che orientano la normativa sul rispetto dei diritti più importanti dell'essere umano.

Ecco dunque la ragione più specifica, o più tecnica, che ci induce ad approfondire la materia: verificare la compatibilità della stessa coi principi – nel nostro caso con l'offensività – e fornire un piccolo contributo ai lavori che porteranno, domani, ad un suo miglioramento. Almeno questa è la nostra speranza o, forse, la nostra illusione.

Febbraio, 2016

F.D.



ANTIGONE CONDANNATA A MORTE DA CREONTE – Giuseppe Diotti, 1845

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ NEL FUOCO DI UNA COSTITUZIONE CONDIZIONANTE. TRA MOTIVAZIONE DELLA LEGGE (PENALE) E VERIFICHE EX ANTE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

SOMMARIO: α . *L'idea – L'esigenza di una ricostruzione storica* – 1. Il *nullum crimen sine iniuria* nella cultura giuridica europeo-continentale. Una breve ricostruzione ragionata delle tappe fondamentali del principio: dal *danno all'offesa* – 2. Non c'è offesa senza bene: tra *harm principle* e *Rechtsgut-theory* – 3. Un clima favorevole per la ricerca del bene tutelabile penalmente: *Costituzione e costituzionalismo* – β . *L'idea – L'offensività come principio* – 4. *Presupposti e contenuti dell'offensività nella penalistica contemporanea*. Alcune premesse essenziali di *teoria generale del reato* – γ . *L'idea – Un perché del dominio attuale della giurisprudenza* – 5. (segue) *Dal diritto (penale) senza giuristi al paradosso della scienza inutile*. Il costituzionalismo contemporaneo nella giurisprudenzializzazione del diritto (costituzionale) – 6. Primo assioma: *non ogni bene giuridico è penale*. Verso la concretizzazione di criteri vincolanti – 7. Secondo assioma: *non ogni forma o modalità di offesa di beni è penale*. L'illecito come modalità di lesione e i criteri per l'individuazione di un'offensività pregnante nel modello del pericolo astratto: tra *l'oggettivo*, *il soggettivo* e *il nesso di rischio*. Esempi – 7-bis *Sul gradino più basso dell'offesa (art. 131-bis c.p.)* – 8. Un esempio: il decreto-legge – 9. Verso una *dogmatica dei principi*. La declinazione astratta dell'offensività nelle paure della Consulta. Dalla selezione "politica" a quella "scientifica" – 10. Non tutto è politica. *Scienza e Diritto Penale: un confronto diretto, ma immaginario* – 11. *"Illusionisti", "illusi" e "allucinati"*. *La classe negligente e i timori (ir)ragionevoli dei custodi dell'Esprit des lois*. *Confusione di poteri e circolazione di saperi. Una premessa centrale* – 12. *Motivare davvero la legge penale? Dal "contenuto" della spiegazione (giustificazione scientifica + principi + ragione sostanziale) al "movente" politico*. *Inesistente è l'obbligo, ma anche il divieto* – 13. *I costi di un controllo di costituzionalità esclusivamente ex post*. *Quelli che, dopo, sapevano tutto prima*

α . L'idea – L'esigenza di una ricostruzione storica – Il diritto penale è la branca (pubblicistica) più violenta di cui un ordinamento giuridico può ad oggi disporre. Nella storia esso ha conosciuto un lungo periodo nel quale rimaneva confuso *con la*, o sovrapposto *alla*, morale: il reato era un peccato e il peccato era un reato. Questa logica ha vissuto (teoricamente e

praticamente) indisturbata per secoli, fino a quando, paradossalmente, l'essere umano non ha assunto un ruolo d'importanza centrale nella società religiosa.

Siffatto cambiamento culturale, anche se ciò può risultare strano, trova le sue origini più remote nel medioevo, all'interno della religione cattolica. Il cambio di prospettiva fu radicale: l'uomo (e non più una divinità) iniziò a percepire sé stesso come fondamentale incominciando a richiedere autonomia di pensiero iniziando dall'etica. *La morale* religiosa imposta ai più (cattolica, pagana, *etc.*) iniziò a frantumarsi in *più morali*, preparando così lo sfondo culturale che avrebbe portato l'umanità verso quell'idea di libertà sviluppatasi all'interno nell'illuminismo. Gli uomini impararono a diffidare delle informazioni imposte dall'alto e, di conseguenza, iniziarono a (ri)cercare da soli la verità. La curiosità consentì loro di scoprire la scienza empirica e la sua relazione con la felicità: le scoperte tecnico-scientifiche, anche indipendentemente dai loro rapporti con la religione, avrebbero potuto migliorare la società. Questa era l'idea centrale all'interno dello sviluppo in parola.

Anche il diritto iniziò una lenta trasformazione: almeno inizialmente con la separazione teorica dalla morale. Reato e peccato non potevano più essere confusi, il *diritto scritto* obbligava a fare od omettere, non a credere o non credere in qualcosa. In secondo luogo, in un'ottica tutta utilitarista, il diritto doveva intervenire per realizzare ciò che sarebbe risultato maggiormente utile in una determinata comunità; la massima felicità per il maggior numero, questo era lo *slogan*.

Ora, applicando queste due ultime acquisizioni teoriche – all'epoca erano solo idee ben lungi dal trasformarsi in azioni concrete – al diritto penale, alcuni studiosi illuminati arrivarono a comprendere come la violenza delle pene dovesse essere ridotta e come il diritto penale potesse legittimamente intervenire solo se assolutamente necessario e a fronte di offese non riconducibili ad una morale determinata. Avrebbe dovuto combattere offese concrete, visibili o, meglio, potenzialmente percepibili da chiunque: il rapporto omosessuale consensuale, così come l'adulterio, ad esempio, divenivano fatti dannosi, se è così che vogliamo dire, solamente per la

sensibilità dei credenti, non per quella di chiunque. *In casi come questi il diritto penale non avrebbe potuto intervenire (!)*, questo è il punto.

Ci troviamo davanti all'origine del *nullum crimen sine iniuria*, ovvero alla base concettuale dell'offensività come principio.

Sostenere che il diritto penale possa intervenire solo a fronte di un fatto *danno per chiunque*, quindi una lesione effettiva, però, non è abbastanza. Vero è che il diritto penale *deve* intervenire solo in presenza di lesioni gravi che possono potenzialmente colpire tutti, ma è anche vero che non è sempre possibile attendere queste ultime intervenendo "a giochi fatti". Occorre anche anticipare il danno con le tecnica del pericolo: è in questo passaggio (*danno* → *danno + pericolo*) che nasce il concetto di *offesa*.

Ancora: per comprendere l'esistenza di un'offesa occorre capire *contro cosa essa deve dirigersi*. Il primo obiettivo che è possibile registrare nell'evoluzione storica in parola è il diritto soggettivo. Tuttavia, è chiaro che se proteggo con il diritto penale le sole condotte che offendono i diritti soggettivi, allora devo rinunciare alla punizione dei fatti che ledono o mettono in pericolo entità ad essi non pienamente riconducibili: ad esempio, lo Stato, il pudore, la moralità pubblica, *etc.*

Da qui l'idea tutta tedesca di proteggere i c.d. *beni giuridici*, piuttosto che i soli diritti soggettivi dei singoli. I "beni" o "interessi" giuridici, risultano assai più funzionali ad un'espansione a tappeto del potere d'intervento del diritto penale: essi, in primo luogo, non sono ristretti in definizioni classiche e non costituiscono un numero chiuso. In altre parole, non posso inventare un diritto soggettivo per punire penalmente la sua violazione, né possono considerare soggettivo un bene collettivo, diffuso, *etc.*; tutti problemi, questi, che posso invece risolvere utilizzando il diverso concetto di bene giuridico.

Per *bene* intendiamo un valore condiviso, un interesse di tutti i componenti di una determinata società più o meno organizzata, non solo dei singoli componenti. Ora, se teniamo in stretta considerazione le grandi problematiche che concernono la definizione di *diritto soggettivo*, possiamo comprendere l'entità di quelle che colorano il geneticamente più fumoso concetto di bene giuridico.

Eccezion fatta per un nucleo ristretto di pensatori anche contemporanei, il diritto risulta tutto orientato alla tutela (privatistica, amministrativistica, *etc.*) dei beni giuridici. Non abbiamo altri modelli validi a disposizione. Tuttavia, solo alcuni beni presentano le caratteristiche sufficienti per meritare una tutela strettamente penalistica. Solo pochi risultano bilanciabili con i beni che vengono minacciati dalla sanzione criminale (la libertà personale o la vita).

In primo luogo, occorre comprendere se tali beni giuridici meritevoli di tutela penale preesistono al legislatore o sono il frutto di una scelta politica di quest'ultimo. Nel primo caso la politica non sceglie contro cosa debbano dirigersi le condotte astrattamente punibili e la ricerca dei beni è lasciata alla scienza nel suo complesso (giuridica, filosofica, sociologica, *etc.*); nel secondo, al contrario, la politica gestisce la scelta di ciò che può o che non può risultar bilanciabile con la libertà personale o, in alcuni sistemi giuridici anche contemporanei, con la vita.

In secondo luogo, se si sceglie di condividere l'idea di bene giuridico come entità preesistente, allora si deve pensare ad un metodo capace di selezionare, tra tutti i beni giuridici di questo tipo, quelli di rilievo penalistico.

Quale punto di riferimento, almeno in buona parte del mondo occidentale, abbiamo le Costituzioni. Nel nostro caso, la Carta fondamentale è rigida e condizionante: ovvero si presenta come (solo in parte) modificabile con procedure diverse rispetto a quelle legislative classiche e capace di imporsi sulla politica col mezzo del *Judicial review* anche sostanziale.

Ora, con ciò non intendiamo recuperare l'idea di una Costituzione-Codice – solo i beni espressi nella Carta risultano meritevoli di protezione penale – ma di un Codice-Costituzione sì: solo i beni giuridici che presentano caratteristiche non incompatibili con tutti i principi penalistici espressi nella Carta costituzionale possono pretendere di affrontare un bilanciamento con la libertà personale.

Per concludere, col bene giuridico come categoria riusciamo – seppur con tutti i limiti del caso – ad aggiornare l'intervento punitivo al progresso della società; dall'altro lato, però, appoggiandoci sull'idea di un Codice-

Costituzione per limitare il potere del politicante di turno affidiamo alla Consulta il compito di tenerci alla larga da derive autoritarie capaci di confondere la politica con la scienza, il bene giuridico col volere del legislatore e la legge penale con l'ordine.

1. Il *nullum crimen sine iniuria* nella cultura giuridica europeo-continentale. Una breve ricostruzione ragionata delle tappe fondamentali del principio: dal danno all'offesa – Il diritto penale dei principi è un prodotto della modernità¹. Inoltre (e, forse, prima ancora) è un prodotto del *giustificazionismo* quale risposta alla domanda tutta penalistica del *se* e del *perché* punire, proibire e giudicare. Queste annose diatribe non esauriscono tuttavia gli interrogativi di fondo della materia. Sussistono in merito almeno altre due questioni fondamentali inerenti il “quando” e il “come” punire, proibire e giudicare. Si tratta, come noto, di *macro*-interrogativi sostanzial-filosofici diretti a comprendere le modalità con le quali stabilire una bontà delle leggi ormai di per sé non più precisabile con la nota formula del *prohibendum quia peccatum*.

Mantenendo una visuale ad ampio spettro, dal Codice di Hammurabi al XVIII° Secolo, l'idea e la pratica della giustizia non hanno conosciuto stravolgimenti davvero sensazionali di paradigma². Tuttavia, scendendo nello specifico, si nota come il passaggio centrale nella genesi della cultura moderna (anche criminalistica) sia da ricercare nel Medioevo e, più precisamente, nella creazione della metafisica del personalismo assoluto³;

¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, X ed., 2011, p. 5.

² In questo senso v. VANEIGEM, *Né vendetta Né perdono. Giustizia moderna e crimini contro l'umanità*, La Découverte, Parigi, 2009 (traduzione it. Elèuthera Editore, 2010), p. 12. Dal nostro punto di vista, il paradigma penalistico cambia con una modifica radicale dell'idea della punizione come raddoppio del male. Non avendo spazio per specificare meglio il punto, rinviamo a: DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 56, n. 3, 2013, p. 1162 ss.

³ Così GENTILE, *Il concetto dell'uomo nel rinascimento*, vol. *Il pensiero italiano del rinascimento*, Firenze, III ed., 1940 p. 46 ss.; BURCKHARDT, *La civiltà del rinascimento in Italia*, (trad. it.), Firenze, 1958, p. 125 ss.; CHABOD, *Il rinascimento*, in *Problemi storici e orientamenti storiografici*, Rota (a cura di), Como, 1942, *passim*, (spec. P. 471).

nell'idea, cioè, della destinazione dell'uomo a personalità completa mediante l'avvicinamento a Dio, un avvicinamento che consiste nell'essere compresi e formati dallo spirito divino. Solo il *personalismo medievale* avrebbe potuto rompere i dogmi morali e spostare l'essere umano al centro di un ordine tutto suo, divenendo *umanesimo* per poi rinascere quale declinazione individualizzante della cultura nel suo complesso. La persona, da quel momento al centro della riflessione, non si accontenta più e incomincia a richiedere spazio morale, oltre che concettuale, fino a provocare la scissione dell'*unicum* ecclesiastico in più Chiese indipendenti. Con tono provocatorio è possibile affermare che proprio la religione abbia ricoperto un ruolo determinante nella separazione del diritto dalla morale: il *personalismo* ha generato il *pluralismo*, la caratteristica più tipica della mentalità moderna.

L'evoluzione culturale in parola, almeno sotto un certo profilo, pare coincidere con l'incubatrice di quell'illuminismo che avrebbe diffuso e sviluppato l'idea di libertà in Europa e nel mondo. Nel florido segmento temporale ribattezzato rinascimento italiano⁴, infatti, alcuni cambiamenti di contorno, generati dal basso (nelle botteghe artigiane), consentirono l'abbandono dell'assimilazione avalutativa e falsificatoria dei testi sapientemente interpolati del passato e lo sviluppo di una scienza umanizzata, più divulgabile⁵ e intellettualmente libera. Si formò qui l'indipendenza genuina dall'autorità tradizionale.

E' certamente vero che durante l'umanesimo, come anche nel corso del rinascimento, esisteva ancora un forte attaccamento alla filosofia teologica e alla relativa mentalità scolastica, tuttavia ciò non impone di mistificare un'evidenza: è in quel momento che la società ha compiuto i primi passi verso la modernità razionalista. Citare pensatori rinascimentali ancorati a logiche medievali per screditare la tesi qui condivisa non è affatto

⁴ Le tesi esistenti sull'inizio della modernità sono numerosissime: v. gli studi di Troeltsch (che fissano la linea sulla Riforma) criticata anche da BOBBIO, *Giusnaturalismo moderno*, Tommaso Greco (a cura di), Torino, 2009, p. 150.

⁵ Si pensi all'idea di Johann Gutenberg, il primo ideatore della stampa moderna.

operazione diversa dal citare Goffredo Guglielmo Leibniz o Giambattista Vico per opporsi a quella fondata sulla genesi della modernità nel '600.

L'affermazione però non deve confondere. Durante tutto il rinascimento non si diffusero i principi cardine del sistema giuridico-penale contemporaneo, né si teorizzarono nette separazioni tra diritto e morale⁶. In quei secoli – ecco il dato più importante – presero forma le quattro *macro*-premesse culturali per il futuro sviluppo dell'età dei lumi: il naturalismo incominciò ad occupare spazi prima riservati alla sola divinità, la scienza omissiva (l'assimilazione) cedette il passo alla scienza attiva e propositiva, la Chiesa romana perdette quel ruolo di attrice-protagonista tipico dell'epoca medievale e l'essere umano recuperò il centro del palcoscenico.

Il panorama filosofico e spirituale mutò quindi radicalmente. Da un lato, il panteismo razionale dinamico di Giordano Bruno, insieme alla sua propaganda per la libertà di pensiero, intendeva modificare le basi del pensiero religioso e raggiungere scopi sociali: la natura diveniva l'anima di Dio, il male un ingrediente necessario della vita dell'uomo ma egli deve perseguire il bene mediante la costruzione di una civiltà dalle mille arti. Il lavoro si trasformò nel senso dell'esistenza con cui l'uomo avrebbe realizzato le potenzialità della natura. Dall'altro lato, le varie chiese non cessarono mai di perseguire il rifiuto di quel *pluralismo* (così come generato dal *personalismo cattolico*) che aveva consentito loro di separarsi dalla Chiesa romana, ma continuarono imperterrite ad inseguire il sogno di una verità universale⁷. Sotto ancora un altro profilo, anche la politica pura – con Machiavelli – incominciava lentamente a distinguere la *legge morale* dalla *Ragion di Stato*, il *potere dai fini*, con Bodin ad esempio, fino

⁶ Per tutti, v.: MEREU, *Il diritto penale secondo Alfonso De Castro*, in *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, I, p. 283 ss. Anche se poco conosciuto, Alfonso De Castro è passato alla storia come uno dei padri del diritto criminale moderno. Un autore il cui pensiero penalistico risulta da un lato moralizzante e dall'altro profondamente innovativo (sul discorso della pena, ad esempio).

⁷ Sul punto imprescindibile il lavoro, ad oggi insuperato, di: TROELTSCH, *Le dottrine sociali delle chiese e dei gruppi cristiani* (trad. it.), Firenze, 1960.

alla fondazione Hobbesiana del diritto sull'autorità di colui che lo produce: *auctoritas non veritas facit legem*, si diceva. Da ultimo ma non per ultimo, una centrale modifica dell'idea della scienza caratterizzava quel periodo. Essa, al netto delle scoperte tecniche e delle nuove metodologie sperimentali di Galileo Galilei, contribuì a far luce per la prima volta nella storia dell'uomo sul rapporto diretto tra *scienza e felicità*: il benessere poteva dipendere (anche) dallo sviluppo scientifico. Questo almeno è quello che capiamo rileggendo la grande opera di Francesco Bacone (*Nova Atlantis*), la miccia dell'utopia tecnologica moderna.

Servendosi di queste strabilianti acquisizioni culturali, l'illuminismo ha potuto combattere un sistema *economicamente esanime* e fondato sull'*ineguaglianza giuridico-politica*. L'ha affrontato, in primo luogo, con la *felicità*, uno dei più grandi temi dell'illuminismo: la ragione doveva sbarazzarsi del peccato originale e portare l'uomo a insistere sulle sue capacità costruttive e positive. Poi lo scontro ha conosciuto il sorgere dell'idea della centralità della legge nel sistema delle fonti e dell'esaltazione della sua positivizzazione quale veicolo principale per la concretizzazione, se possibile senza filtri (ermeneutici⁸), del diritto naturale. Questo nuovo approccio teorico, sicuramente assai "garantista" per l'epoca ha provocato sconvolgimenti inimmaginabili diretti allo sviluppo della *libertà politica* mediante la separazione democratica dei *poteri* (Montesquieu), di quella *intellettuale, culturale e religiosa* (Voltaire) e, per quel che qui importa maggiormente, di un diritto diverso da quello *metafisico-religioso* ma retto nei fatti da quella *scuola del diritto naturale* dei secoli XVII e XVIII⁹ che, impugnando le bandiere della libertà politica, avrebbe costruito nell'Ottocento lo Stato di diritto; un mondo, questo, dove s'incominciava a riconoscere il confine, tutto scientifico, tra *reato e peccato*, dove la pena capitale diveniva in molti casi incomprensibile, così come la tortura, le pene corporali, i delitti di magia, stregoneria, alcuni

⁸ *Giudice come esecutore = rifiuto tendenziale dell'ermeneutica.*

⁹ Fondamentale la trattazione di SOLARI, *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Torino, 1904.

comportamenti meramente immorali o stati d'animo apparentemente malvagi, condotte solo potenzialmente pericolose, *etc.* Un'acquisizione, quella della separazione teorica tra diritto (penale) e morale, che assieme alle acquisizioni di John Locke forma la base filosofica di ogni teoria garantista contemporanea.

Gli illuministi però non erano indifferenti alla morale, sia chiaro; né le loro conquiste paragonabili ad una vera e propria rivoluzione politica. Si trattava più di un progresso legato alla diffusione dei lumi, di azioni pedagogico-culturali (anche) in funzione di un recupero di una certa etica: avevano però compreso come l'unico luogo in cui la morale, quella autentica, avrebbe potuto svilupparsi fosse uno spazio tendenzialmente libero da misure coercitive opprimenti e incondizionato dalla minaccia penale, dal rimprovero pubblico, dal patibolo¹⁰. Avevano intuito, inoltre, che l'arma penale avrebbe imposto all'uomo di entrare *in* chiesa ma mai *nella* Chiesa. E questo può essere considerato un obiettivo tutto scientifico nel suo genere, non politico o strettamente religioso.

Esiste poi un'altra filosofia per noi essenziale: quella utilitaristica. L'utilità penale, il ragionamento *costi/benefici*, ha consentito di aggiungere argini centrali alla violenza illimitata del legislatore: i costi delle proibizioni e delle punizioni sono giustificati nel bilancio di una nazione se, e solo se, diretti a prevenire azioni lesive contro terzi; ma questo, in fondo, non è altro che la base di partenza del *liberalismo classico* e dell'idea aristotelica della pena come intervento, se possibile, da evitare perché *contro-natura* se non posta strettamente a tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

L'idea era la subordinazione dell'intervento proibitivo e punitivo all'assoluta necessità (*nullum crimen, nulla poena, sine necessitate*): la "setta" più violenta del diritto non poteva più intervenire, almeno teoricamente, su azioni indifferenti, ma doveva costituire l'estremo rimedio. Chiari i nessi di questa idea con l'odierna riserva di legge in materia penale.

¹⁰ Per tutti: FEUERBACH, *Kritik des natürllichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürllichen Rechte*, 1796, rist., Hildesheim, 1963, p. 289 ss. Ampia bibliografia in FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 517 (nota 15).

Da qui l'attenzione si è velocemente spostata su ciò che consente (naturalisticamente) d'individuare quegli effetti diretti a terzi che s'intendono prevenire: l'evento di danno. *Nulla necessitas sine iniuria*; è questa l'idea che porta il *nullum crimen sine necessitate* ad evolversi nel *nullum crimen sine iniuria*.

Su tale fronte la cultura illuminista non ha inventato nulla, si è "solo" limitata a recuperare l'idea del *danno ad altri* quale ragione centrale per l'individuazione dei criteri e delle misure di ogni proibizione e di ogni pena e di riorganizzare concettualmente un principio antico quanto la storia della filosofia e ampiamente conosciuto, oltre che (seppur diversamente) utilizzato¹¹, nel diritto romano.

Già nel pensiero di Aristotele e di Epicuro l'ingiustizia presupponeva un danno all'individuo o, addirittura, alla comunità. Già a quel tempo si conosceva la premessa a qualsiasi risposta al "quando proibire": l'unico intervento violento utile non poteva che essere quello capace di assicurare una situazione dove si riceve e si provoca (reciprocamente) *meno danno possibile*, che non è altro che il negativo dell'idea kantiana di far intervenire il diritto al solo fine di rendere compatibili le libertà di tutti¹², poi trasposta *alla lettera* nella Dichiarazione dell'89.

1.1. Il danno e l'offesa – L'idea del *danno*, come noto, la si ritrova in ogni branca del diritto: civile, commerciale, privato, penale, *etc.* Essa può delineare il caposaldo della responsabilità civile – sin dal diritto romano è noto come il suo contenuto sia stato costruito sulla lesione di un diritto

¹¹ I giuristi romani non erano "giganti nel diritto civile e pigmei in quello penale" – affermazione, questa, attribuita senza citazione dal Ferri a Francesco Carrara (cfr. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Studi sulla criminalità*, II ed., Torino, 1926, p. 375 ss.) –. Essi avevano elaborato precetti generali e istituti specifici utilizzabili (anche) nelle materie penalistiche: *il nēminem laedere*, infatti, si origina proprio in quel contesto. Per tutti, v.: GAINNITI, *Criminalistica. Le discipline penalistiche e criminologiche nei loro collegamenti*, Milano, 2011, p. 1 ss.

¹² Oltre alle classiche opere di I. Kant, si veda un volume ormai antico e troppo spesso dimenticato: AHRENS, *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto, secondo lo stato attuale di questa scienza in alemagna*, prima traduzione italiana, Cantone Ticino, 1837, p. 69.

patrimoniale o comunque di un diritto soggettivo – oppure, per quel che qui c’importa maggiormente, la sostanza dell’illecito. Già in Carrara troviamo una importante distinzione fondata sulla tipologia di danno: *danno immediato* (il c.d. male sensibile), a sua volta scomponibile in *effettivo/potenziale* e *danno mediato* (l’allarme sociale provocato dal reato). Dopo le due opere del Rocco numerosi autori italiani, oltre che stranieri (anche precedenti¹³), si sono concentrati sul concetto di *danno* “penalistico”; tuttavia, un tratto comune a quasi ogni lavoro sul tema è la stretta correlazione tra il concetto di *danno* e quello di *male*, di *torto*, di *alterazione del bene*, etc., ovvero tutto ciò che reca *dolore* psichico o fisico ad un altro essere umano. Già Romagnosi e Rocco si esprimevano in questo senso. Un osmosi concettuale tra *danno* e *reato* esiste e risulta inscindibile; l’approfondimento di questa relazione costituisce pertanto una delle poche strade per giungere il cuore del diritto criminale.

L’*illecito* si nutre solo di *condotte*, attive o omissive, caratterizzate da una componente fisico-materiale, l’*azione*, il *facere* o il *non facere* naturalistico, ed una psichica e impersonale (*dolo* e *colpa* come azione) previste dalla legge penale e spesso accompagnate da un risultato visibile, distinguibile e afferrabile: l’*evento*, inteso come effetto della condotta così caratterizzata. Tuttavia, con quanto appena delineato conosciamo il *fatto* ma non ancora l’illecito. Per individuare quest’ultimo (l’*Unrecht*) occorre andare oltre, serve il danno o, meglio, l’offesa: il contenuto sostanziale dell’illecito.

Danno e *offesa* non sono concetti sovrapponibili nella realtà. Il danno *strictu sensu* inteso implica obbligatoriamente un pregiudizio effettivo concretizzato in un evento, l’offesa no, non solo almeno. Essa – benché presente nel latino [*ob-* contro/*fendere-* colpire] – è in origine null’altro che un’importazione dogmatica del concetto tedesco di *Angriff* (aggressione o

¹³ V.: A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1906; ID., *Opere giuridiche*, v. I, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale, contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1932; LISZT, *Die Deliktobligationen im system des Bürgerlichen Gesetzbuches. Kritische und dogmatische Randbemerkungen. (= Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, VIII)*, Berlin, 1989.

attacco). Sostituendo il danno con l'offesa siamo riusciti a concepire la differenza tutta penalistica tra *danno* come lesione e *pericolo* come effettiva probabilità di lesione. Infatti: *offesa* (Angriff) = *danno* + *pericolo effettivo*. Due tipi di pregiudizi – non solo quello *effettivo* ma anche quello *probabile* teorizzato per la prima volta da Karl Binding¹⁴ e verificabile col mezzo lisztiano della *prognosi postuma* – legati ad altri paradigmi scientifici, dotati di due profili soggettivi diversi (*dolo di lesione* e *dolo di pericolo*) e graduabili: dalla soppressione totale e assoluta del bene (l'omicidio consumato) è ipotizzabile, anche se non auspicabile, l'attracco su isole ben lontane dalla lesione effettiva, spesso addirittura sprovviste di un dato scientifico di supporto (§ 7.6). L'offesa così delineata, comunque, non può considerarsi implicita ad ogni condotta: il *fatto* non nasce sempre *offensivo* o potenzialmente tale perché *contrario all'obbligo*. Occorre comprendere sin da ora che il legislatore, inversamente a quanto sostenuto da Francesco Antolisei e Carnelutti nel secolo scorso¹⁵, essendo spesso capriccioso o pasticciatore, può creare fattispecie “a vuoto”, precetti di mera disobbedienza. Esiste il fatto *offensivo* e *oggettivamente tipico* ma *non soggettivamente tale* come esiste quello *oggettivamente e soggettivamente tipico* ma *inoffensivo*; quest'ultimo, al pari del primo, nascerà indifferente, ma rifiutare la sua esistenza materiale significa regredire di quasi cent'anni e tornare a concezioni tecniciste e acritiche della prima metà del secolo scorso¹⁶.

¹⁴ Vedi: BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts Vierte Auflage. Erster Band. Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1922.

¹⁵ Cfr., per tutti: ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.

¹⁶ Sul tema v. anche DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Laicità valori e diritto penale*, A. Cadoppi (a cura di), Milano, 2010, p. 48 (nota 16). In effetti, almeno sotto un profilo storico, il concetto di “mera disobbedienza” era caratteristica assai presente nell’idea d’illecito contravvenzionale presente nei nostri classici [cfr., ad esempio: CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, VII ed., Lucca, 1889, I, p. 32 ss.; per una completa ricostruzione storia *post-1900* v.: MUSCARI, *Delitto e contravvenzione nelle leggi speciali*, in *Riv. pen.*, v. LXVIII, 1908, p. 124 ss.], fino a Rocco [L’oggetto del reato e della tutela giuridico-penale, Torino, 1913, p. 351 e p. 358 ss.] e all’idea di

Così l'offesa, almeno nel senso da noi condiviso, deve coincidere con la *lesione o la effettiva messa in pericolo* di un bene giuridico perché questo è l'unico vero *danno criminale*; altrimenti si parlerà di protezione di norme, di morali specifiche più o meno condivise, di asettici doveri o d'altro ancora, ma non di tutela penale legittima solo in soccorso di beni giuridici.

2. Non c'è offesa senza bene: tra *harm principle* e *Rechtsgut-theory* –

La logica garantista del *danno* quale strumento avanzato per la costruzione di una risposta alla domanda "*cosa proibire?*" ha provocato, contemporaneamente, un'unificazione illuminata e una scissione tutta ottocentesca. Ha unito tutti i principali sistemi giuridici avanzati dell'epoca nel rifiuto teorico di un diritto penale *eticamente dipendente o patologicamente confuso*, ma ha anche, seppur involontariamente, provocato – solo apparentemente – una scissione culturale profonda tra l'elaborazione scientifica *angloamericana* sul fondamento del diritto penale e quella *européo-continentale*. La prima costruita sulla ricerca dei *liberty limiting principle* e sullo sviluppo concettuale della loro premessa, l'*harm principle*; la seconda, invece, strutturata sulla cultura del *bene giuridico*. Ma procediamo per gradi.

Il principio basilico del *nulla necessitas sine iniuria*, in qualche modo già noto nella filosofia classica, applicato (seppur diversamente) nel diritto romano e ripreso dai più insigni illuministi della storia – da Thomasius a Feuerbach¹⁷, da Hobbes a Locke, fino a Beccaria, *etc.* – si concentra sullo

contravvenzione come azione od omissione contraria all'interesse amministrativo dello Stato.

¹⁷ Di fondamentale importanza l'opera FEUERBACH, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, I ed., *passim*, (spec. §9), più facilmente reperibile la XVI^o ed., 1847, p. 45. Questa opinione originaria è ricordata in molte opere monografiche, e non, in tema di bene giuridico. Per i tedeschi, v.: HIRSCHBERG, *Die Schutz objekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen. Eine konstruktiv-dogmatische Studie, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform, in Strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau, 1910, p. 47; N. P. NAVARRETE, *El bien Juridico en el derecho penal*, Sevilla, 1974, p. 96 ss.; e molti altri ancora.

stretto rapporto *diritto/delitto*, sull'idea garantista¹⁸ di un *danno* come lesione di diritti soggettivi naturali¹⁹ come la vita, la salute le membra del corpo o i beni (mobili o immobili), e così oltre.

Il campo dei delitti sono gli oggetti de' diritti, diceva già Romagnosi²⁰ seguendo l'impostazione italiana dominante nel pensiero dei classici fino a Rocco ma anche oltre²¹. Un simile clima culturale, però, non avrebbe tardato – come del resto capita in ogni grande rivoluzione – ad assumere declinazioni eccessive, totalizzanti e, sotto un certo profilo, di violento distacco dal passato. L'accoglimento diffuso e categorico della dottrina della separazione del diritto dalla morale e la sua accettazione positivista avrebbe provocato durante il XIX° secolo l'abbandono dell'idea del diritto positivo come concretizzazione doverosa di diritti naturali preesistenti alla disposizione legislativa e all'accoglimento di un cieco giuspositivismo: il diritto vigente, naturalizzandosi, diveniva qualcosa solamente da conoscere e diffondere, *non da illustrare* (v. § 11.1). La politica italiana, tedesca e inglese, così come parte della scienza giuridica, non avrebbe indugiato nel crogiolarsi su riflessioni inerenti meri punti di vista normativi interni legittimando moralmente (spesso per omissione) un diritto pre-confezionato: da incontenibili *rivoluzionari* a ineguagliabili *conservatori* (o *reazionari*) liberali – probabilmente precursori del *giuspositivismo etico* e del *tecnicismo giuridico* novecentesco – assai preoccupati di difendere una ben chiara impostazione socio-economica da pericoli *di classe*.

¹⁸ Riconosce esplicitamente questa caratteristica di "limite" della teorica in oggetto, per i tedeschi, RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 154 ss.

¹⁹ Si veda la corposa bibliografia presente in: FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 519 (nota 30).

²⁰ Cfr.: ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., § 155, p. 67.

²¹ Come ricorda Francesco Antolisei [ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1939, p. 3] i nostri classici, non utilizzando il concetto tutto tedesco di *Rechtsgut*, sono rimasti ancorati alla lettura del Feuerbach incentrata sul diritto penale come protezione dei singoli diritti soggettivi per diverso tempo.

2.1. Due opere fondamentali. L'harm principle – Non è un caso che in questo contesto anti-illuministico abbiano preso vita due opere centrali per la prosecuzione della presente riflessione: *On liberty* e *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*. Due pilastri teorici che, cercando di scindere tra leggi penali legittime e non²², hanno indotto le culture giuridiche *anglo-americane* ed *européo-continentali* a concretizzare un *progresso di scienza normale* tutto particolare.

L'opera di J. S. Mill ha insegnato tanto in punto di libertà: vuoi cristallizzando principi decisivi per lo sviluppo dell'intera *cultura giuridica-occidentale* vuoi per aver combattuto, da subito, i "detentori" ottimisti della *verità assoluta*.

Essa però è nata incompleta o, meglio, eccessivamente limitante: l'unico motivo valido per utilizzare la forza del diritto penale è "prevenire il danno agli altri". Questa sensazione d'incompletezza, in qualche modo avvertita già dal suo fondatore, è stata colta prontamente dalla filosofia del diritto sia con lo storico dibattito *Hart/Devlin*²³ che, successivamente, con quell'opera di Joel Feinberg (in quattro volumi, quasi una *Verbrechenslehre*)²⁴ emersa, dopo una lunga attesa, negli anni '80 del secolo

²² Questa caratteristica comune è riconosciuta, tra gli altri, da: HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of Criminal Law*, Oxford, 2008, p. 3.

²³ La scintilla che è stata capace di riaccendere il dibattito è senza dubbio il noto *Wolfenden Report* (*Departmental Committee on Homosexual Offences and prostitution*, 1957, §§ 61 e §§ 257) nel quale è possibile leggere frasi di questo tenore: "It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such". Sulla discussione prettamente filosofica si vedano, in lingua originale, le celebri opere: DEVLIN P., *The Enforcement of morals*, London-New York, 1965 e H.L.A. HART, *Law, liberty and Morality*, Stanford, 1969 p. 50-52; ID., *Essay in jurisprudence and Philosophy, Part-I, General Theory: positivism and the Separation of Law and Morals*, Oxford, 1983, p. 71, 49, 78; ma anche Joseph Raz e Hörnle a sostegno di Hart, cfr.: RAZ, *The morality of freedom*, Oxford, 1989, p. 420 e HÖRNLE, *Grob anstössiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen un Tabus*. Frankfurt am Main, 2005, p. 11 ss. (spec. p. 467 ss.).

²⁴ L'opera costituisce il nucleo forte di tutta l'elaborazione filosofica e giurisprudenziale del secondo Novecento anglo-americano. A nostro parere si tratta addirittura del "modello" monografico più vicino ad una *teoria generale del reato* che sia mai stato prodotto in quella cultura. Per un panorama sul diverso approccio alle

scorso dal titolo *The moral limits of the criminal law*. Da lì una corposa produzione scientifica sul tema che continua a tutt'oggi nei paesi di *common law*²⁵ (e non solo²⁶).

Feinberg – questo il punto – è andato oltre Mill: al danno (*Harm*) come arretramento di un interesse (*Setback to Interest*) sul quale la persona può legittimamente scommettere o vantare aspettative, l'autore ha aggiunto la molestia-pubblica (*non solo*²⁷) *universalmente indesiderabile* (ovvero, *l'offense*), un disturbo, un fastidio, un allarme, spavento, umiliazione, *etc.*, comunque meno invasiva di una lesione (fisica o psichica) vera e propria o di un danno, che per divenire illecito minore deve risultare ingiustificato (deve essere un *wrong*), serio e ragionevolmente evitabile.

L'*offence principle* è quindi pensato per abbracciare condotte geneticamente non riconducibili al concetto liberale storicamente indeterminato²⁸ di *harm*, di danno agli altri: così l'area del penalmente rilevante si estende e l'illiceità penale della molestia a terzi in ragione dei suoi "effetti" dannosi apre alla *tutela criminale del fatto non lesivo di diritti o interessi individuali*.

categorie tra *common* e *civil law* si rimanda a LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. I, Torino, 1968, p. 251 ss.

²⁵ Sull'*harm principle* la bibliografia del Novecento è sterminata. Al fine di citare almeno le opere fondamentali sul tema si dovrà restringere il campo al sotto-principio "*harm to others*": ovviamente FEINBERG, *Harm to others*, Oxford, 1984; ma anche ASHWORTH, *Principles of criminal law*, VI ed., Oxford, 2009; HUSAK, *Overcriminalization*. cit.; PERŠAK, *Criminalizing harmful conduct. The harm principle, its limit and continental counterparts*, New York, 2007. Sotto un profilo più criminologico, v.: MC LEMORE, *In harm's way*, New York, 2013; TADROS, *Harm, Sovereignty and Prohibition*, in *Legal Theory*, v. 17, p. 35 ss.; ID., *The ends of harm: the moral foundations of criminal law*, Oxford, 2011.

²⁶ CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale, The moral limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010.

²⁷ Il riferimento è alla possibilità che tali molestie interessino "minoranze" specifiche e ristrette: ebrei, omosessuali, cattolici, musulmani, *etc.*

²⁸ Così: FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, in *Studi di Marinucci* 2006 Milano e DONINI, "*Danno*" e "*offesa*" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"*offense*" di Joel Feinberg, in Cadoppi (a cura di), *Laicità*, cit., p. 41 ss. (spec. p. 73).

Ad ogni modo, ciò che qui interessa maggiormente è la genericità dei due concetti di *harm*, così come delineati dalla cultura di *common law*. Il danno ha certamente, e in primo luogo, una funzione *selettivo-negativa*: non lo è, in questo senso, il male che si procura volontariamente a sé stessi; è un fatto *atipico*, si direbbe (spesso sbagliando perché dipende a quale “male” ci si riferisce²⁹) nell’Europa-continentale puntando l’attenzione sul consenso come elemento negativo del tipo. Di conseguenza non dovrebbero rilevare le protezioni di beni immateriali o risultare “innocui” gli illeciti senza vittima diretta o indiretta (eutanasia, suicidio assistito, utilizzo di pornografia infantile, incesto, rissa, *etc.*), tutti indistintamente connotati da un paternalismo di fondo non tollerabile stando a questa impostazione o quelli strutturati sul pericolo, sul sospetto, sulla prevenzione-pura o, in generale, tutti quelli che si fondano su pregiudizi futuri solo ipotizzabili.

In primo luogo, chiunque si avvicini al sistema anglo-americano scopre che così non è. Si protegge sempre la salute pubblica e spesso l’ambiente, tra le righe di Feinberg s’incontra il pericolo (*danger*) anche astratto, ad esempio per la predisposizione delle *soglie di rischio* nella tutela ambientale³⁰. Insomma, per rendere prescrittivo un approccio d’interpretazione restrittiva all’*harm principle* occorrerebbe creare un mondo utopico caratterizzato da persone disposte ad accettare meno tutela penale di quella che in realtà oggi sembra servire davvero. Dall’altro lato, affrontare il tema in parola nella sua lettura “estensiva” richiede un’opera di auto-convincimento capace di persuadere l’intelletto ad accogliere un minestrone concettuale costruito su basi normative fumose e dai confini assai indeterminati³¹.

²⁹ Il consenso, infatti, ha ad oggetto – almeno nel nostro sistema – solo beni considerati disponibili.

³⁰ FEINBERG, *Offense to Others*, p. 12, 17-20, 123-126; poi riprese puntualmente in DONINI, “Danno e “offesa”, cit., p. 75.

³¹ Per uno sviluppo di tali argomentazioni: VON HIRSCH-SIMESTER, *Crimes, Harms and Wrongs*, Oxford, 2011, p. 50 ss. (spec. p. 52); KAI AMBOS, *The Overall function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm*

2.2. Dal diritto soggettivo all'interesse sociale. Non c'è offesa senza bene – Sia l'harm che l'offense non aiutano molto, né possono sostituirsi al concetto di bene giuridico³²; anzi, non bastano proprio³³, esattamente come nella cultura europeo-continentale non risulta sufficiente il solo concetto di bene giuridico.

Quest'ultimo, addirittura, non è, se non sotto un profilo minimo o marginale, un prodotto diretto della *cultura dei limiti*³⁴. Può funzionare da "catalogo", da "raccoltore" o da "freno" di un qualsiasi ramo dell'ordinamento giuridico³⁵ alle follie più oscure di della politica e della magistratura, ma (da solo) è vago, sfuggente³⁶ e, soprattutto, non costituisce un vero limite.

Vediamone le ragioni.

Principles. A Second contribution Towards a Consistent Theory of ILC, in *Crim. Law and Philos*, 2015, p. 309 ss. (spec. pp. 311,312,313).

³² Su questa idea, tra i molti, v.: A. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle*, in *GA*, 2002, 2 ss.; P. WITTIG, *Rechtsgutstheorie*, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH /W. WOHLERS, cit., p. 239 ss.; K. SEELMANN, *Rechtsgutskonzept*, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, ivi, 261 ss.

³³ Così DONINI, *„Danno“ e „offesa“*, cit., p. 78.

³⁴ Contrari, tra i pochi, v.: A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, Esi, 2006, p. 44. Per il dibattito (ancora in corso) sull'origine garantista del bene giuridico v. oltre: nota 43.

³⁵ Come sottolineeremo più volte nel corso della ricerca, quello di bene giuridico è un concetto non strettamente penalistico: non lo è in Italia come in Germania e come in nessun altro Paese del mondo occidentale. In questo senso si rimanda ai numerosi riferimenti K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH /W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 155 (nota 1).

³⁶ Moltissime voci in dottrina riconoscono questo dato: oltre agli italiani e a numerosi tedeschi, ad esempio, i messicani: RAÚL GONZALES-SALAS CAMPOS, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, Atizapán de Zaragoza, 1995, p. 132 ss. „..pretender dar un concepto material de Bien Jurídico preciso, práctico y crítico que sirva para limitar materialmente al ius punendi, hasta este momento (1995), no ha sido posible, y por lo mismo, no se podrá evitar más que tener un concepto del Bien jurídico vago e inconstitente“.

Sotto un profilo storico possiamo affermare che il primo vero scontro con l'utilizzo della violenza pubblica – il momento “chiave” dell'evoluzione penalistica (ma anche culturale) in questo ambito – sia costituito dal passaggio da una concezione del reato come *trasgressione* dei più disparati comandamenti divini e della *pena* come *espiazione* del male precedentemente provocato (Carpzov e altri), *all'illecito* come *violazione dei diritti soggettivi di ciascun individuo* del Feuerbach. Questa fu la prima vera grande dottrina autonoma³⁷ sull'oggetto del reato³⁸, anche se come intuizione era già presente in Beccaria.

Per la verità, come sottolinea correttamente Thomas Vormbaum in un suo recente saggio sulla frammentarietà come principio (v. oltre § 7.1.) il primo grande tentativo di delimitazione dell'intervento del diritto criminale, quindi di frammentarietà esterna, è avvenuto con le teorie contrattualistiche. *Definire e delimitare lo spazio legittimo della pena statale era proprio uno degli obiettivi centrali delle teorie contrattualistiche*, ricorda Vormbaum. Per Beccaria, infatti, è la tutela delle libertà del singolo dedotte dal contratto sociale a consentire l'intervento del diritto penale³⁹.

Con la celebre opera del 1801, Feuerbach concentrò dunque l'attenzione sul soggetto passivo dell'illecito e, in tal modo, obbligò il passaggio dalla

³⁷ Cfr.: K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, p. 38 ss. In effetti la teoria dei beni di Birnbaum (v. oltre sempre § 2.2.) nasce quale critica (autonoma) alla teoria dei diritti di Feuerbach. Per un dibattito sul punto v. anche l'opinione parzialmente diversa di: B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in R. HEFENDEHL-A. V. HIRSCH - W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 133 ss. (spec. p. 139).

³⁸ Come quasi ogni argomento penalistico, si ritiene che (anche) l'importanza dell'oggetto del reato abbia preso vita in Cesare Beccaria [in ID., *Opere*, S. Romagnoli (a cura di), Firenze, 1958, vol. I, p. 37 ss., p. 37 ss.]. Quest'idea, a parte A. Rocco, era già molto chiara anche alla fine degli anni '70, v.: GREGORI, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, Cedam, 1957, p. 5. L'indagine sull'oggetto del reato è sempre stata una premessa alla costruzione dogmatica; anzi, la prima ha indirizzato e indirizza quest'ultima sotto un profilo filosofico, metafisico, *etc.* In questo senso, con grande chiarezza – anche se con posizioni profondamente differenti rispetto a quelle qui sostenute – v.: NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 220.

³⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 49.

concezione del reato come violazione dei più disparati comandi divini – o di tutte le libertà del singolo dedotte dal contratto sociale – all’idea della violazione del diritto soggettivo altrui.

L’accordo tra colui che detiene il potere politico e il popolo (il contratto sociale) conosce l’alienazione di ogni diritto ma anche la riproposizione di questi ultimi nella legge, la violazione di questi chiama in causa il diritto penale. Ciò significa, al contrario, impostare il limite dell’idea di delitto ai casi in cui non vi siano diritti soggettivi colpiti. Per ogni altro comportamento pericoloso per la convivenza pacifica sarebbe subentrato il diverso diritto di polizia. Da qui i delitti vennero suddivisi in lesione di un diritto soggettivo specifico (i c.d. *delitti naturali*) e in lesione di “cose” verso le quali tutti nutrono interesse (i c.d. *delitti universali*).

Un’impostazione, questa, sicuramente affascinante per numerosi penalisti (anche italiani⁴⁰), che riuscì a incidere sulle distinzioni più elementari della materia⁴¹; tuttavia, le critiche non tardarono ad arrivare. Incominciarono ad essere messi in discussione alcuni punti particolarmente “deboli” della teorica, quali l’incapacità di affrontare il rapporto *potere/contenuto del potere*, la sua incompletezza, la sua vena (sicuramente) giusnaturalistica, e così oltre.

La critica più debole – quella che non né colpì la sostanza ma la premessa – fu il respingimento del diritto soggettivo fondato sul diritto naturale.

In secondo luogo, venne fatto emergere un *errore “genetico”* gravido di conseguenze: più che il potere o il diritto soggettivo, l’oggetto dell’azione criminosa doveva essere il *bene* da esso espresso. Questa opinione

⁴⁰ Si vedano, tra gli altri, i lavori di LÖNING, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1885, p. 18 ss.; CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1834, II, § 1,2,3 e quello di P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1834, II, *passim* (spec. p. 166).

⁴¹ Celeberrimo in questo senso la trasposizione della lettura feuerbachiana all’interno della divisione delitti/contravvenzioni, presente in CARRARA, *Criterio distintivo delle contravvenzioni dai delitti*, in *Opuscoli di diritto criminale*, III, Prato, 1878, p. 601 ss.

compare (per la prima volta) nello scritto del 1834 di Birnbaum⁴² con cui il celebre *positivista moderato del primo ottocento*⁴³, partendo dall'idea che un diritto soggettivo non può tecnicamente essere leso⁴⁴ (es: il furto non modifica il diritto di proprietà, ma impedisce il suo legittimo godimento), oltre che dall'osservazione dell'ovvia presenza nei codici dell'epoca di fattispecie disinteressate alla protezione di diritti soggettivi⁴⁵, forniva elementi utili per dimostrare il fatto che la commissione di un reato può compromettere solo i *beni* che costituiscono gli oggetti dei diritti soggettivi presi singolarmente⁴⁶.

Il procedimento logico seguito da Birnbaum, però, è di tipo *dogmatico-induttivo*, non proprio liberale e *acritico*⁴⁷; egli non parte da cataloghi ideali,

⁴² BIRNBAUM, *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv. Des Criminalrechts*, 1834, p. 75 ss.

⁴³ L'espressione assai acuta è presente in: F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1980, p. 76 nota 20. Qui l'autore intuisce ciò dal distacco di Birnbaum dal diritto naturale, dal suo rifiuto della distinzione *mala quia prohibita* e *mala in se*, e dal suo interesse per il momento *applicativo* (più che *formativo*) del diritto.

⁴⁴ Cfr. BIRNBAUM, *Über das Erforderniß*, cit., pp. 149-194.

⁴⁵ Feuerbach, Carrara, Carmignani, Rossi, *etc.* ben conoscevano questa incoerenza col dato positivo dei principali Codici penali del continente. Anzi, il fondatore della teorica ammise sin da subito l'esistenza di questo "problema": FEUERBACH, *Leherbuch*, cit., § 22.

⁴⁶ V. BIRNBAUM, *Über das Erforderniß*, cit., p. 172, 174, 175 ss.

⁴⁷ La contestualizzazione del lavoro di Birnbaum – a nostro parere – non lascia molti dubbi: più che una rivoluzione scientifica, l'opera pare un avanzamento della *scienza normale* e più che un concetto di matrice "liberale" pare un'idea protesa ad espandere il penalmente rilevante del tempo. Questa teoria non modificò davvero il paradigma alla base dell'idea di Feuerbach, ma costituì più un completamento. Si pensi, tra le tante, alla protezione diretta di beni "collettivi" o "sociali" o "pubblici", e dunque alle azioni contrarie ai buoni costumi, alla religione dominante e ai suoi dogmi, *etc.* Insomma, si trattava di una "correzione" dogmatica diretta ad espandere il penalmente rilevante e, contemporaneamente, ad evitare la nascita di tutele penali di diritti soggettivi senza soggetto. Molto chiaro, tra gli italiani, sul fatto che l'opera di Birnbaum si dirige verso orizzonti contrari alla funzione critica del concetto di "bene", già negli anni Ottanta ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 23 (spec. nota 2). Su questo dibattito, tra gli altri, v.: C.E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, cit., *passim* (spec. 153 ss.); in senso non dissimile: ID., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, (a cura di) M. DONINI-M. PAVARINI, Bologna, 2011, 301 ss.;

anche ipotizzati, o da positivizzazioni di valori preesistenti (ad es., la Costituzione, il diritto naturale, *etc.*) per verificare i possibili oggetti di tutela penale, ma utilizza come base proprio le norme positive ricavandone gli oggetti di tutela. Esattamente come i tecnici del primo

DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 6 ss.; ID., “Danno” e “offesa”, cit., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss.; SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriff “Rechtsgut”*, Basel, 1962, pp. 24-27; ZAFFARONI, *Teoria del delitto*, Buenos Aires, 1973, p. 227 ss.; GREGORI, *Saggio sull’oggetto giuridico del reato*, Padova, 1979, p. 23. Sull’origine liberale o non del concetto di *rechtsgut* la discussione, anche in Germania, è ancora aperta. In “difesa” di Birnbaum, cfr.: GUZMÁN DALBORA, *Inhalt und aktuelle Bedeutung der Rechtsgutstheorie im Werk von Johann Michael Franz Birnbaum*, in GUZMÁN DALBORA-T.VORMBAUM, *Johann Michael Franz Birnbaum – Zwei Aufsätze*, Münster, 2011, pp. 67-92; contro l’origine liberale del bene giuridico in Birnbaum, invece: J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2003, p. 62 ss.; VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in GUZMÁN DALBORA-T.VORMBAUM, *Johann Michael Franz Birnbaum – Zwei Aufsätze*, Münster, 2011, p. 85-92 e ID., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 123, 2011, p. 660-690, p. 96-116, p. 672-673, in lingua italiana VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, trad. it. a cura di Massimo Donini, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, n. 1/2015; ID., *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, II ed., Padova, 2013; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz*, 2000, p. 72 ss.; ma anche PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 13, qui l’autore sostiene inizialmente che “già dalle sue origini la teoria del bene giuridico si prestava tanto ad una estensione dell’area della punibilità [...] quanto alla sua limitazione”, per poi affermare qualche riga dopo che “La funzione critica del bene giuridico [...] con funzione di limite alla potestà del legislatore è affermata con chiarezza per primo da von Liszt”. Per un’analisi generale si veda, per i tedeschi: SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., p. 19 ss.; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, p. 43 ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, p. 15 ss.; SWOBODA, *Die lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 122, 2010, p. 27 ss.. Per gli italiani: ANTOLISEI F., *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940, p. 1 ss.; ID., *Il problema del bene giuridico*, cit., *passim*; BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Scritti giuridici*, 1966 p. 491; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; BRICOLA, “voce” *Teoria*, in *Nss. d. I.*, v. XIX, 1973 p. 7 ss.; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it.*, 1973, p.3 ss.; GREGORI, *Saggio sull’oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978. Pur specificando che l’obiettivo degli studiosi contemporanei del bene giuridico risulta opposto, ammette la possibile origine illiberale di quest’ultimo anche: FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1982 p. 42 ss. (spec. p. 62) poi anche in *Bene giuridico. Riforma della parte speciale*, A.M. Stile (a cura di), Napoli, 1985; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

Novecento, predilige il momento *applicativo* del diritto su quello *formativo*, la *legittimazione* alla *critica*, ampliando così il concetto di bene tutelabile (sentimenti religiosi, Stato, comunità, pudore, *etc.*) con modalità induttive e legittimanti il diritto positivo⁴⁸.

Tale avanzamento scientifico, condividendo il rifiuto d'interventi punitivi in risposta di atteggiamenti meramente interiori, è rimasto più o meno in linea (solo sotto questo profilo) con parte della *cultura dei limiti*, ma non possiamo dire che vi rientrasse a pieno titolo.

Dopo aver confermato il rispetto del principio di materialità e mantenuto salda l'idea del *sine iniuria*, Birnbaum ha di fatto trovato una strada teorica più coerente per soddisfare il bisogno del legislatore penale di proteggere beni anche non direttamente riconducibili a diritti soggettivi determinati.

La nuova teorica del "bene giuridico" – che peraltro cade subito nell'oblio più assoluto, tant'è che nemmeno nelle opere del maestro di Birnbaum la si trova citata – nasce in funzione palesemente espansiva del diritto penale. Quest'ultimo dato è d'importanza centrale per la comprensione di tutta la sua storia successiva: spesso la penalistica italiana (e non) ha confuso la parte con il tutto, lasciandosi trasportare dal taglio sicuramente critico di buona parte di questo importante contributo. Non è un caso che lo scritto in parola sia (ri)nato con Karl Binding, un studioso che ha sicuramente compiuto opere formidabili, ma che è anche il padre della formalizzazione della creatura di Birnbaum⁴⁹: egli l'ha resa l'unico mezzo

⁴⁸ Cfr. R. MOOS, *Verbrechenbegriff in Osterreich im 18 und 19 Jahrhundert. Sinn und Strukturwandel*, 1968, p. 214 e poi richiamato anche in F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., p. 76 (sempre nota 20).

⁴⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I ed., Leipzig, 1872, p. 190 ss. (v. p. 340 ss. per il bene giuridico come concetto di diritto pubblico, non privato; pertanto, ogni distinzione tra bene personale o collettivo è irrilevante perché inesistente) ma anche, per altre critiche alla lettura feuerbachiana: ID., *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 169. Una puntuale panoramica sul ruolo dell'A. nel dibattito tedesco dell'epoca, invece, è presentata in: SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., p. 41 ss. Esattamente un secolo dopo Binding: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 73 ss.; e di recente SWOBODA, *Die Lehre*, p. 29 ss.

possibile – di diritto pubblico, ma mai privato – per riconoscere gli attacchi diretti alla pretesa dello Stato all’obbedienza⁵⁰. A nostro parere il *misunderstanding* non è casuale: egli cade in un errore solo apparente – perché è chiaro che, impostando così il ragionamento, di bene giuridico ne esiste solo uno – per via della straordinaria capacità della teorica del bene, almeno rispetto a quella del diritto soggettivo come unico vero oggetto del reato, di espandersi fino alla consegna delle chiavi del potere assoluto al legislatore penale. Alla luce di questo, l’illogicità diviene razionalità: il concetto di “bene”, piuttosto che in un aspetto centrale nella costruzione del reato, costituiva per Binding una luce assai flebile capace di rendere autorevolezza scientifica al potere illimitato del legislatore; ma con cui, di volta in volta, l’interprete avrebbe potuto solo catalogare le singole sottotipologie di disubbidienza.

Il primo istante in cui i riflettori del reato furono puntati sul concetto di bene giuridico fu il 1908, con la pubblicazione del *Lehrbuch* di Franz v. Liszt⁵¹. Solo qui alla formale violazione del comando di matrice politica si affiancò davvero un requisito sostanziale, la celebre antiggiuridicità materiale: *la lesione o la effettiva messa in pericolo del bene giuridico (o interesse, anche se l’autore aveva compreso subito l’inutilità pratica di*

⁵⁰ Molto chiaro sul punto, sempre: BINDING, *Die normen*, cit., p. 365.

⁵¹ Cfr. LISZT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlin, 1908. L’autore si era comunque cimentato col bene giuridico decisamente prima dell’inizio del Novecento: cfr. ancora Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 3, 1883, p. 1 ss.; poi ID., *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, in *ZStW*, 1886, p. 673 ss.; ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, p. 202; e in ID., *Der Begriffe des rechtsgut im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, p. 141 ss. Liszt, a differenza di Binding, intendeva il bene giuridico come concetto pensato prevalentemente per l’essere umano, non per lo Stato (cfr.: Liszt, *Lehrbuch*, cit., p. 4, nota 1). Interessante per una comprensione storica profonda del pensiero dell’illustre autore anche il lavoro di SALDANA, *Adiciones al tratado de Derecho penal de F. v. Liszt*, Madrid, 1914, p. 10 ss.; ma anche SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen begriffs “Rechtsgut”*, Basel, 1962, *passim* (spec. p. 57 ss.). Sulla suddivisione della concezione materiale (von Liszt) e formale (Binding) del bene giuridico, tra i tanti, v. anche: TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einen rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, p. 114 ss.

questa distinzione⁵²). L'oggetto del reato coincideva davvero col *bene* e quest'ultimo assumeva caratteri istituzionali e vincolanti per il legislatore. Egli, dopo un lungo periodo di elaborazione concettuale sfociato in due scritti dedicati interamente al *Rechtsgut*⁵³, riconosceva nel suo manuale come al legislatore non fosse consentito alcun intervento sul contenuto materiale dell'illecito; esso preesisteva; poteva essere scoperto in quanto già insito nell'ambiente socio-culturale di riferimento ma non *inventato*, anche se poi, nei casi "difficili", quelli di non corrispondenza tra valutazione *formale* e *materiale*, egli finiva col distruggere l'impalcatura creata lasciando massima discrezionalità al politico⁵⁴. Ad ogni modo uno spirito sicuramente naturalistico e un impianto generale marcatamente jheringhiano accompagnano l'impostazione teleologico-materiale del pensatore viennese⁵⁵. Da quel momento in poi la norma positiva, comunque essenziale, perde la priorità assoluta per il giurista, il diritto non è più "oggetto" del torto: prima vengono i beni giuridici, il loro studio, la loro scoperta, poi l'assetto della norma.

⁵² LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, in *ZStW*, 1886, poi in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd 2, 1905, p. 202; ID., *Der Begriffe des rechtsgut im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, p. 141 ss. L'opinione di Liszt era pienamente condivisa anche da JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, II ed., Tübingen, 1905, p. 44; JANKA, *Das österreichische Strafrecht*, 1902, p. 11. Ricorda questa posizione di Liszt, per gli spagnoli: N. P. NAVARRETE, *El bien Juridico*, cit., p. 116 ss. e per le critiche alla lettura Lisztiana: pp. 116, 117, 118. Allo stesso modo anche: HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, v. I., 1925, p. 13; contrario, nel senso dell'utilità di una distinzione: F. ANTOLISEI, *Il problema*, cit., p. 4. Si veda poi in questo dibattito lo scontro tutto olandese tra VAN HAMEL, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht*, II, Haarlem, 1907, p. 198, contrario all'espressione "bene giuridico" e SIMONS, *Leerboek van het Nederlandsch Strafrecht*, I, 1904, p. 73 (spec. nota 2), invece contrario all'idea di *interesse* giuridico. Il dibattito olandese è riportato nel dettaglio in BATTAGLINI, *Le norme e i suoi destinatari*, Roma, 1910, p. 91 (spec. nota 1).

⁵³ Ci si riferisce chiaramente a F. von LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff*, cit., p. 133.

⁵⁴ F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12/13 Aufl., 1903, *passim* (ma spec. p. 140).

⁵⁵ F. VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, VIII, 1898, *passim*, (spec. p. 173).

Sulla successiva spinta culturale del *neocriticismo*⁵⁶ si ebbe la nascita della concezione *metodologica* di Rocco⁵⁷, ripresa (parallelamente) da giuristi quali Honig⁵⁸, Grünhut⁵⁹ e Schwinge⁶⁰. L'interesse, personale o collettivo, veniva a coincidere con il naturale spirito di autoconservazione dello Stato, con qualcosa d'intangibile da dedurre sistematicamente dallo scopo del legislatore riassunto in formulette brevi, agili e utili per la corretta sistemazione della Parte speciale del Codice penale. Una sorta di *ratio legis* priva di funzioni dogmatiche particolari e assolutamente non supportata da valori preesistenti. La volontà del legislatore, da un lato, nulla ci ha mai effettivamente detto sulla natura penalistica di una fattispecie, oltre a non aver mai funzionato da vera critica alla proliferazione delle stesse, dall'altro lato, ha contribuito a stiracchiare l'esistente oltre misura, costituendo l'arma più incisiva del *positivismo militante* del Novecento. Ciò accadde nel sistema tedesco⁶¹ così come in quello italiano.

La storia della dogmatica d'Oltralpe del secolo scorso c'insegna come la concezione materiale sia lentamente precipitata in letture rigidamente normative capaci di trasformare il *tipo* in un segmento del giudizio di antiigiuridicità, la fattispecie in una gamma di autore e l'oggetto del reato come lesione o effettiva messa in pericolo di beni preesistenti alla legge a *disubbidienza verso doveri di fedeltà*. Ci furono resistenze estreme contro questo decadimento, non vi è dubbio sul fatto che si lottò *fino alla fine* valorizzando l'attaccamento estremo al dato positivo e un ritorno immediato alla lettura *formale* del bene. Uno sforzo più dannoso che vano

⁵⁶ Un pensiero fondamentalmente anti-romantico, questo, nato presso le celeberrime scuole di Marburgo e del Baden (Freiburg e Heidelberg).

⁵⁷ ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, 1913.

⁵⁸ HONIG, *Die Einwilligung*, p. 94 e *passim*.

⁵⁹ GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, Frank-Festg. Bd, I, 1930, *passim*.

⁶⁰ E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1930.

⁶¹ Si v.: ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit., p. 23. Qui poco centra il numero esagerato di fattispecie, ma più che altro l'estensione ermeneutica delle stesse.

perché nel momento in cui i nazionalsocialisti congelarono la scienza⁶² modificando le norme, quei positivisti-acritici, quelli ancorati ad un *legicentrismo formalizzante*, si trovarono a difendere il diritto che avrebbero voluto combattere. *Non v'era più disposizione senza bene, nessuna violazione di quest'ultimo senza previa o contestuale disobbedienza al volere del führer*. Sugli sviluppi politici di questa cristallizzazione ben poco scientifica, il silenzio ci pare assai più utile di qualsiasi parola.

Ad ogni modo, nella Germania nazista, così come nell'ideologia Marxista e in molte altre, il bene giuridico non scomparve affatto⁶³, ma si ridimensionò solamente perché privo di contenuti certi. Così come non si eclissò completamente nemmeno l'idea-base del danno, del *sine iniuria* che dipende strettamente dall'esistenza di una corretta definizione di quest'ultimo. Essa, semplicemente, venne anestetizzata e costretta alle

⁶² In quegli anni la Scuola di Kiel, supportata dal braccio armato del regime politico, contribuì a congelare completamente il dibattito scientifico. Sul punto, l'illuminante risposta di: SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 60 ss.; proprio "contro" i componenti della Scuola citata.

⁶³ La categoria dogmatica in parola veniva criticata per via di una sua fantomatica propensione al buonismo liberale da giuristi come Dahm, Schaffstein, ma anche Larenz, Huber e altri; ma mai davvero "sostituito" perché capace di accogliere in sé anche le coordinate principali di dottrine autoritarie come quella. Lucida sul punto l'analisi di: ZIMMERL-SCHWINGE, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937. Lo ricorda con chiarezza anche: VORMBAUM, *Storia moderna*, cit., p....2013. Ad ogni modo, per un approfondimento dell'iniziale scetticismo sulla compatibilità del bene giuridico con un regime orientato al *Willensstrafrecht* come quello nazionalsocialista, v.: SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundlagen des neuen Rechtswissenschaft*, 1935; ID., *Zur Problematik der theologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, in *Festschrift für R. Schmidt*, 1936; GALLAS, *Zur kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, in *Gegenwartsfragen des Strafrechtswissenschaft*, 1936; RAUCH, *Die klassische Strafrechtlehre in ihrer politischen Bedeutung*, 1936. In contrasto con questa lettura le contro-critiche di: MEZGER, *Leitfaden des Strafrechts*, 1936, p. 49 ss.; e quella decisiva di SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Röhrscheid, 1937, p. 60 ss. Tra i primi a ritornare sui suoi passi in tema di efficacia del bene nel regime: DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, v. 56, 1937, p. 225 ss. (spec. p. 230-236). Per tutti, in lingua italiana, l'illuminante ricostruzione di: BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1938, v. 1, p. 3 ss.; ma anche la chiara esposizione di ANTOLISEI F., *Il problema*, cit., p. 7.

dipendenze di concezioni indesiderabili del *polifunzionale* bene giuridico⁶⁴. Tali affermazioni non devono destare perplessità: basta fare riferimento all'utilizzo della teorica del bene da parte di Binding per comprendere le sue capacità di adattamento al concetto di reato come "violazione asettica del dovere"⁶⁵. Certo è che agli occhi del penalista contemporaneo sostenere che vi sia davvero un qualche bene giuridico protetto dall'obbligo – prestato alla letteratura penalistica dal dramma "*Guglielmo Tell*" di Schiller – d'inchinarsi davanti al cappello del tiranno esposto nella pubblica piazza, appare illogico, quasi paradossale. Ma tale stupore non deriva da altro se non dalla recente costruzione di un preciso (e poco equivocabile) concetto di interesse meritevole di protezione penale. Chiusa la vergognosa parentesi totalitaria, l'idea del bene (*ri*)nacque in Italia con Delitala come l'unica teorica capace di trasformare interessi della vita in beni giuridici e di determinare il reale contenuto della disposizione penale. La questione divenne, non senza critiche⁶⁶, innanzitutto ermeneutica – stabilire il bene giuridico protetto dalla disposizione e ricostruire i tratti specifici del volto della norma⁶⁷ – oltre che classificatoria. L'oggettività giuridica, soppiantando tutte le altre proposte⁶⁸, permeava (e permea) effettivamente tutto il Codice penale del 1930.

⁶⁴ Per una ricostruzione storica v. già E. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, 1919, *passim*, p. 32; E. SCHWINGE, *Teleologische begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodlehre*, 1930. Poi, per tutti, lo splendido lavoro, anche di ricostruzione storica, di: K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der <<Sozialschädlichkeit>> des Verbrechens*, 1972.

⁶⁵ Cfr. BINDING, *Die normen*, cit., p. 198; ma anche in: VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, è stato fatto il medesimo ragionamento: se la disobbedienza è graduabile, allora ogni violazione del comando presuppone un'offesa del bene protetto.

⁶⁶ Tra le maggiori, v.: ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, p. 79 ss.

⁶⁷ In questo senso MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Berlin-München, 1949, p. 106 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1947, p. 338; BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1975, p. 60; PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, I, Padova, 1944, p. 148 ss.

⁶⁸ Tra le più autorevoli: GRISPIGNI, *Diritto penale*, II, p. 139 dove l'autore punta alla classificazione dei reati simili in almeno otto *macro*-categorie; CARNELUTTI, *Teoria generale*

Confrontando l'impostazione dei beni giuridici nel Codice penale e quella presente nella Costituzione della Repubblica è possibile comprendere, anche senza nulla sapere in ordine alla loro data di nascita, come essi non appartengano alla stessa generazione. Non sono coetanei.

In realtà, nemmeno la funzione classificatoria del bene riesce, almeno dal 1948 in poi, ad essere attuale.

Sin dal libro II e ss., in primo luogo, emerge un sistema caotico di priorità che non rispecchia affatto la Carta costituzionale. La personalità dello Stato, la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso, la pietà dei defunti e l'ordine pubblico, vengono protetti prima della pubblica incolumità; così come la moralità pubblica, il buon costume, il sentimento per gli animali, l'industria, il commercio, la famiglia, *etc.*, precedono tutti la tutela della persona. Bisogna aspettare XI titoli per arrivare alla protezione fisica e morale del singolo essere umano. In secondo luogo, tale incoerenza generale si riflette sul posizionamento (errato) di alcune fattispecie. Ad esempio: le rapine (*propria* e *impropria*), nonostante l'immane presenza di violenze o minacce alla persona, sono collocate tra i delitti contro il patrimonio.

2.2. I tentativi del Novecento. Verso la Carta costituzionale – Incoerenze classificatorie a parte, quelle appena presentate sono le ragioni che ci inducono a dubitare delle potenzialità selettive e garantiste del solo dogma "bene giuridico". Ciò non significa che il concetto non serva o che debba

essere sostituito con letture alternative incoerenti o indesiderabili⁶⁹, ma solamente che di per sé non ha mai *voluto* né *potuto* fungere da limite⁷⁰.

del reato, Padova, 1933, p. 27 ss.; WOLF, *Die Typen der Tatbestandmässigkeit. Vorstudien zue allgemeine Lehre von besonderen Teil des Strafrechts*, Breslau, 1931, p. 4 ss.

⁶⁹ Ci riferiamo a quel piccolo gruppo di autori tedeschi che abbandonano la ricerca di una definizione generale di bene giuridico [B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, cit., p. 135 ss.] o, con Luhmann, escludono la validità di base del concetto

stesso: per Jakobs, ad esempio, non è la protezione di alcuni interessi specifici a legittimare l'intervento dello *Strafrecht*, ma è lo stato che, scegliendo quali interessi trasformare in beni giuridici, lo legittima. Pertanto, la *vigenza della norma*, sull'onda della prevenzione generale, diviene *un*, alzi *il*, bene giuridico inserito nella logica della prevenzione generale intrisa di anti giuridicità meramente formale [JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, *passim*; in lingua spagnola, ID., *Como protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, in *Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, 2005, p. 138 ss.; BACIGALUPO, *FS Jakobs*, 2007, p. 12 ss.; ID., *Sobre el Derecho penal y su racionalidad*, in *Hacia el nuevo Derecho penal*, 2006, p. 40; posizioni simili rinvenibili anche in U. KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in K. LÜDERSSEN- C. NESTLER-TREMEL-E. WEIGEND, *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, Frankfurt e a., 1990, 39 ss 29 ss., 37]. Qualcosa di assai simile, dunque, alla *concezione metodologica* del bene [cfr., in questo senso, prima MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 30; poi, in lingua spagnola, CASTILLO GONZÁLEZ, *El bien jurídico penalmente protegido*, San José, 2008, p. 135 ss. (spec. p. 136) e, a seguire, tanti altri. Esiste, poi, la posizione di Amelung. La sua opera monografica [AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 1972], evidenti meriti di ricostruzione storico-dogmatica a parte [v. *Ibidem*, pp. 1-326], si concentra su un bene giuridico che non legittima l'intervento penale, ma rimane di sapore ermeneutico; esso, in altre parole, è a suo parere capace solamente di evidenziare la *ratio* della norma così come immaginata dal legislatore. Secondo questo secondo pensatore la società sovrasta l'individuo [*ibidem*, p. 361]: il diritto penale può intervenire solo per reprimere quelle *manifestazioni disfunzionali* (i reati) che impediscono di risolvere i problemi di ordine sociale di un *sistema* che, in coerenza con la Costituzione, deve essere difeso e mantenuto. Tra gli *outsider* troviamo l'opinione di Müssig [MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1993], anch'essa costruita su esigenze totalizzanti di prevenzione generale positiva. Fondendo il punto di vista di Luhmann con quello di Jakobs, egli ritiene che sia la protezione della norma a giustificare l'intervento del diritto penale, ma la protezione della norma, lungi dal costituire solo un metodo per (r)assicurare le aspettative di comportamento dall'azione, concerne la tutela di un sistema complesso di comunicazione. Lo *Strafrecht*, dunque, interviene come stabilizzatore controfattuale del contenuto concreto del sistema di comunicazione della società [per approfondimenti: *Ibidem*, p. 149 ss.]. Da ultimo, qualche parola deve essere spesa sull'impostazione sicuramente garantista – e, diversamente da quelle precedenti, non diretta ad abbandonare l'idea di bene giuridico – di un celebre penalista argentino: Eugenio Raul Zaffaroni. Secondo l'autore esistono due versioni: a) il concetto di *bene giuridico tutelato* (ovvero: la legge penale fonda l'interesse), che costituisce qualcosa di *falso* perché il potere punitivo, in realtà, non interviene per proteggere beni e lo stesso concetto di *interesse*, di per sé, apre la strada a una tutela non frammentaria e legittimante l'illimitata criminalizzazione [l'impostazione è presente anche nell'ultima versione del suo manuale: ZAFFARONI, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2006, p. 78 e, con riferimento al bene giuridico, p. 372 ss.]; b) il concetto di offesa al bene giuridico (*la legge ordinaria penale non crea beni giuridici, perché sono creati dalla Costituzione, dal diritto*

Non è tutto. Nemmeno con la stagione più liberale della *Rechtsgut-Theorie*⁷¹ essa è riuscita ad imporsi come limite davvero vincolante per il legislatore.

La rinascita degli anni Sessanta/Settanta dell'interesse per il bene giuridico – in Germania come in Italia – risulta caratterizzata da un dato assai curioso e, almeno a tratti, sconvolgente: la corretta applicazione *post*-guerra mondiale del concetto di “bene giuridico” ha prodotto, almeno in Germania, la polverizzazione di precetti inerenti la sfera sessuale degli individui. È curioso constatare come la concretizzazione della funzione selettiva del bene contribuì a disintegrare gli illeciti dai quali prese vita oltre cent'anni prima⁷².

internazionale e dal resto della legislazione), capace d'inserirsi in una sistematica dell'interpretazione del tipo, fondamentale per lo sviluppo dell'offensività (*ofensividad* o *lesividad*) come principio, *ex art. 19* della Costituzione argentina. Tale posizione teorica, a differenza di ciò che la penna di alcuni ha ipotizzato, non cristallizza una contraddizione: *il diritto penale non protegge beni giuridici ma parte della tipicità consiste nella lesione o nella messa in pericolo di un bene giuridico*. Il che sarebbe assurdo. È ben vero che l'autore distingue concettualmente tra *limite* e *giustificazione* dello Strafrecht, ed è anche vero che egli per costruire il diritto sostanziale parte dalla criminologia critica che guarda allo Stato, al diritto e agli organi della macchina penale che creano criminalità (la tesi del *labeling approach* normativizzata), non da una tradizionale tutta incentrata sulle finalità preventive, ma la contraddizione non vi è. Ciò che l'autore intende è che: *il legislatore non crea beni giuridici con la legge penale, ma struttura l'intervento di quest'ultima solo a fronte di una loro offesa*. Ad ogni modo, nella lettura di Zaffaroni il diritto penale può essere applicato già *de lege lata* per la protezione dei soli beni individuali contro pericoli concreti o lesioni effettive. Quindi – qui il vero punto di rottura con la nostra impostazione – tutte le protezioni penali fondate sul pericolo astratto, su quello presunto, sulle logiche precauzionali, sui beni collettivi, universali, *etc.*, sono da disapplicare perché palesemente incostituzionali.

⁷⁰ Sui problemi ancora attuali del concetto di bene giuridico v., per i tedeschi: R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH /W. WOHLERS (HRSG.), *Die Rechtsgutstheorie*, cit., *passim*; R. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *GA*, 2001, 1 ss.; SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 24 ss., 33 ss.

⁷¹ Per una definizione v.: JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957, p. 13; richiama questa definizione storica anche MANES, *Il principio di offensività*, p. 20 (nota 19).

⁷² M. FROMMEL, *Strafjustiz und Polizei*, in *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt a.M., 1987, 169 ss., spec. 191 ss. Questo paradosso è ripreso anche da VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit., pp. 14, 15.

Le sue due *macro*-versioni liberali – una sociologico-costituzionale-debole e una *lato sensu* costituzionale-pura – sembrano caratterizzate da due elementi per noi assai importanti: esse risultano a) comunque attinenti alle carte costituzionali; b) capaci, di fatto, d’imporre il solo rifiuto della *rettitudine morale*.

Tra la fine degli anni Sessanta e l’inizio degli anni Settanta il concetto di bene giuridico ritorna protagonista nelle riflessioni della scienza penale e dei legislatori (del mondo occidentale⁷³) si sviluppa nella principale dottrina europeo-continentale (Italia e Germania) la costruzione di un criterio-vincolo per le scelte di penalizzazione interne orientato alla Carta costituzionale.

Sospendendo per qualche attimo la trattazione della dottrina italiana, è curioso costatare come, in Germania, le indagini esistenti non concernevano, almeno nello specifico, il rapporto *bene giuridico/Carta costituzionale*. Esse guardavano (anche) altrove: teoria del bene, Costituzione, scopo della pena, *etc.*

Su questa linea le posizioni di alcuni fra i principali esponenti della letteratura tedesca hanno creato un “*approccio costituzionale minimo*” al bene giuridico: l’insieme degli interessi costituzionali costituisce il limite-base invalicabile per il legislatore penale, un contrasto tra quei valori e sistema penale non può esistere⁷⁴.

Come opportunamente sottolineato da attenta dottrina⁷⁵, anche la posizione di Roxin⁷⁶ del 1966 rimaneva implicitamente sulla stessa linea:

⁷³ Per supportare scientificamente tale affermazione basterà qui citare l’introduzione codicistica, avvenuta nel 1970, del bene giuridico come categoria all’interno del Codice penale della Costa Rica: art. 27 “*No comete delito el que, ante una situacòn de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal major ...*”. Diffusamente: FRANCISCO COSTILLO GONZÀLES, *El bien jurídico*, cit., p. 31 ss.

⁷⁴ Così, ad esempio: SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BEETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd., 3, 2. Halbband, 1959, p. 909 ss. (spec. p. 930). Ricorda molto bene questa posizione: FIANDACA, *Il bene*, cit., p. 45 (rif. nota 9).

⁷⁵ Ancora: FIANDACA, *Il bene*, cit., p. 46.

sostenere che il bene giuridico consista in un contrassegno per designare ciò che può essere legittimamente tutelabile in base alle *funzioni* del diritto penale, significa premettere un modello di Stato e, dunque, di scopo della pena, fondato sulla Costituzione di Bonn. È quest'ultima, anche in questo caso, che orienta la selezione del penalmente tutelabile.

Allo stesso risultato si giunge considerando, con Rudolphi, M. Marx, Otto, *etc.*, l'interesse protetto come unità sociale di funzione indispensabile per la vita sociale che si svolge nel rispetto della Costituzione⁷⁷ o come oggetto di cui l'uomo ha bisogno per auto-realizzarsi⁷⁸ o come relazione reale della persona con un valore concreto riconosciuto dalla comunità giuridica nella quale il soggetto di diritto sviluppa personalmente con l'approvazione dell'ordinamento⁷⁹, *etc.*

Così come in Germania, anche in Italia la logica del costituzionalismo minimo o minimale ha attecchito in alcune opinioni di illustri scrittori⁸⁰. Nel nostro Paese, però, si è andati oltre con Franco Bricola; ma questa storia, così come le sue critiche, sono ampiamente conosciute.

Il *gap* ritenuto esistente tra valori costituzionali e gli oggetti di tutela penalistica – generato, secondo alcuni, dalla diversità di funzioni tra le costituzioni e i vari ordinamenti penali – ha prodotto approfondimenti capaci di evidenziare l'importanza di studi sociologici nella ricerca dei mezzi per rendere il *bene* un criterio valido di selezione. Che questi approfondimenti si siano poi spesso rivelati totalizzanti e diretti a isolare

⁷⁶ ROXIN, *Sinn und Grezen der staatlicher Strafe*, ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 1 ss.; poi ID., *Franz von Liszt un die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 43.

⁷⁷ RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, in *Festschrift für Honig*, 1970, p. 159 ss.

⁷⁸ MARX M., *Zur Definition des Begriffs "rechtsgut"*, 1972, p. 62.

⁷⁹ Cfr.: OTTO, *Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand*, in MÜLLER DIETZ, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 8 ss.

⁸⁰ Per tutti, v.: NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1975, p. 36 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 1980, p. 219.

ed escludere la validità del concetto di bene giuridico (v. nota 72) è altra cosa.

La posizione di Hassemer – la prima a cui ci riferiamo parlando di teorie *sociologico-costituzionali-deboli* – è infatti contenuta nel *macro*-gruppo delle opzioni sociologiche, ma non risulta ad esse pienamente sovrapponibile. Ciò per quantomeno due ordini di motivi: il primo è l'utilizzo, e non l'abbandono del concetto di bene giuridico; il secondo è l'impiego della sociologia *come mezzo* e non come criterio vincolante/sostitutivo. In effetti, Hassemer⁸¹ è stato criticato da Amelung⁸² proprio perché ha riconosciuto che non è possibile elevare gli strumenti sociologici ad unico criterio con cui dedurre il “penalmente tutelabile”. Secondo l'autore non esistono *caratteristiche sociologiche costanti interne al reato*, ma l'esperienza sociale dei valori, orientata sempre secondo la Costituzione, può solo aiutare il ricercatore immerso nello studio dei fattori che trasformano un fatto in qualcosa di penalmente rilevante.

In secondo luogo, meritevole di menzione è una teoria nata, tramite un pensatore italiano, negli anni Ottanta del secolo scorso. Ci riferiamo all'impostazione di Alberto Cadoppi e, quindi, all'esistenza di una selezione statistico-sociologica del bene giuridico meritevole di sanzione penale⁸³. L'autore parte dall'impostazione bricoliana e, nello specifico, da un requisito strutturale del bene giuridico così inteso: *l'afferrabilità*⁸⁴. Quest'ultimo requisito richiamava le teoriche a sfondo socio-culturale del bene, quindi una sorta di cristallizzazione dell'interesse stesso all'interno della collettività. Da qui, l'autore, (*ri*)collegandosi alla *public opinion*, orienta la ricerca del criterio di selezione penalistica verso quelle indagini statistiche – provenienti da organismi imparziali e riconosciuti – che consentono al legislatore di formarsi un'opinione completa sull'opinione

⁸¹ HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 60; poi ID., *Recensione ad Amelung*, in *ZStW*, 1975, p. 156 ss.

⁸² AMELUNG, *Recensione ad Hassemer*, in *ZStW*, 1975, p. 142.

⁸³ Questa tesi è presente in: CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, v. I, p. 571 ss. (spec. p. 587 ss.).

⁸⁴ Cfr. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, cit., p. 29 ss. (spec. p. 32 ss.).

del popolo. In breve, tale criterio, comunque racchiuso nei limiti della Costituzione, nasce e si sviluppa come *solo negativo* – incapace di imporre criminalizzazioni – *di sapore politico-criminale* – perché utile per orientare le scelte del legislatore – e *non giustiziabile* – incapace di provocare dichiarazioni d’incostituzionalità di norme non sorrette dalla *public opinion* –.

Ad ogni modo, le premesse largamente (anche se spesso *implicitamente*) condivise in entrambe le *macro*-letture summenzionate, sono la presenza del bene giuridico come *base-generale-di-appoggio* e le sue, più o meno forti, relazioni con la Costituzione.

Dal nostro punto di vista, l’interesse non incompatibile con i valori espressi dalla Costituzione, vedremo subito in quali termini, consente al principio *made in Italy*⁸⁵ d’offensività di esprimersi fissando idee alle quali non possiamo oggi rinunciare: in primo luogo, l’offensività consente di stabilire che *il diritto penale, se interviene, deve farlo per proteggere beni giuridici* (unica forma di tutela da noi ammessa) *non incompatibili con lo*

⁸⁵ Il principio, almeno nella sua declinazione astratta, non vi è dubbio, è un prodotto del costituzionalismo. Pertanto, esso – al pari della teorica costituzionalmente orientata del diritto penale – non è ancora stato pienamente recepito nei paesi di *civil law* diversi dall’Italia, né risulta oggetto di dibattiti dottrinali. Nel corso della nostra indagine, lo si anticipa, emergerà come in assenza delle sue premesse principali (la teorica el bene giuridico costituzionalmente orientato è una di queste) l’offensività non può trovare terreno fertile per il suo sviluppo. Il passaggio è obbligato. Ad ogni modo esistono già tentativi di esportazione del principio in analisi, ciò è chiaro da ormai un decennio: v., per i contributi tedeschi, spesso riportato letteralmente “*Der Offensivität Prinzip*” o tradotto come *Das Schädlichkeitssprinzip* o, più correttamente, come *Offensivitätprinzip*, v.: MAIWALD, *Über taugliche, un taugliche und grob unverständige Versuche. Eine Rechtsvergleichende Bestaundsaufnahme*, in KORIATH-KRACK-RADTKE-JEHLE (a cura di), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, Göttingen, 2010, p. 159 ss (spec. p. 180 ss.); ma anche la traduzione tedesca del contributo di DONINI, *Grunde und Grenzen einer verfassungsrechtlichen Grundlegung des Strafrechts*, in VORMBAUM, *Beiträge zur Geschichte der modernen italienischen Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 2014, p. 167 (nota 34); ID, *Strafrechtstheorie und Strafrechtreform*, Berlin, 2006, p. 61 (nota 28); D’AVILA, *Freiheit und sicherheit im Strafrecht*, KARSAI-NAGY-SZOMORA (a cura di), *Freiheit - Sicherheit - (Straf)Recht: Beiträge eines Humboldt-Kollegs*, Göttingen, 2011, p. 47 ss. (spec. p. 50); DONINI,, in VORMBAUM, *Beiträge zur italienischen Strafrechts und Kriminalpolitik*, München, 2015, p. ;

statuto penalistico della Costituzione, non mere violazioni di asettici doveri, selezioni d'autore o moralità generiche superiori. Com'è stato opportunamente osservato⁸⁶, l'offensività senza bene giuridico risulta già lessicalmente inconcepibile: non c'è offesa senza bene.

3. Un clima favorevole per la ricerca del bene tutelabile penalmente: Costituzione e costituzionalismo – Come abbiamo già anticipato, per la cultura europeo-continentale il concetto di bene giuridico è una base concettuale *insostituibile*. Questo paradigma però, più che alle (*in*)capacità selettive del bene scoperte nel corso della storia è un prodotto del costituzionalismo penale e del suo principio-guida: l'offensività. Da qui occorre partire.

3.1. Costituzionalismo – Quando parliamo di lettura “costituzionalmente orientata” del diritto penale, quella di matrice bricoliana⁸⁷ (v. oltre § 3.6) per intenderci, facciamo riferimento ad un

⁸⁶ Così DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 8; v., tra i tanti, anche: M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 2004, p. 11. Anche Antolisei, seppur limitando tale certezza ai soli delitti, rimaneva sulla stessa linea, v.: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano 1963, pp. 128 e 130. Da notare, a conferma di quanto sostenuto, l'opinione contraddittoria di Raul Zaffaroni (v. sopra, nota 72): il diritto criminale, secondo il pensatore argentino, non protegge beni ma parte della tipicità consiste nell'offesa (lesione o nella messa in pericolo) verso questi ultimi.

⁸⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 8 ss.; poi difesa, anche se con particolari differenze di metodo, da autori italiani e stranieri. Per i contributi in lingua spagnola, v.: GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Madrid, 1983, p. 26 ss.; ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 1, 1987, *passim* (spec. p. 99 ss.); ALVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, p. 5 ss. (spec. p. 30 ss.); GARCIA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, p. 50 ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, III ed., Tirant lo Blanch, 1999, p. 35 ss.; per il supporto della funzione selettivo-negativa della Costituzione anche OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 9 ss.; riprende di recente la tesi bricoliana, MERCEDES ALONSO ÀLAMO, *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Valladolid, 2014, p. 34 ss.. Seppur con divergenze in ordine alla limite

pensiero inserito all'interno di un più vasto e antico movimento chiamato *costituzionalismo (moderno)*.

Prima di continuare, una chiave di lettura: esso, il costituzionalismo, è da sempre intriso di una consapevolezza assai poco ipocrita e imprescindibile, diretta a mantenere viva l'idea che *il primo nemico della libertà e dei diritti è lo Stato*. Ogni singola lettera uscita dalle penne di tutti gli studiosi o dei pratici del diritto, di oggi o di ieri, inseriti in questo grande obiettivo *in action* muove, seppur in varie forme e varie misure, da questa premessa. *Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*, così recita l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Oltre alla presenza d'interessanti studi sulla curiosa evoluzione della parola Costituzione, *constitutio/constitutiones*, all'interno del diritto romano e di quello canonico⁸⁸, esistono importanti ricerche che ne illuminano il percorso storico-applicativo. Nella Francia del Cinquecento, ad esempio, essa diveniva una prerogativa di un re interessato ad un *potere complesso* composto da un abbinamento tra normazione e potere di giudizio: la *constitution* doveva essere la "sua" legge⁸⁹. E' da questa idea di controllo incondizionato del potere e del diritto che inizia lo studio dei limiti al

costituito dal bene tutelabile *solo se precedentemente riconosciuto* dalla Carta fondamentale, v.: MUNÓZ CONDE, *Proteccion de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal*, in *Nuevo Derecho Penal Espanol. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 562 ss. e 567 ss. Sull'importanza del bene nella costruzione del reato in generale per il sistema di *civil law*, invece, v.: GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 18 ss.; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 285; MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 326; FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007, p. 6 ss.

⁸⁸ Per approfondimenti, v.: TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei lumi*, p. 4 ss.

⁸⁹ Molto interessanti sull'argomento, anche se solo in lingua francese, i lavori di: A. JUANNA, *Constitution et souveraineté en France au XVI siècle*, in G.M. Cazzaniga-Y.C. Zarka (a cura di), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Pisa, 2002, I, p. 51-62; T. BALL-J.G. POCOCK, *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, 1988; in lingua italiana, per tutti, si v.: QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992.

legislatore assoluto, solo da qui si ricopre l'importanza dei principi fondamentali e di quelli di diritto naturale. L'organizzazione politica necessita quindi di una *costituzione*: sia essa formale o materiale, generata da un atto normativo formale o dedotta dall'ordinamento politico in generale (*Verfassung* o *Konstitution*, *Grondwet* o *Constitutie*)⁹⁰, scritta o non scritta e, se scritta, i valori fondamentali non per forza debbono essere cristallizzati esplicitamente al suo interno⁹¹. Essa può fissare principi introducendo valori nuovi o registrare quelli ritenuti preesistenti, immodificabili e, dunque, molto giusnaturalistici, ma ha delle costanti che riflettono una natura ben più complessa di un mero "accumulo" di belle parole; leggendo il documento "*costituzione*" possiamo comprendere lo sviluppo culturale di un popolo, la sua carta d'identità, i suoi timori, i suoi sogni e le sue speranze. Contemporaneamente riusciamo a comprendere l'esistenza di una scelta fondamentale: la volontà di dotarsi di uno *strumento di garanzia*.

Il concetto di *costituzione* è antico quasi quanto quello di *costituzionalismo* inteso ora quale *idea-limite* o *forma di organizzazione politica compatibile con la tutela dei diritti della persona umana*⁹² diretta a limitare e regolare l'organizzazione dei poteri e delle loro funzioni anche senza l'ausilio di norme vincolanti o addirittura scritte⁹³.

Storicamente il *costituzionalismo delle origini* assume, sin da subito, funzioni concrete orientate alla limitazione dei poteri pubblici, si genera sul

⁹⁰ Molto stimolante sul tema delle diverse forme di costituzione: il lavoro di PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa*, cit., *passim*, spec. p. 319 ss.; ma anche TRAMPUS, *Linguaggi della politica e lessico costituzionale: Filangieri e i traduttori tedeschi*, in ID., *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologna, 2005, pp. 82-126; tematica poi parzialmente ripresa in ID., *Storia del costituzionalismo*, cit., p. 7 (spec. n. 14).

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Cfr. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, V ed., p. 84.

⁹³ Esiste un'idea di costituzionalismo anche nell'età greca, romana e medievale. Su quest'ultima di rimanda a MAGLIO, *L'idea costituzionale del Medioevo. Dalla tradizione antica al <<costituzionalismo cristiano>>*, *Negarine di San Pietro in Cariano (Vr.)*, 2006, *passim*; ma anche ad AJELLO, *Illegalità dei "legali"? costituzionalismo d'antico regime nel Mezzogiorno d'Italia e metodo sociologico degli idealisti*, *Frontiera d'Europa*, IV, I, 1998, p. 3, 30 e *passim*.

principio di sovranità e introduce seppur timidamente, alcuni diritti, il concetto di pluralità, quello di garanzia, di partecipazione, ma non (ancora) quello di uguaglianza. Ci vorranno Rousseau⁹⁴ e i grandi dissenzi della seconda metà del Settecento per ottenere il riconoscimento di quel principio elaborato dalle moderne dottrine giusnaturalistiche.

Nella prima metà del Settecento – qui un punto assai interessante – s’incomincia a creare dal basso, nella vita di tutti i giorni e nelle attività più comuni, un linguaggio comune destinato a divenire presto il lessico costituzionale moderno⁹⁵. E’ infatti dall’introduzione dell’espressione “Constitutional” accanto al lemma “Constitution”, apparso per la prima in quel secolo in Inghilterra all’interno del periodico <<The Constitutional Journal>> (1743) e poco dopo in Francia in commento alla rivolta delle colonie americane⁹⁶ (1760), che il paradigma del *constitutionalism* inizia lentamente a mutare la sua composizione genetica facendo ingresso nella nostra cultura con le traduzioni in lingua italiana del pensiero di Jean-Louis de Lolme⁹⁷. Il punto comunque più importante di questa breve parentesi storica è il seguente: aggettivare qualcosa come *costituzionale* significava ammettere, anche se solo concettualmente, la possibile esistenza del suo contrario, dell’*incostituzionale* (v. § 2.5).

Ad ogni modo nella società Settecentesca rimaneva assai viva la discussione tra coloro che, sorretti dalla cultura fisiocratica⁹⁸, intendevano

⁹⁴ Ci si riferisce all’opera “Il contratto sociale” del 1762. Cfr. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, R. Gatti (a cura di), Milano, 2005.

⁹⁵ Cfr. DE MAURO, *Il linguaggio della costituzione*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Alle origini della costituzione*, Bologna 1998, p. 25 ss.

⁹⁶ Questo dato è riportato da: G. VON PROSCHWITZ, *Constitutionnel. Anglicisme ou mot français?*, del 1969 poi ripresentato in ID., *Idées et mots au siècle des Lumières. Mélanges en l’honneur de Gunnar von Proschwitz*, Göteborg-Paris, 1988, pp. 69-77; ma anche in TRAMPUS, *Storia*, cit., p. 10 (nota 25).

⁹⁷ Sul punto non può che rimandarsi alla copiosa ricerca presente in MESSERI, *Anglicismi nel linguaggio politico italiano del ‘700 e nell’800*, *Lingua nostra*, XVIII (1957), p. 82, 104, 172 e *passim* opportunamente richiamato in TRAMPUS, *Storia*, cit., nota 27.

⁹⁸ Questa cultura è riconducibile all’opera di QUESNAY, *Tableau économique*, 1758 e a quella di Dupont de NEMOURS, *Physiocratie ou constitution naturelle du gouvernement*, à Leyde, 1768. Nata come alternativa al lumi e alla Chiesa di Roma, la fisiocrazia si basava

ispirarsi ad un modello di costituzione naturale ma lontana da antichi “modelli di natura” e coloro che propendevano per la nascita di costituzioni artificiali, adattabili alle esigenze di un mondo stanco soffocato da un feudalesimo ormai non più tollerabile perché fondato su *distinzioni, cavallereschi pregiudizi* e una *giurisprudenza della spada*⁹⁹. Le teorie classiche della sovranità vennero attratte in dibattiti imbibiti di critiche anti-feudali e anti-cetuali come mai prima di allora.

Stava nascendo un’opinione pubblica attorno alle ragioni del costituzionalismo. Al costituzionalismo dell’antico regime si affiancava un costituzionalismo illuminato concentrato sulla qualità della fase di formazione della norma e sulla sua posizione di preminenza rispetto alla fase di applicazione giudiziale, attento alla riduzione della discrezionalità ermeneutica e, soprattutto, allo sviluppo della cultura dei diritti dell’essere umano. Il dibattito teorico si trasformava però solo parzialmente in azione e, soprattutto, secondo due linee differenti all’interno delle singole realtà italiane. Se nell’Italia meridionale queste nuove acquisizioni che tanto riciclavano dagli *antichi*¹⁰⁰ registravano applicazioni concrete abbastanza

su un’idea di Costituzione naturale riecheggiante solo verità “auto-evidenti” capaci di guidare la morale dell’individuo e la sua esistenza economica. Eliminare qualsiasi forma di interesse particolare, questa era considerata la “formula magica” per modernizzare le istanze giusnaturalistiche ed estirpare ogni fonte potenziale d’ingiustizia. Sull’influenza di questa corrente di pensiero nella Toscana del Settecento – sicuramente in grande difficoltà economica e amministrativa – v.: MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., *passim*, (spec. pp. 94 e 184). Sui limiti di questa dottrina, per tutti, S.L. KAPLAN, *Bread, Politics, and Political Economy in the Reign of Louis XIV*, The Hague, 1976, I, *passim* (spec. p. 111).

⁹⁹ In questi termini Filangieri descriverà il sistema feudale europeo, cfr.: FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Firenze, 1864, v. I, p. 143.

¹⁰⁰ Anche se tali affermazioni potrebbero risultare azzardate, la storia c’insegna che l’età dei lumi ha ripreso e sviluppato molte tematiche e tanto lessico degli antichi. Ciò è accaduto, ad esempio, nel recupero di una cultura spartana e ateniese convinta della centralità di un legislatore-eroe, sul punto si rimanda a: VIDAL-NAQUET, *La democrazia greca nell’immaginario dei moderni*, trad. it., Milano, 1996, *passim* (spec. p. 222), e ai loro due “costituenti” Licurgo e Solone, v.: GAROFANO, *Spartiates*, in *L’Esprit de L’Encyclophedie*, 1769, V, p. 169, ma anche con riferimento a Polibio con l’idea del popolo-protagonista

soddisfacenti, al settentrione l'astuzia del legislatore convogliava l'opinione pubblica a ritenere sufficiente una "buona amministrazione", magari assicurata da nuove codificazioni (penale e civile).

3.2. L'educazione ai principi e le caratteristiche delle costituzioni (scritte) – L'illuminismo è rimasto caratterizzato dalla volontà di conoscere l'essere umano nel suo complesso. L'idea alla base di questa ricerca era la possibilità di trasformarlo e controllare le sue reazioni¹⁰¹ tramite un'educazione ai principi. Questo dato è a nostro parere centrale per ogni discussione intorno al costituzionalismo d'ogni epoca. Le menti illuminate del Settecento pensavano che il successo delle loro ponderazioni teoriche sarebbe dipeso da una parziale estromissione dei tecnici del diritto e dalla sensibilizzazione dell'opinione pubblica, del popolo¹⁰², ad ogni livello. Anche lo studio universitario veniva curato: non è

della vita politica [POLIBIO, *Storie*, IV, in G. VICO, *Epistole con aggiunte le epistole dei suoi corrispondenti*, Sanna (a cura di), Napoli, 1993] concetto poi ritenuto "catastrofico" da Machiavelli [Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, 11] e ripreso con taglio comunque critico dal Filangieri ne "La scienza della legislazione".

¹⁰¹ Un dato importante e che spesso si tende a sottovalutare è che l'impatto della novità – come una Costituzione – su un'opinione pubblica impreparata e incapace di comprenderne il linguaggio è qualcosa di assai pericoloso perché potrebbe provocare *insofferenze* e *ostilità* assai gravi. Cfr., molto chiaro sul punto, TRAMPUS, *Storia*, cit., p. 240.

¹⁰² Il costituzionalismo e la creazione delle Costituzioni, però, avevano una premessa necessaria: occorre un popolo già più o meno avvezzo alla critica, sensibile alla questione politica, ai diritti, etc. Se ci s'interroga sulle origini di questa premessa si scopre che il tema è assai più complesso di come è sempre stato presentato dalla storiografia; ciò in quanto l'esistenza di una opinione pubblica preparata ad accogliere il costituzionalismo moderno non può essere rilegata alla sfera dell'ovvio, non è un "presupposto necessario" [così, invece: FERRARA, *La Costituzione*, cit., p. 6; FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, cit. pp., 119 e *passim*; DUSO, *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, Milano 2003] o, meglio, lo è ma ha una storia e uno sviluppo in parte ancora da scoprire. Ad oggi sappiamo il ruolo decisivo che in questo processo giocò l'educazione del popolo: un concetto chiave almeno per tutto il costituzionalismo italiano dell'età dei lumi. Sul punto è molto chiaro, anche se le sue parole debbono essere inserite nel contesto in cui vennero scritte: GORANI, *Saggio sulla pubblica educazione*, 1773. Lo stesso Filangieri e lo stesso Pagano sono un prodotto di questa idea, v.: FILANGIERI, *Scienza*, cit., vol. IV,

un caso che dopo la creazione della prima cattedra di diritto pubblico a Pisa nel 1726 seguì una diffusione senza precedenti dello studio (anche comparato) delle Costituzioni nelle facoltà di giurisprudenza europee. In Francia, ad esempio, l'insegnamento della Costituzione (*Faculté de droit de Nancy*, anno accademico 1788-1789) precedette addirittura la nascita dell'oggetto del suo studio (26 agosto 1789). Perfino Ludovico Antonio Muratori, seppur rispettando alcune condizioni¹⁰³, intervenne in epoca precedente auspicando la diffusione di questo insegnamento.

Esistono almeno tre *macro*-caratteristiche comuni alle Costituzioni moderne: la forma scritta, la volontà di rivolgersi ad una pluralità indistinta di esseri umani e di proteggere le minoranze dal *potere* delle maggioranze. Queste tre caratteristiche distinguono maggiormente tali scritti – *costituzioni* o *carte dei diritti* – da quelli intervenuti in epoca *pre-moderna*: ad esempio, un *Bill of Rights* (da enfatizzare non troppo¹⁰⁴) e tutte le altre Carte che nel Seicento contribuivano a regolare gli interessi della corona inglese nel Nuovo Mondo. Entrando nel secolo successivo queste “Carte regie” incominciavano ad essere interpretate come restrizione del diritto vivente e quindi eluse dal basso per favorire lo sviluppo di un diritto consuetudinario affine alla cultura non scritta inglese. Anche il profilo religioso aveva una seria connessione con la forma scritta della legge e delle “costituzioni”: a volte la violazione del diritto positivo veniva interpretata come prova massima di fede nei comandamenti divini¹⁰⁵.

dedicato “... alle leggi che riguardano l'educazione, i costumi, e l'istruzione pubblica”; PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, 1787, p. 130.

¹⁰³ Sul punto: BIROCCHI, *L'insegnamento*, cit., p. 577.

¹⁰⁴ Cfr. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 187.

¹⁰⁵ Cfr. BONAZZI, *Il sacro esperimento*, Bologna, 1970, pp. 131-9 e 256-74. Questa situazione si modificò poi negli anni '40 del Settecento quando la costituzione tornò ad essere considerata un documento capace di garantire il rispetto delle regole fissate all'origine e pubblicamente, cfr.: WOOD, *La costruzione della repubblica 1760-1820*, in BAYLING-WOOD, *Le origini degli Stati Uniti*, tr. it., Bologna, 1987, p. 299.

Ad ogni modo, già in Grecia¹⁰⁶ e nell'antica Roma si erano accorti dell'incommensurabile valore di *una legge che può essere letta (lex, da legere)*; magari ad alta voce, dopo l'approvazione formale dell'assemblea dei cittadini¹⁰⁷ ed esaminata dal popolo¹⁰⁸. La comunità illuminata, ben conscia delle virtù passate, si "ammalò di scrittura" determinando la nascita di momenti di straordinaria circolazione del sapere. Il letterato, l'intellettuale, divenne un mestiere ambito, e assai vicino al *potere* – un esempio ben noto è quello di Voltaire e Federico II di Prussia, di Beccaria, dei fratelli Verri, di Longo, di Carli, *etc.* –, spesso perfino *dentro al potere*; è celebre, ad esempio, l'assunzione di Turgot come controllore generale delle finanze nella Francia del Settecento e il suo rifiuto di presentarsi come un "politico". Egli si definiva più un intellettuale (ed economista) che si avvaleva dell'accademia e di altri luoghi di sociabilità culturale per presentare riforme migliori¹⁰⁹. Ma non è tutto. Oltre all'intellettuale vicino (o dentro) al potere e come sentinella dei diritti dell'uomo, gli illuminati introdussero questa forma anche nella professione forense tramite la previsione di scritti difensivi capaci di trasformare la figura dell'avvocato in un abile scrittore¹¹⁰.

¹⁰⁶ Dopo una legge (omerica) accettata tacitamente dalle singole società e un modello della stessa derivante dal volere di Zeus, a partire dal VIII sec. a.C. nasce, seppur assai lentamente, l'idea di legge *scritta*; qualcosa che consente di fornire alla regola un'esistenza oggettiva e reale, funzionale alla *pòlis* e alla crescita dei regimi aristocratici. Sul tema, tra gli altri, v.: DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, Garzanti, 2005.

¹⁰⁷ Cfr. STEIN, *Il diritto romano nella storia del diritto*, tr. it., Milano, 2001, pp. 5-6.

¹⁰⁸ Cfr. FILANGIERI, *La scienza*, cit., I, p. 80.

¹⁰⁹ Cfr. TRAMPUS, *Storia*, cit., pp. 212, 216, 217. Gli esempi sul rapporto *uomo di lettere/potere politico* sono sterminati in quell'epoca. Si pensi solo agli scambi dei componenti de "Il Caffè" con il governo della Lombardia austriaca. Certo è che l'intellettuale impegnato nelle *riforme* scriveva comunque per il Principe effettuando studi e ragionamenti che si sarebbero dovuti trasformare in azione nel breve periodo. Non vi era, dunque, quell'utopia e quel pronunciato sentimento di speranza tipico dello scrittore impegnato su *questioni costituzionali*.

¹¹⁰ Questo è un dato ormai acquisito, cfr.: ALESSI, *Il processo penale*, cit., *passim*, (spec. pp. 104 e 125).

La forza di questa forma, assai legata al processo di secolarizzazione tipico dell'età dei Lumi, portò l'intellettuale ad abbandonare l'elogio della gloria di Dio per approdare esaltare l'umanità e le sue stupefacenti capacità¹¹¹. Nel pensiero illuminato del Settecento, poi, si comprese come la scrittura non fosse "sufficiente" ad assicurare una costituzione o una dichiarazione dei diritti di qualità. L'idea di una legge (successiva) illegittima per contrasto coi principi fondamentali richiedeva la predisposizione teorica di strumenti formali e procedure aggravate dirette ad impedire al legislatore *post-costituente* di rivedere quei testi cancellando con un colpo di gomma intere norme-principio e un controllo sulla compatibilità di tutta la produzione legislativa successiva. Seguendo, più o meno coscientemente, i suggerimenti del Filangieri – che a sua volta riproponeva l'antico potere dei Nomoteti ad Atene¹¹² – all'indomani della rivoluzione francese il dibattito pubblico si concentrò sul progenitore del *Judicial review*: il *referendum* come possibile censura da parte del popolo¹¹³. Tuttavia, il dilemma dei limiti alla modificabilità/violabilità o meno dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili, spostò il dibattito italiano nei decenni successivi sulla possibile strutturazione di un controllo, una censura o, meglio, un sindacato di costituzionalità delle leggi. Qualcosa

¹¹¹ Sul tema v.: ROUSSEAU, *Du contrat social*, cit., II, c. 7, Rossi (a cura di) p. 452; ma anche le belle pagine di CHARTIER, *L'uomo di lettere*, in M. VOVELLE (a cura di), *L'uomo dell'illuminismo*, Roma-Bari, 1992, *passim* (spec. p. 181 ss.).

¹¹² Ad Atene, racconta il Filangieri, ogni legge veniva approvata dal Senato e poi appesa ai piedi delle statue dei dieci eroi affinché il popolo potesse leggerne il contenuto ed esporre le sue riflessioni al Senato stesso. Poi essa veniva nuovamente letta al popolo in altra assemblea dove il popolo, una volta ritenuta la norma plausibile, eleggeva tra i giudici i c.d. Nomoteti i quali dovevano sovranamente decidere sull'effettiva entrata in vigore della nuova legge. Cfr. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, p. 92. Per buona parte del presente elaborato verrà utilizzata impropriamente la parola norma come sinonimo di disposizione. Nella seconda parte, invece, verrà seguita la distinzione oggi unanimemente accettata presente in CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1964; e poi, tra i penalisti, in: DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 80 ss.

¹¹³ Sul *referendum* come strumento di censura del popolo si veda: JAUME, *Condorcet: droit de résistance on censure du peuple?*, cit., p. 59 ss.

che gli stessi ateniesi – *i quali conoscevano bene la necessità d'una magistratura che avesse sempre gli occhi aperti sulla legislazione*¹¹⁴ – avevano già in parte intuito¹¹⁵.

La discussione europea più importante sotto questo profilo la si ritrova nell'Italia degli anni Ottanta del Settecento. In questo periodo, in piena rottura col giusnaturalismo del passato, il diritto si contraeva definitivamente in un insieme di leggi e la Costituzione veniva intesa come il riflesso della volontà generale modificabile, ma solo con procedure specifiche: *non basta la pluralità dei suffragi, occorre la pienezza dei voti*, ricordava già il Filangieri. Nonostante l'immensa difficoltà, del tutto tipica di quell'epoca, ad immaginare un controllo della sovranità del popolo esercitata da un *non-legislatore*, nel *Progetto di costituzione per la Repubblica napoletana* veniva posto un limite di questo tipo assolutamente sconosciuto alle Carte francesi: l'obbligo di conformità delle leggi alla Costituzione. Un titolo intero della Costituzione in parola (il XIII°) veniva dedicato all'istituzione dell'*Eforato* quale primo organo davvero giurisdizionale custode della Costituzione e della libertà, progettato per la prima volta nella storia dell'umanità nei *Saggi politici* di Mario Pagano.¹¹⁶

In un periodo caratterizzato dal mito dello Stato senza pubblico come quello *post-rivoluzionario* si arrivava alla censura degli autori più rappresentativi dell'illuminismo¹¹⁷ e al tentativo dell'opposizione politica

¹¹⁴ Cit.: FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, cit., I, p. 98.

¹¹⁵ Sulle radici storiche di un vero sindacato di costituzionalità, seppur con posizioni differenti, v.: MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e delle libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1976; FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 26 ss.; DI DONATO, *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien Régime: una storia politico-istituzionale*, II, *Le dinamiche della prassi*, *Giornale di storia costituzionale*, IX, I, 2005, p. 66 ss..

¹¹⁶ Cfr. PAGANO, *Saggi politici* (II ed.), 1791, cit., I, p. 175 ss. Si veda anche IPPOLITO, *Mario Pagano*, cit., p. 288 ss. Esiste una differenza profonda tra il Tribunale immaginato da Pagano e il *jury constitutionnaire* creato da Sieyès, sicuramente più simile ad un legislatore che ad un organo costituzionale. Sul punto molto chiaro TRAMPUS, *Storia*, pp. 286, 287.

¹¹⁷ Diffusamente: R. IOVINE, *Tre inedite censure del Sant'Uffizio alle "Lezioni di commercio" di Antonio genovesi (1817)*, in *Frontiera d'Europa*, X, 2; (2004), p. 247 ss.; richiamato in TRAMPUS, *Storia*, cit. p. 305 (spec. nota 42).

al bonapartismo di eliminare l'idea di un costituzionalismo illuminato. Operazioni, queste, entrambe fallite.

Il costituzionalismo diveniva sempre di più interessato ad un confronto tra Stato e opinione pubblica ormai enormemente facilitato dalla stampa o dai diversi nuovi strumenti d'informazione: la fiamma dei Lumi rimaneva comunque viva. L'opera di Filangieri veniva ripubblicata – prima con dei manoscritti inediti nella Milano 1815 e poi negli anni successivi a Livorno (1918), Firenze (1820), Milano (1822), Venezia (1822)¹¹⁸ – in numerose lingue diverse e Giandomenico Romagnosi consegnava alla storia un coraggioso progetto di Costituzione per una monarchia nazionale rappresentativa¹¹⁹.

Una simile resistenza culturale dei Lumi sarebbe durata in Italia (e in Europa) fino alle critiche liberali tipiche della nuova cultura ottocentesca: *deleghe eccessive alla volontà generale e, quindi, sulle virtù dei politici e del diritto quale mezzo di garanzia dei diritti-base; delega eccessiva alla (troppo mutevole) volontà generale e potere politico debole, poco energico e minaccioso*¹²⁰.

Tali rimproveri avrebbero poi immediatamente provocato copiose ricerche sul principio di sovranità e sull'esaltazione dell'ordine sociale e politico dal quale "tutto deriva": diritti compresi. Questo approccio liberale, questa versione liberale di costituzionalismo, funzionava assai bene se si contestualizza tale affermazione col clima culturale di allora, ma rimaneva comunque in equilibrio tra due forze principali: *limiti e garanzie* da un lato, *sicurezza e stabilità politica* dall'altro. Dalla rottura di questa *traballante* stabilità, la nascita di esperienze totalitarie a dir poco catastrofiche. Il Novecento, però, è *anche* il secolo della rinascita culturale e della genesi delle grandi Costituzioni democratiche: da Weimar a quella italiana del '48, al *Grundgesetz* tedesco del '49, fino a quella spagnola del 1978, tutte

¹¹⁸ Cfr. *Opuscoli editi e inediti del Cavalier Gaetano Filangieri*, Palermo, 1815.

¹¹⁹ Cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Opere scelte*, Roma, 1937, UU/1, parte I, § 29.

¹²⁰ Queste le critiche di Hegel in Germania.

Carte *pluralistiche*-tipo¹²¹ caratterizzate dalla volontà del popolo sovrano e, al contempo, dalla loro vocazione di *limite* al potere, a tutti i poteri, anche quelli di diretta derivazione popolare.

Crediamo occorra anche specificare come nella seconda metà del secolo scorso si sia assistito ad un altro passaggio fondamentale per l'evoluzione del costituzionalismo moderno: uno *step*, questa volta *interno* o già previsto dallo stesso documento-fondamentale, con il quale si richiamano valori-fonte di tipo sovranazionale. In questo processo le costituzioni hanno tentato (e tentano tutt'ora) di svincolarsi dai rispettivi Stati nazionali al fine di dar sfogo alla *vocazione universalizzante* dei diritti, dei principi e dei valori in essi contenuti. Un sogno di cittadinanza europea, questo, coltivato oggi prevalentemente dalla magistratura, seppur con tutti i limiti del caso; ma questo tema richiederebbe spazi non disponibili in questo scritto.

3.3. Il costituzionalismo penale – Alla scienza penale italiana del Novecento, dicevamo, rimaneva un ultimo tentativo prima di abbandonarsi ad approfondimenti di sistema orientati esclusivamente sulla ricostruzione del *tutto* su basi incerte come la mera concezione liberale del bene giuridico, nelle sue diverse declinazioni¹²²: approfondire lo stretto rapporto tra *diritto penale* e questa nuova tipologia di Costituzione *condizionante*¹²³. Così è avvenuto, non senza periodi di attesa,

¹²¹ La Carta costituzionale democratica è ovviamente pluralista perché nasce dall'unione di varie posizioni. Non vi è una volontà unitaria quasi magica e coerente, ma tante voci che devono trovare punti in comune. È ricordato da KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, 1911, Tübingen, 1923, m repr. Aalen, 1960, trad. it. *Problemi fondamentali di diritto pubblico*, A. Carrino (a cura di), Napoli, 1991.

¹²² Il tema è già stato trattato anche al § 2.5. e oltre (per i principali detrattori della categoria, v. nota 65). Ad ogni modo, per una completa ricostruzione sull'evoluzione più attuale del bene giuridico si v. sempre: ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in F. Herzog., *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, § 2 p. 66 ss.

¹²³ Questo è il carattere della Costituzione italiana più importante per la presente ricerca: la comparsa del *diritto illegittimo*, infatti, prende vita soprattutto dal carattere

nel 1973 con quella rivoluzionaria opera di Franco Bricola pubblicata nel *Novissimo Digesto italiano* (vol. XIV, Torino, pp. 7-93)¹²⁴. Oltre alla naturale premessa di evidenti *limiti* imposti alla legge ordinaria dalle fonti superiori, tra i profili più rilevanti di questo sisma concettuale vi è certamente il passaggio del fondamento del diritto penale dalla volontà del legislatore a quella del popolo costituente. Tale modifica *forte*, metodologica e contenutistica, ha mostrato – pubblicamente – l’età ormai troppo avanzata di un penale orientato su costruzioni dogmatico-induttive, quelle che partono dal basso, dal precetto già *preconfezionato*, intoccabile e (quasi) presuntivamente legittimo, per costruire un’impalcatura separata *dai*, e non comunicante *coi*, principi. Siamo davanti ad una lettura *prescrittiva* che ha travolto le basi fondanti della costruzione scientifica del diritto penale – dai fini della pena alle tecniche di costruzione del *tipo* distinto da quello civile o amministrativo, dall’elogio del fatto allo spazio per la valutazione dell’autore, fino, qui il punto centrale, *al bene giuridico tutelabile, alle forme di aggressione legittime e ai livelli di lesività* – con metodi però saldamente ancorati ad un positivismo “di fondo” assai attento alla ricostruzione esegetica del testo (ma ora soprattutto costituzionale), mai formalmente abbandonato dallo studioso bolognese. E’ nostra opinione che Franco Bricola abbia in qualche modo cambiato *testo* (Codice penale → Costituzione) senza sollevare lo sguardo dal dato positivo.

condizionante della Carta fondamentale, non esattamente dalla sua rigidità. Quest’ultima – in Italia assai più blanda che in molti altri Paesi – cristallizza una procedura aggravata (o impossibile) per la modifica della stessa; il primo, invece, costituisce un *diktat* contenutistico protetto dal *Judicial review*, qualcosa di fondamentalmente sostanziale nel suo genere: *nessun potere può essere considerato come totalmente libero nei contenuti e nel fine* [cfr.: Corte cost., sent. n. 14 del 1964].

¹²⁴ Per approfondimenti, v.: DONINI, *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., v. 2, 2012.

Ecco la vera innovazione. Tuttavia, i suoi studi non si sono dimostrati completamente in linea con quella filosofia giuspositivista in espansione¹²⁵ da lui apertamente condivisa e scelta come unico “metodo”; ad ogni modo, ciò è sicuramente vero con riferimento all’approccio *tecnicista*, che ne costituisce la naturale evoluzione. Anzi, il netto ripudio della neutralità della scienza penale verso la filosofia, la storia, la criminologia e il lavoro del legislatore – del 1930 ma anche quello democratico – è forse il tratto più caratteristico del suo celebre programma.

Una specificazione pare a questo punto fondamentale: la precisa scelta di non “sporcare” mai il ragionamento con motivazioni-base di tipo giusrazionalistico ha di fatto impedito di esportare il suo modello al di là dei confini nazionali; Franco Bricola, con ogni probabilità, conosceva bene questo limite e da studioso assai attento anche ai risvolti pratici di ogni sua affermazione, egli sapeva che, dato il clima culturale di quel tempo, l’unico modo per vedere il concretizzarsi nel medio-breve periodo di riforme (o di interpretazioni specifiche) in linea coi valori da lui difesi fosse – almeno a quel tempo – ancorare il tutto saldamente al dato positivo: non poteva concedersi il lusso di perdere di vista le disposizioni esistenti. Un problema di *priorità* più che di *verità*¹²⁶.

Assistiamo oggi ad un paradosso: la declinazione forte del *costituzionalismo penale* ha subito dure critiche, ma i prodotti della sua

¹²⁵ Dai primi anni '50 fino all’opera di Franco Bricola – ma anche oltre – il giuspositivismo tecnicista ha regnato incontrastato nel dibattito filosofico. Senza alcuna pretesa di completezza, v.: H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1957), ora in A. Schiavello-V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005, p. 48 ss.; ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1961), ora in A. Schiavello-V. Velluzzi (a cura di), *ult. cit.*, p. 80 ss.; BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972; SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, ma soprattutto: KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. a cura di S. Cotta-G. Treves, Milano 1963.

¹²⁶ Non vi è spazio in questa sede per riflettere sulla linea di confine sostanziale tra il giuspositivismo critico (su base costituzionale) e il *neo-giusnaturalismo* (sempre su base costituzionale) quale genesi dell’abbandono del tecnicismo Novecentesco. Ad ogni modo, per una lettura che si distanzia da quest’ultimo, v.: DONINI, *Europeismo*, cit., p. 59.

radice concettuale – la costruzione di un volto costituzionale dell’illecito – sono *utilizzati* da tutti: dalla Corte costituzionale ai progetti di riforma del Codice (non solo italiano), fino all’Europa e alla quasi totalità della dottrina italiana¹²⁷. Si pensi all’*extrema ratio*, alla *riserva di legge*, alla *determinatezza della fattispecie*, alla sua *tassatività*, al *divieto di retroattività*, a quello di *analogia*, al riconoscimento di una *responsabilità penale di tipo strettamente personale* (responsabilità per fatto proprio e principio di colpevolezza), alla *funzione rieducativa della pena* e limite della *dignità umana* al suo uso, oltre che alla *laicità*, alla *ragionevolezza* e alla *proporzione*, veicolata dall’uguaglianza, tra *bene/sanzione*, etc.

Da qui una conseguenza: nonostante esistano evidenti difficoltà nel costruire una storia mai avvenuta, si può ipotizzare senza timore di smentita che senza il progetto bricoliano i giudici (anche costituzionali) mai avrebbero recepito tali principi, gli avvocati non avrebbero mai speso il massimo delle energie disponibili per la loro attuazione concreta nei Tribunali e gli scrittori mai gli avrebbero dedicato tanto spazio all’interno della costruzione del reato o dei manuali¹²⁸, ma anche in altri scritti meno didattici¹²⁹. Questo dato emerge dall’analisi della situazione tedesca, ad esempio: nella letteratura d’Oltralpe non si “ragiona” cercando di costruire un volto costituzionale dell’illecito e i principi risultano assorbiti

¹²⁷ Ricordiamo il progetto della Bicamerale del 1997, le numerose sentenze della Corte costituzionale italiana incentrate sui principi penalistici, l’*input* europeo per l’introduzione di *macro-delitti* contro l’ambiente, e così oltre. Per ulteriori approfondimenti, v.: DONINI, *L’eredità di Bricola*, cit., § 6, ma anche p. 67 ss.

¹²⁸ Sull’evoluzione dei principi nella manualistica (fino ai primi anni novanta), si v. FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1187 ss. Più in generale, sul rapporto *principi/diritto penale*, v.: PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in Pizzorusso-Varano (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, p. 531 ss. Ad oggi la manualistica italiana, anche se li rilega principalmente nella parte iniziale dei singoli contributi, dedica molto spazio ai principi. A mero titolo di esempio, v.: FIANDACA-MUSCO, *Parte generale*, Milano, V ed., 2007, pp. 3-111; Pulitanò, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., pp. 115-129, pp. 152-182, p. 311-327.

¹²⁹ Data la loro ingente quantità, qualsiasi citazione bibliografica sui contributi incentrati sui principi risulterebbe incompleta.

da *macro*-criteri generalizzanti (ragionevolezza, proporzionalità, *etc.*); ciò avviene in giurisprudenza – ordinaria e costituzionale – ma anche in dottrina.

Così facendo il sistema nel suo complesso è riuscito ad accendere la miccia di ogni cambiamento: ci riferiamo alla modifica – seppur con l'affanno tipico di ogni parziale trasformazione di paradigma – delle basi del ragionamento giuridico degli studenti (non solo) di legge e, più in generale, delle nuove generazioni¹³⁰ di studiosi. I giovani si stanno abituando allo sviluppo di quella critica tanto amata dalla cultura illuministica, ma che non si concentra più solo all'interno di consessi selezionati o in pochi libri destinati a lettori colti e preparati alla complessità: oggi si parla di principi penalistici nelle aule universitarie popolate da studenti eterogenei, nei Tribunali di ogni grado, nelle strade, in Italia, in Europa, nelle Corti sovranazionali, nelle associazioni, *etc.* Che poi alla *conoscenza e diffusione* degli stessi non corrisponda ancora un loro impeccabile rispetto è altra cosa. I principali responsabili sono noti (v. oltre §. 5 ss.).

In breve: è possibile sostenere che non vi è argomento penalistico che non sia oggi letto (o *riletto*) in chiave costituzionale. A volte l'obiettivo è stato raggiunto¹³¹, altre volte no¹³², ma tutti, chi più chi meno, siamo stati contagiati dal nucleo più intimo del costituzionalismo penale, ovvero dalla necessità di ripensare la legge ordinaria e le sue interpretazioni alla luce della Costituzione.

Con l'unica avvertenza – questo è un dato essenziale – di non cedere alla semplicità del procedimento contrario: costituzionalizzare “a tappeto”

¹³⁰ La maggior parte dei corsi universitari di diritto penale partono oggi dalla trattazione dei principi. Per mantenere la proporzione “crediti/numero di pagine” si è spesso costretti a ridurre l'evoluzione storica della materia, ma mai i principi fondamentali. Essi sono poi ripresi – *step by step* – con riferimento ai singoli argomenti trattati durante l'esposizione dell'analisi classica del reato.

¹³¹ Si pensi alla modifica dell'art. 5 c.p. ad opera della sent. 364/1988, all'eliminazione della c.d. “aggravante di clandestinità”, e così oltre.

¹³² Tra i tanti fallimenti, degna di nota è la *Commissione parlamentare per le riforme costituzionali del 1997* (v. oltre § 5.2).

tutto (o quasi tutto) l'esistente è un'attività opposta al disegno bricoliano¹³³.

3.4. Il volto del bene (oggi) tutelabile col diritto penale – L'esistenza di concezioni metodologiche del bene (interesse = *ratio* della norma) quale istituto di solo diritto pubblico, evidenzia che scegliere un intervento penale in protezione di "beni" non significa obbligatoriamente limitare la materia al *fatto lesivo/pericoloso* o astenersi dall'intervenire penalmente su mere inosservanze o su violazioni di doveri imposti dallo Stato; né, di per sé, significa mettersi al riparo dalla repressione della devianza criminologica di alcuni autori-tipo o dell'immoralità *tout court*. L'idea garantista della *protezione dei beni* come vincolo costituzionale o interpretativo per il legislatore – così, tra i primi, anche Rudolphi¹³⁴ – si è sempre scontrata con l'impossibilità di vincolare quest'ultimo fornendogli una definizione accurata e davvero prescrittiva.

Il concetto di bene giuridico, da solo, non conoscendo una puntuale giustiziabilità, non produce *limiti* veri. Ogni "limite" è prodotto dal suo innesto *nella* Costituzione e dall'operatività dell'offensività come principio: solo i principi di materialità (il *sine actione*, art. 25 cpv Cost.), del diritto penale del fatto e il conseguente rifiuto di logiche d'autore (sempre art. 25 cpv Cost.), di colpevolezza (questa volta *per* il fatto, art. 27, commi 2 e 3 Cost.), e di laicità (art. 3, 19 e 21 Cost.), riescono a conferire al "bene" un volto preciso, costituzionale e quindi capace di selezionare (anche, ma non solo) ciò che, in negativo, *non* può essere bilanciato con la perdita della libertà (art. 13 Cost.).

¹³³ Con questa affermazione intendiamo chiarire l'esistenza di un rischio indesiderabile: costituzionalizzare a tappeto e senza limiti significa, di fatto, riscrivere la Costituzione partendo dal diritto vigente. Questo "metodo" è contrario al costituzionalismo penale. Sul punto v.: DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., p. 21.

¹³⁴ Celebre, appunto, l'ipotesi-speranza contenuta in RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff*, Honig-Festschr. 1970, p. 157, poi ripresa anche da ANGIONI, *Contenuto e funzione*, cit. p. 86 (nota 58); ma anche in lingua spagnola: RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, p. 341 ss.

L'offensività non avrebbe senso senza l'ausilio di un'immagine (specifica) di bene giuridico, inteso quale *interesse personale o sociale, non incompatibile con i principi penalistici della Costituzione, che la condotta tipica riesce a ledere o a mettere in pericolo come effetto conseguente alla condotta stessa*¹³⁵. La sua tutela costituisce, per (quasi¹³⁶) tutti, l'unica vera *condizione* d'intervento di un diritto criminale ricostruibile, laddove possibile, su basi razionali.

Per chiudere il presente ragionamento riteniamo essenziale ricordare come l'impostazione lisztiana del bene giuridico come bene dell'uomo e per l'uomo, risulti oggi essenziale, anche se solo come *linea-guida*. Il penalista del nuovo millennio sa bene che l'emersione di nuove istanze di protezione interverranno prevalentemente, se non solo, su beni c.d. "sociali" o sovraindividuali. Gli interessi individuali classici sono già (quasi tutti) protetti dal nostro Codice penale: muteranno le singole modalità di lesione, ma non i beni *strictu sensu* intesi.

β. L'idea – L'offensività come principio – Il giurista contemporaneo si trova inserito in un'epoca dei principi, più che delle categorie. Ciò, in linguaggio atecnico, significa che il metodo classico utilizzato per l'analisi del diritto – partire dal diritto positivo per costruire acriticamente categorie concettuali capaci di ordinarlo e razionalizzarlo – non è più centrale. Con questo non intendiamo propendere per un abbandono delle rigide categorie dogmatiche, ma specificare che esse devono confrontarsi oggi coi principi che le informano, le modificano e le dirigono. In breve, le categorie classiche si presentano come chiuse alla novità – del resto, il dogma è un dogma in ogni campo – i principi, invece, si prestano bene ad orientare il diritto penale verso le nuove esigenze degli Stati costituzionali *dei* diritti. In questo quadro, i principi assumono un valore fondamentale anche nella costruzione dogmatica dell'illecito penale nel suo complesso. Quando può legittimamente intervenire il diritto penale? Quando è possibile colpire la libertà personale del cittadino? È sufficiente un

¹³⁵ Definizione presente in DONINI, *Feinberg*, cit., p. 45

¹³⁶ *Ibidem*, p. 70 (nota 59) e, nella presente ricerca, v. nota 65.

qualsiasi capriccio dei legislatori (governo + Parlamento)¹³⁷ di turno o no? Alla ricerca di risposte adattabili a domande come queste cerca di offrire un contributo il principio di offensività. Esso nasce dall'idea che segue: non vi può essere reato senza previa legge, ma non vi può essere legge senza previa necessità, così come la punizione non può mai essere necessaria senza una lesione, un'ingiuria (*nulla necessitas sine iniuria*). Questa lesione, in passato riferita ai diritti soggettivi della persona, concerne oggi anche il pericolo e si riferisce al diverso *bene giuridico*. L'offesa (lesione o messa in pericolo) del bene giuridico è la premessa essenziale per ogni intervento del diritto penale.

L'offesa non può interessare ogni bene giuridico, altrimenti il legislatore non avrebbe limiti, ma "carta bianca" in tema di limitazione della libertà personale: solo i beni giuridici non incompatibili con tutti gli articoli penalistici presenti nella Carta costituzionale possono ambire ad una tutela penalistica. Gli altri, al massimo, potranno godere di una protezione civile, amministrativa, *etc.* Ecco la prima selezione che offre il principio.

4. Presupposti e contenuti dell'offensività nella penalistica contemporanea. Alcune premesse essenziali di teoria generale del reato – Esiste un rapporto specifico tra l'impostazione generale del reato che intendiamo seguire e i *principi* penalistici. Lo studio di questi ultimi, a differenza delle categorie classiche, però, riesce a unire (quasi) tutte le opinioni dottrinali. Un'inevitabile pluralità di punti di vista certamente rimane, ma solo ad un livello *interno* orientato all'estensione effettiva della loro portata, non sul loro nucleo generale o sulla loro valenza garantista. Tale peculiarità risulta ancor più importante se si tiene conto, come già rilevato in precedenza, della naturale propensione dei principi a

¹³⁷ All'interno della nostra indagine, almeno per il periodo storico che va dal 1919 ad oggi, faremo sempre riferimento ai legislatori, al plurale. Questa scelta non intende sottolineare il loro continua alternarsi, di per sé assai problematico, ma vuole indicare un dato caratteristico ancor più grave: la contemporanea autonomia della *maggioranza* nella formazione della legge penale. Per approfondimenti, v.: § 8 (spec. § 8.2 ss.) del presente contributo.

determinare effetti pratici di grandissima rilevanza; qualità, questa, difficilmente rinvenibile all'interno di una dogmatica, comunque essenziale, delle sole categorie¹³⁸; il punto è che oggi, quest'ultima deve dividere la stanza coi principi fondamentali e, nel suo rapporto con essi, rispettare l'unico ordine concettuale, di tipo "piramidale", compatibile col costituzionalismo democratico del nostro tempo: *prima vengono i principi e la dogmatica che li razionalizza, poi le categorie, le regole, etc.*; se si parte dalla dogmatica-induttiva, dalla tripartizione o dalla bipartizione classica¹³⁹ per

¹³⁸ In questo senso, anche se con taglio diverso, si vedano alcuni importanti rilievi di: W. NAUCKE, *Strafrecht*, X ed., Neuwied und Kriftel, 2002, *passim* (e spec. p. 257 ss.); DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 40 ss.; DE VERO, *Introduzione al diritto penale*, Torino, 2002, p. 205 (nota 45).

¹³⁹ La scomposizione tripartita nasce in Germania dalla produzione scientifica di Ernst Beling (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906) ma nel segno della concezione sanzionatoria del diritto penale di Karl Binding (BINDING, *Die normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, III ed., Leipzig, v. I, p. 35 ss.; in lingua italiana ripresa da A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1932, p. 60-87), per poi essere esportata e approfondita in Italia con l'opera di DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 13 ss., e in Spagna con il lavoro di JIMÉNEZ DE ASUA, *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931. Tra i principali "tripartiti" italiani, seppur con impostazioni assai diverse, v.: BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, p. 330; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, V ed., p. 181 ss.; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, cit., p. 280 ss.; sicuramente MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1949, p. 289; prima di sposare una quadripartizione MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Diritto penale in trasformazione*, Marinucci-Dolcini (a cura di), Milano, 1985, p. 1190 ss.; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 145 ss.; molto chiaro sull'utilità della scomposizione (meglio se tripartita) del reato, poi, anche PETROCELLI, *I principi di diritto penale*, Napoli, 1955, I, p. 234 ss. o ID, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963 p. 339 ss. anche se esistono autori che disconoscono questa sua "categorizzazione" fra i tripartiti classici, sul punto SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, Napoli, 2011, p. 1266 (spec. nota 3) e *passim*; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, p. 297; senza dubbio anche VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, f. II, p. 529 ss.; ID, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Fest. Jescheck*, (Berlin 1984) Bd. I; ID., *Scritti giuridici*, v. I, tomo II, Milano 1997; RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 607 ss.; H. WEBER, in J. BAUMANN- H. WEBER- W. MITSCH, *Strafrecht*, AT,11. Bielefeld, 2003, § 12/2.

selezionare i valori-base ad essa compatibili si rischia di cadere in un grave *misunderstanding* metodologico¹⁴⁰ che ostacola il progresso scientifico *per* principi: le logiche *paleo-positiviste* partono dalla *regola* e ricostruiscono la categoria col supporto del solo principio compatibile con essa.

4.1. Il senso della dogmatica per principi – Ecco un primo punto: nella dogmatica *per* principi, il procedimento è diverso, si parte dal loro studio e si verifica la legittimità della *disposizione* (o della norma), la razionalizzazione del sistema esistente, la classificazione degli illeciti, *etc.* E' la regola che sconta il contrasto con il programma di un principio *pre-*esistente e diffuso all'interno di una popolazione, non è quest'ultimo che o si adatta alla regola o passa in secondo piano, magari tra i principi solo dimostrativi o addirittura inesistenti(!). La costruzione delle categorie e dei singoli istituti che le compongono, come abbiamo già detto, rimane comunque essenziale, ma i principi debbono costantemente metterle alla

Nel nostro Paese la bipartizione (*obiettivo/soggettivo*) è stata, almeno per buona parte del '900, la più amata, oltre che la più *tradizionale*. Essa prende vita dalla distinzione carrariana tra *forza fisica* e *forza morale* per poi passare nelle riflessioni di F. Antolisei, M. Gallo, Mantovani e Manzini, ma certamente anche Nuvolone, Pannain, Pagliaro, Carnelutti e altri. In altri Paesi, come ad esempio la Germania, dove mancava (§ 59) e manca (§ 19 del nuovo Codice) una disciplina sull'errore nelle cause di giustificazione, la bipartizione nacque proprio allo scopo di spostare la valutazione erronea sugli elementi (*negativi*) del fatto ed escludere il dolo. Dopo il suo primo sostenitore MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, p. 82 ss., l'impostazione fu ripresa da FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907, p. 16 ss., e da BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1913, p. 217. Per una trattazione sicuramente più recente, v.: KAUFMANN, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, JZ, 1954, p. 653 ss.; e naturalmente HIRSCH, *Die lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der irrtum ueber einen Rechtsfertigungsgrund*, Bonn, 1960. Da ultimo, Per la concezione "quadripartita" del reato, tra i pochissimi, sicuramente: BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, p. 122 ss. e poi, negli ultimi anni, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2015. Questi ultimi due autori ritengono che il fondamento normativo dell'autonomia della punibilità come categoria risieda nell'art. 129, comma 2, c.p.p.

¹⁴⁰ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1988, p. 51 ss. ; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993, p. 149 ss.

prova: dall'*illecito* alla *colpevolezza*, dal *tentativo* all'*omissione*, dall'*anticipazione della tutela* alla *pericolosità sociale*, dal *pericolo* alla *pericolosità*, e così oltre; non vi è *micro-tema* che non si sia modificato in loro funzione, non vi è *regola* che non necessiti confronti costanti coi principi, esattamente come non vi è *progetto normativo* che non debba incanalarsi su sentieri da essi già battuti. Vediamo di approfondire meglio il punto.

Il mondo scientifico ha conosciuto con Franco Bricola e col suo costituzionalismo penale il primo vero affiancamento della dogmatica dei principi a quella più classica delle categorie¹⁴¹: *la categorizzazione obbliga*

¹⁴¹ Per l'evoluzione del passaggio dal tecnicismo giuridico [per il diritto penale: ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, I e per quello pubblico: ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *AG*, 1889 (XLII) p. 107 ss.] all'approccio costituzionalistico e da una *dogmatica di categorie* a una di *principi*, v. quanto osservato in M. DONINI, *La herencia de la dogmática clásica en el derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, cit., in italiano: ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, cap. I, *passim*, (spec. p. 59 ss.). Per il sud-America J.F. CARRASQUILLA, *Derecho penal, Parte gen., Principios y categorías dogmáticas*, Ed. Ibañez, Bogotá, 2011; G. J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998; O. SÁNCHEZ MÁRTINEZ, *Los principios en el Derecho penal y la dogmática penal*, Dykinson, Madrid, 2004. Ma anche già M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss. (cap. I), nonché il vol. I di AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERAN. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2012 (1997), e G. FIANDACA-G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003. Per una critica forte al tecnicismo giuridico, v., per tutti, i giudizi di: NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem e dir.*, 1977, p. 662 ss.; SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in *Quad. Fior*, 1974-75 (III-IV), p. 557 ss. (spec. p. 563). Esistono però altri punti di vista: c'è chi ritiene il tecnicismo un buon ritorno alla scuola classica [COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano, 1986, p. 135 (spec. nota 174)], chi invece, come noi, ne riconosce i meriti senza dimenticare mai i suoi numerosi limiti [cfr.: DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'uropeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 127 ss.; PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 235; SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, p. 575 ss.; ma anche MANTOVANI, *Il secolo XIX e le scienze*

spesso la complessità alla semplificazione, la costringe a rientrare in sé stessa; il principio, invece, l'esalta oltre a contenerla naturalmente. In questa metamorfosi scientifica radicale importanza centrale assume poi la capacità della Corte costituzionale d'intervenire acquisendo consapevolezza del suo spazio scientifico e dell'esigenza di una circolazione sempre maggiore dei *saperi*. La dogmatica classica, come abbiamo già anticipato, interveniva su ordinamenti *pre-confezionati* ordinandoli o, meglio, sistematizzandoli con affermazioni, inclusioni, esclusioni, costruzioni e interpretazioni che non potevano in alcun modo prescindere dalla legge ordinaria. Era il "giurismo puro" di cui parlava Battaglini nel 1915¹⁴², un'idea costruita sulle basi filosofiche della vecchia *costruzione*¹⁴³ giuridica – Ihering¹⁴⁴, per primo – che compone, alla fine del 1800, il metodo della dogmatica come scienza descrittiva e concerne metodi estremamente connessi col contenuto del diritto positivo (*individualizzazione, sistematizzazione, etc.*), caratterizzati da un giurista libero solo nella *forma*, quindi solo negli schemi di tipizzazione e classificazione delle disposizioni.

criminali, in *La scienza e la colpa. Crimini criminali, criminologi: un volto dell'Ottocento*, Levra (a cura di), Milano, 1985, p. 72.

¹⁴² Cfr.: BATTAGLINI, *Diritto penale e politica criminale*, in *Riv. pen.*, 1915 (LXXXI), p. 384 (spec. nota 1) e p. 383; ID., *Il problema della specificità e del metodo delle differenti branche della criminologia*, in *SP*, 1917, p. 287 ss.

¹⁴³ Il termine *costruzione* (*constructio* da *cum* + *struere*, edificare) veniva utilizzato nel passato più remoto della cultura come porre in unità un insieme di cose materiali (*constructio hominis*) o, in senso figurato, come congiunzione dei singoli vocaboli di una proposizione (*constructio verborum*), come modo in cui le parole erano disposte. Quando nell'Ottocento questa espressione entra nella lingua inglese – qui un dato assai interessante – da *struttura di una frase* diviene *significato di quella struttura*, ricostruzione del senso delle parole, in termini giuridici *interpretazione* delle leggi. L'evoluzione presente nell'attuale Germania, invece, scontava le vecchie riflessioni di Kant (*costruzione = rappresentazione di un concetto in un'idea*), Schelling, Krug, *etc.* fino a Ihering e al suo recupero dell'idea originaria di *costruzione giuridica* come composizione di entità immateriali (le disposizioni) in un metaforico corpo giuridico. Per approfondimenti su questi profili filologici, tra gli altri, v.: LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, *passim*, spec. p. 189 ss.

¹⁴⁴ IHERING, *Geist des römischen Rechts*, I ed., 1878, *passim* (spec. p. 370).

Un'esigenza di sistematicità¹⁴⁵ che, mal conciliandosi con la realtà normativo-complessa di oggi, ha richiesto nella seconda metà del '900 un *up-grade* repentino ma dalle conquiste a lento rilascio, orientato alla torpida introduzione dei diritti fondamentali.

La *scienza* in generale – dunque, anche quella *giuridica classica* – ha estremizzato le idee di Ihering e creduto ciecamente, sull'onda del formalismo, in categorie astratte storico-tradizionali, intendendole, qui una prima parziale contraddizione¹⁴⁶, come *tranquillizzanti punti di riferimento*¹⁴⁷ *a priori* capaci di classificare, raccogliere e ordinare gli accadimenti dell'esperienza quotidiana e di respingere, già concettualmente, l'esistenza di quelli in essi non inglobabili. Un approccio, come sottolinea magistralmente Nicolò Lipari¹⁴⁸, *a là* don Ferrante: essere condizionati da rigidissime categorie prestabilite al punto tale da rifiutare ogni cambiamento ad esse non riconducibile.

Vi è un punto assai interessante: alle origini (Ihering), questo vecchio metodo conviveva stranamente con l'idea di una ferrea subordinazione del legislatore al giurista¹⁴⁹. Riprenderemo in seguito questo punto.

Ad ogni modo, la vecchia categorizzazione tipica della dogmatica giuridica classica, come abbiamo già detto, obbligava a semplificare la complessità – interveniva, da sola, su ordinamenti pre-confezionati

¹⁴⁵ Il ragionamento sistematico, nato in Grecia per ridurre ad unità una caotica massa di dati (di legge, grammatica, ma anche di astronomia, matematica, fisica, *etc.*) uniti dal medesimo principio, ha influenzato la scienza del diritto soprattutto nel suo passaggio storico da *enunciazione di nozioni pratiche a elaborazione dogmatica*: da Quinto Mucio Scevola [*Ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*, Dig., 1, 2, 2, 41] in poi. Per approfondimenti non possiamo che rimandare, tra i tanti, all'opera di: LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, v. I, Torino, 1968.

¹⁴⁶ La contraddizione è palese: se la categoria è il risultato di una lunga tradizione culturale allora non è un *a priori* kantiano, ma dipende dalla storia, dai fenomeni, dall'esperienza. Per un approfondimento (a tratti risolutivo: il rapporto tradizione e logica categoriale *non* è una contraddizione) sul punto v. WITTGENSTEIN, *Note sul "Ramo d'oro" di Frazer*, Milano, 1975, p. 19.

¹⁴⁷ L'espressione è presente in: LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 18.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

¹⁴⁹ LAZZARO, *Storia*, cit., p. 28 ss.

ordinandoli o, meglio, sistematizzandoli con affermazioni, inclusioni, esclusioni, costruzioni e cristallizzazioni concettuali che non potevano in alcun modo prescindere dall'idea di una legge ordinaria stilisticamente (quasi) perfetta e contenutisticamente legittima – la costringeva a rientrare in sé stessa, in un *sistema* – poi divenuto *ordinamento* – chiuso.

4.2. I frutti ancora attuali della dogmatica classica – L'approccio classico, quello categoriale, vanta numerosi meriti, ma anche diversi demeriti. Se è indubbio che il loro rispetto ha impedito, ad esempio, alle dinamiche nazionalsocialiste di penetrare nel Codice penale e a quelle fasciste di informare troppo il Codice civile¹⁵⁰, è anche vero che esse hanno frenato l'evoluzione più sensazionale del secolo scorso: la nascita di *principi fondamentali* giustiziabili e, quindi, *condizionanti*.

Analizzando gli scritti (o la manualistica¹⁵¹) *pre* e *post* 1948 si scopre un utilizzo sostanzialmente identico delle medesime categorie classiche¹⁵² fino – almeno per il diritto penale – agli anni Settanta/Ottanta: per decenni essi sono stati ignorati o, nel migliore dei casi, divenuti influenti nei limiti d'elasticità delle vecchie categorie.

Il punto, però, è che l'epoca contemporanea richiede approcci profondamente differenti al diritto. In questo contesto anche lo *Strafrecht* evolve su livelli differenti, comunque ancora in qualche modo gerarchizzati, generandosi da quei principi (internazionali, europei, costituzionali, *etc.*) che informano una *neue Verbrechenslehre* capace di unire alla concezione categoriale classica quella critica e progettuale dei principi, coerente con un sistema di fonti a *rete*: l'illecito si arricchisce, si umanizza¹⁵³ tramite un *diritto penale dei* (dogmaticamente autonomo, ma condizionato dai) *principi*. Il principio, al contrario della categoria, esalta la

¹⁵⁰ Su questa funzione delle categorie civilistiche LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 41.

¹⁵¹ Dove compaiono i principi? Poco e solo all'inizio...non informano le categorie dall'interno.

¹⁵² Verificare comparando gli scritti degli stessi autori prima e dopo la costituzione.

¹⁵³ Sull'impostazione dogmatica di fondo condivisa in questa ricerca (illecito + colpevolezza), si veda oltre ai §§ 4.2 e 4.3. (spec. nota 134).

complessità oltre a contenerla naturalmente e costituisce il fondamento delle regole, rileva come direttiva, come criterio d'interpretazione o come vincolo per il legislatore e si sostanzia in pronunce costituzionali interne – ad esempio: le pronunce interpretative (che accolgono o che rigettano) e nelle sentenze manipolative additive “a rime obbligate”¹⁵⁴ o di principio –, oltre che sovranazionali.

La nostra cultura di riferimento – il costituzionalismo penale, al contrario del programma di Berlino¹⁵⁵ o di altri – non è pensata né per abbandonarsi alla *prassi*, né per isolarsi su costruzioni astratte cieche della realtà o solamente per accarezzare norme positive o, peggio, per servire meri scopi di politica-criminale; essa, a nostro umile avviso, non comprende più le elucubrazioni di una comunità scientifica arrampicata sulle impalcature inaccessibili di vecchi cantieri concettuali. Questa dogmatica, quella dei principi, è concreta e aperta ad una pluralità d'interlocutori¹⁵⁶.

Veniamo al punto. Le categorie (*l'illecito e la colpevolezza, la soggettività giuridica, il bene giuridico, il negozio giuridico, la proprietà, etc.*), però, servono ancora. In primo luogo, sotto un profilo lessicale¹⁵⁷: il riferimento ad un comune linguaggio specialistico semplifica la circolazione dei *saperi*, anche se questo dato non implica l'immutabilità interna della categoria stessa o, addirittura l'impossibilità di un suo completo svuotamento contenutistico. L'abbandono concettuale di una categoria, o di un gruppo di categorie, poi, non determina obbligatoriamente la modifica del lessico classico: noi sappiamo che nella categoria dell'antigiuridicità, ad esempio, non vi è più nulla, ma non per questo dobbiamo rinunciare in toto ad ogni suo utilizzo lessicale. Spesso la suddivisione tripartita, benché meno preferibile,

¹⁵⁴ L'espressione è di CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1707.

¹⁵⁵ E' il programma di Roxin

¹⁵⁶ In questo senso anche DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2012, p. 58 s.

¹⁵⁷ Sul punto, v.: DONINI, *Europeismo*, cit., p. 60 ss. (con ampia bibliografia anche straniera a nota 179); CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 266 ss.

potrebbe risultare più semplice – anche se non si comprende bene come – a fini didattici della bipartita classica o della bipartita moderna (l'illecito e la colpevolezza), altre volte – questo, invece, è il caso della giurisprudenza ordinaria – essa potrebbe sembrare scomoda o inutile e, pertanto, poco utilizzata come base del ragionamento¹⁵⁸.

Né, parimenti, la dogmatica dei principi implica un abbandono sostanziale dei contenuti di categorie classiche (momentaneamente) indispensabili come il bene giuridico o applicabili in contesti ignari della loro esistenza: ci riferiamo, ad esempio, al contesto internazionale: per quale ragione lo Statuto di Roma non distingue tra stato di necessità [art. 31(d)] *scusante* o *scriminante*? I riflessi di questa specificazione, come quelli di molte altre, potrebbero risultare decisivi per un recupero dei principi – in questo caso la colpevolezza – su temi macroscopici come il genocidio, i crimini di guerra o contro l'umanità.

ESEMPIO: Se un membro di un partito politico nato per eliminare (fisicamente) i componenti di un gruppo religioso si trovasse costretto (magari perché sotto minaccia di morte) a compiere esperimenti sui corpi di uomini uccisi dal regime, come si configurerebbe la sua posizione davanti alla *International Criminal Court*? Le macro-suddivisioni sistematiche presenti nel dibattito dei Paesi di *civili law* (ma anche, in parte, in quelli di *common law*) tra *scriminanti*, per noi componenti dell'illecito (*Unrecht*), e scusanti rilevanti in sede di colpevolezza come categoria (*Schuldigkeit*, *culpability*, *culpabilidad*, etc.) risultano qui molto utili. In breve: un conto è valutare la presenza di uno stato di necessità scriminante, altra cosa è considerarlo una scusante che chiama in causa anche il concetto di inesigibilità (*Zumutbarkeit*, *reasonability*, o *exigibilidad*, etc.) della condotta alternativa lecita. Gli effetti pratici di suddivisioni teoriche di questo tipo divengono di centrale importanza: se la condotta (soggettivamente e oggettivamente tipica) di concorso in genocidio mossa dalla paura per la propria vita fosse rilevante in tema di scriminanti – qui il punto centrale – allora si dovrebbe effettuare una comparazione prevalentemente oggettiva tra beni non comparabili (*vita singola/vita di una intera popolazione innocente*) – almeno questa è la lettura, comunque non del tutto

¹⁵⁸ Tra gli altri, v.: SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica*, in M. Bertolino, G. Forti, & L. Eusebi (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 1263 ss.

condivisibile¹⁵⁹, fornita dalla giurisprudenza della ICC – con sostanziale disapplicazione dell’art. 31(d) St.CPI. Se, al contrario, focalizzassimo l’attenzione sulla colpevolezza potremmo più correttamente concludere per l’inesigibilità della condotta alternativa lecita: *il bene della vita altrui*¹⁶⁰ non è qualcosa di quantificabile o suscettibile di comparazioni

¹⁵⁹ Sul punto non si può fare a meno di richiamare la celebre *Dinstein’s rule*: “...the correct approach is that no degree of duress or necessity may justify murder, let alone genocide”. [DINSTEIN Y., *International criminal law*, 20, *Israel L. Review*, 206, 235 (1985)]. Sullo stesso tema si rimanda anche a “Ohlendorf-case” and “Krupp-case” in JESCHECK H.H., *Die Verantwoortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, 328-331. Ancora, per una lettura “attenuante” della *duress*, ICTY, *Prosecutor v. Endemovic, Appeals Chamber, Judgement of the 7 October 1997 e the Holzer case UNWCC, LRTWC*, xv (1949), p. 173 (25 March – 6 April 1946) and the *Fuerstein case UNWCC, LRTWC*, xv (1949), p. 173 (2-24 August 1948): “...you are not entitled, even if you wished to save your own life, to take the life of another”.

¹⁶⁰ Con riferimento alle problematiche inerenti la vita umana – escludendo sin da ora dal ragionamento il dibattito sulla disponibilità della propria esistenza – l’intangibilità (e la non valutabilità) della vita altrui è un dato che si riflette, in primo luogo, nel fondamento personalista delle principali Costituzioni oggi vigenti. Essa, come noto, costituisce la più importante delle solenni affermazioni presenti nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 (artt. 1 e 3), poi divenuta il primo diritto cristallizzato nella C.E.D.U. (art. 2) e, da ultimo, una colonna portante del “Patto internazionale dei diritti civili e politici” (art. 6 e 9 in tema di libertà). Il diritto alla vita (art. 2 CEDU) non pare solo un obbligo negativo per gli Stati – *astenersi dal provocare volontariamente o illecitamente la morte di un essere umano* –, ma anche positivo: prendere le misure necessarie alla tutela della vita delle persone (v. *Kiliç c. Turchia*, n. 22492/93, § 62, *cedh* 2000, III). Tutti i Paesi, per «riconoscere ad ogni persona sotto la sua giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella (...) Convenzione», devono assicurare e gestire una “forma di indagine efficace quando il ricorso alla forza abbia comportato la morte di un uomo” (*McCann e altri*, § 161, e *Kaya c. Turchia*, 19 febbraio 1998, § 105). Una simile inchiesta deve aver luogo in ogni caso se si utilizza la forza, sia che gli autori siano agenti dello Stato, sia terze persone» (se hai tradotto tu, apporterei la modifica) (*Tahsin Acar c. Turchia* [gc], n. 26307/95, § 220), e tali verifiche devono essere “approfondite, imparziali e assolutamente rigorose” (*McCann e altri*, §§ 161-163, e *Çakıcı c. Turchia* [gc], n. 23657/94, § 86). Inoltre e forse soprattutto, l’esistenza compare implicitamente quale diritto inviolabile dell’essere umano nell’essenza dei valori supremi della nostra Carta costituzionale [Corte cost., sent. n. 1146 del 1988]. Si badi, ciò non riguarda solamente il dettato normativo-positivo (o come tutela) dell’art. 2 Cost., ma anche quello negativo (o come limite) cristallizzato all’interno di quella norma (l’art. 27, ultimo comma, Cost.), che riassume centinaia d’anni di riflessioni sull’inammissibilità dell’omicidio di Stato, oltre che all’interno del ripudio della guerra come strumento di offesa (art. 11 Cost.). Anche in quest’ultimo *diktat*, la Carta fondamentale ci ricorda che il conflitto, anticipando morti e violenze intenzionalmente provocate, diviene legittimo solo in casi eccezionali e in logiche

oggettivizzanti. La vita di un numero più o meno ampio di esseri umani innocenti non “vale” di più della vita di un solo uomo, pertanto sacrificare altri uomini non può essere – quasi come se le vittime fossero aggressori diretti – un diritto, ma deve rimanere un illecito offensivo non colpevole. Il rifiuto, almeno in questi casi, è un gesto eroico desiderabile ma non esigibile.

Ciò accade nel diritto penale, come abbiamo visto con l’esempio del bene giuridico, ma anche nel diritto amministrativo o in quello civile: si pensi, a mero titolo di esempio, all’evoluzione contenutistica della categoria classica del negozio giuridico¹⁶¹.

Il punto, a nostro parere, è che il concetto di categoria risponde a logiche diverse di quelle prese in considerazione dal principio: la prima gode di un ruolo classificatorio e (spesso) operativo, il secondo uno più direttivo nei confronti delle regole che condiziona.

La dogmatica dei principi, poi, nasce (anche) per risolvere l’assenza contemporanea di un comune quadro sistematico perfettamente ordinato ed essenziale per la sopravvivenza del diritto delle categorie così come lo

puramente difensive. Anche per queste ragioni i padri costituenti hanno, da un lato, sottratto al Governo la possibilità di deliberare lo stato di guerra e, dall’altro lato, coinvolto nella scelta il Parlamento in seduta comune. Il tema – detto per inciso – è oggi assai caldo in Italia per via del disegno di legge costituzionale recante “*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione*”. In questo, infatti, è dato scorgere una modifica radicale in tema di deliberazione dello stato di guerra: la maggioranza (semplice) potrà decidere. I riflessi di una modifica siffatta potrebbero rivelarsi disastrosi.

Per concludere questa specificazione per noi doverosa, la dignità, quale “*valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo*” e “*principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali ... riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano*” [Cass. pen., sent. n. 26630 del 2002] o quale “*premessa di tutti i diritti umani*” [Cfr. le conclusioni dell’avvocato generale della Corte di Giustizia UE Stix-Hackl nella causa *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* del 18 marzo 2004] pare, in positivo, non valutabile se non (in alcuni casi) dal diretto interessato e, in negativo, mai *suspendibile, violabile* o *graduabile*, per pretese di altri o dello Stato.

¹⁶¹ Sul tema si rimanda ancora a: LIPARI, *Le categorie*, cit., p. 25 ss.

abbiamo sempre conosciuto. Laddove non vi è ordine non vi possono essere categorie concettuali ferree e chiuse alla novità: il punto è che la logica sistematica rifiuta per antonomasia i punti di vista extra-sistematici, speranze di euro-entusiasti, interpretazioni (quasi) vincolanti, *etc.*

L'*ordinamento*, o il *sistema*, di cui parlavano gli scritti scientifici di vent'anni fa, sembra riflettere una realtà che non c'è più: le leggi interne, quelle comunitarie e internazionali sono disordinate, spesso incerte ma, soprattutto, aperte. Unione Europea, Stati membri, Trattati, Corti, diritti, principi, tradizioni interne e tradizioni sovranazionali, *etc.*, creano, insieme, un *meta*-modello a rete, qualcosa di *soft* e, in qualche modo, *flou* rispetto alla rigidità metodologica del passato¹⁶². La Corte di Giustizia e le burocrazie comunitarie stanno trasferendo numerose competenze verso gli organi comunitari con buona pace della logica dell'attribuzione, giurisdicenti e scrittori nazionali studiano e applicano costantemente il diritto comunitario mentre i magistrati (sempre) comunitari provano (sforzandosi) ad esaltare il loro ruolo di fonte mediante la valorizzazione delle singole tradizioni nazionali.

Sappiamo che nel panorama attuale c'è un disegno, stiamo imparando a conoscere il progetto, ma dobbiamo essere consapevoli di quella sua forma "a labirinto"¹⁶³ che obbliga i confini a elasticizzarsi e ad assumere un volto nuovo orientato a principi fondamentali, i soli capaci di correggerli continuamente.

A voler ragionare diversamente – magari rifiutando il condizionamento dei principi per evitare rischi politici inesistenti (v. § 8.1-*bis*) – il rischio è quello di vedere le mura che nel secolo scorso ci difesero trasformarsi nelle

¹⁶² Cfr. sul tema, tra i non penalisti, v.: F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, ma anche HAARSCHER, *Some contemporary Trends in Continental Philosophy of Law*, in *The blackwell Guide to the Philosophy of Law and legal Theory*, M.P. Golding-W.A. Edmundson (a cura di), Oxford, 2005, p. 300 ss. e VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007; VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, p. 376 ss.

¹⁶³ Il termine richiama il lavoro di: MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

pareti di una prigione dalla quale non riusciamo più a evadere. Concludendo con Stefano Rodotà¹⁶⁴, crediamo che “*il confine* (qui inteso come il dogma, la categoria, *etc.*) può essere difesa o esclusione, riparo o prigione, registrazione di una realtà o imposizione artificiale d’un vincolo, demarcazione *de re* o demarcazione *de dicto*.”

4.3. *L’eterogeneità dei principi e il rifiuto della mera inosservanza* –

Esistono sicuramente numerosissimi principi di rilievo costituzionale inerenti l’attività del sostanzialista contemporaneo. Alcuni risultano espressi – legalità, carattere personale della responsabilità penale, fine rieducativo della pena, divieto di trattamenti disumani e degradanti – altri inespressi come la colpevolezza, la tassatività, la materialità, l’oggettività, l’offensività, la sussidiarietà, l’*extrema ratio* –, altri ancora più generali e/o con funzioni generalizzanti: *ragionevolezza*, *uguaglianza* e *proporzione*¹⁶⁵, alcuni bilanciabili (es. l’offensività¹⁶⁶ o la retroattività della *lex mitior*¹⁶⁷), altri no (es. l’irretroattività¹⁶⁸ o la colpevolezza¹⁶⁹), alcuni *dimostrativi*, altri di mero *indirizzo*, sui quali non è ancora possibile fondare un giudizio di costituzionalità della *regola* incompatibile (ad es.: *extrema ratio*, *etc.*), altri ancora, invece, *prescrittivi* e giustiziabili (es. legalità, colpevolezza, frammentarietà, *etc.*)¹⁷⁰. Tra questi ultimi – qui un punto per noi centrale – rientra, come più volte ripetuto, anche l’offensività.

Stiamo evidentemente parlando di un principio inespresso nella Costituzione della Repubblica, ma non si creda che quest’ultimo dato

¹⁶⁴ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 19.

¹⁶⁵ VASSALLI, *I principi generali del diritto nella scienza penalistica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto* (nota 6), p. 256 ss.

¹⁶⁶ Sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995.

¹⁶⁷ Sentenze n. 393 del 2006; n. 72 del 2008; n. 236 del 2011.

¹⁶⁸ Così, ad esempio, le sentenze n. 393 e 394 del 2006, ma anche la sent. n. 236 del 2011.

¹⁶⁹ Cfr.: sent. n. 322 del 2007.

¹⁷⁰ Sulla distinzione, chiarissimo: DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.* XIV, 1999, § 6; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, 29 ss., 35.

costituisca un limite vero alla crescita dell'offensività: nessun giudice europeo od occidentale escluderà mai l'invocabilità della dignità umana, del diritto alla vita, della separazione dei poteri, dell'uguaglianza, della ragionevolezza, *etc.*, solo perché non sono "espressamente indicati" in un testo costituzionale¹⁷¹. È inutile.

L'offensività, dicevamo, modifica il suo statuto epistemico a seconda dell'impostazione generale nella quale s'intende calare (v. § 4.1.) e lo sviluppo del suo contenuto scientifico attuale (e futuro) necessita di *alcune altre premesse* centrali senza le quali scade in riconoscimenti parziali sicuramente non esaustivi.

La nostra cultura codicistica ha mantenuto e sviluppato per lungo tempo *teorie generali del reato* focalizzate sul solo disvalore d'evento e quindi orientate alla legittimazione (di fatto) della responsabilità oggettiva, almeno pensate per quel modello, salvo poi arricchire il tutto con analisi separate dedicate ai principi costituzionali ritenuti fondamentali. Quasi come se questi due mondi (la *dogmatica* e i *principi*) potessero davvero influenzarsi senza conoscersi. In tema di torto (l'illecito, l'*Unrecht*) – quello che ai noi interessa maggiormente in questa sede – i tripartiti e i bipartiti classici hanno condiviso (e condividono ancora) la medesima impostazione dicotomica di fondo sul rapporto *oggettivo/soggettivo*: sull'onda di Beling, ma anche di M.E. Mayer seppur con differenze profonde¹⁷², essi promuovono la tassatività del precetto legale

¹⁷¹ Sul *ragionamento giuridico* come "argomentazione", tra gli altri: TOULMIN, *The Uses of Argument*, 1958, trad. it., *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, 1975; ricordato in BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., p. 307 (nota 58).

¹⁷² Nel pensiero del tripartito Mayer il *Tatbestand* non è privo di giudizi assiologici, ma costituito da elementi normativi (altruità, falsità, *etc.*) pur rimanendo *ratio essendi* di un'antigiuridicità anche soggettiva. Cfr. MAYER E. M., *Der allgemeine*, cit., *passim*. Quest'idea svilupperà poi in seguito una divisione dicotomica tra i sostenitori della normatività [v: ENGLISH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift, für E. Mezger*, München, 1954, p. 147 ss.] di *tutti* gli elementi della fattispecie (per tutti, E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, cit., p. 56) e i loro oppositori anche italiani (su tutti: DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 92, e altri). Per approfondimenti, anche di taglio storico, per tutti, v.: GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

sviluppando un *Tatbestand wertfrei* caratterizzato generalmente¹⁷³ da elementi oggettivi, descrittivi e avalutativi (quindi privo di giudizi assiologici¹⁷⁴) capaci di “assicurare” una determinatezza *strong* del tipo. Nella scomposizione del reato occorre isolare un nucleo identico per i “fatti” sia dolosi che colposi, qualcosa da elevare a categoria autonoma, obiettiva e ignara soprattutto di qualsiasi profilo soggettivo, ma così facendo la situazione è inevitabilmente degenerata verso lo sviluppo di un *fatto tipico*, di un *elemento oggettivo* o di una *forza fisica*, orientati solamente al risultato, al disvalore d’evento quale principale (o unico) momento lesivo dell’illecito penale¹⁷⁵, oggettivizzando fino all’estremo anche i concetti di *pericolo* e di *offesa*.

Noi non riusciamo a percepire un “fatto” indipendentemente dalla forza morale che lo accompagna¹⁷⁶. Esiste forse una equivalenza solo oggettiva tra un omicidio voluto con dolo di primo grado, uno cagionato per colpa e uno provocato per caso fortuito? Parliamo dello stesso *fatto*?

Se per fatto focalizziamo l’attenzione sul profilo obiettivo, sì; ma se consideriamo il fatto nella sua globalità no di certo. La risposta, in effetti,

¹⁷³ Il Beling non disconosce l’esistenza nel sistema tedesco (ma il ragionamento risulta applicabile anche a quello italiano dell’epoca) di fatti tipici connessi internamente con l’antigiuridicità, con giudizi di disvalore. Questa sua intuizione sarà poi la miccia che innescherà l’abbandono della sua lettura. Cfr. BELING, *Die lehre*, cit., p. 156.

¹⁷⁴ Lo ricorda bene, da ultimo, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 13.

¹⁷⁵ La bibliografia sul tema è sterminata, da ultimo, v.: RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza “creativa”*, Padova, 2007, p. 148 “... tutto il disvalore sanzionato dal legislatore consiste nella lesione o nella messa in pericolo dell’oggetto di tutela, non essendo enucleabile nel fatto-reato un autonomo disvalore dell’azione”.

¹⁷⁶ Nello stesso senso, DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 17. Questa evidenza-basilare orienta trasversalmente tutta la produzione scientifica di Massimo Donini: DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*, spec. cap. li II III e IV; ID, *Teoria del reato. Una introduzione*, Torino, 1996; ID, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 221 ss.; ID, *Antigiuridicità*, cit., p. 1646 ss.; ID, *Principi costituzionali e diritto penale. Modello e programma*, in *IUS17*, Bologna, 2009, v. 2, p. 417 ss.; ID, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ma anche di Donato Castronuovo: CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, *passim*, e in relazione al criterio filosofico di *invarianza* per scindere l’oggettivo dal soggettivo, p. 516 ss.

non può essere che negativa, perché solo isolandoci sul mero disvalore d'evento (l'evento morte come costante), dunque negando un'evidente realtà fenomenica, potremmo rispondere affermativamente. Quei fatti condividono il solo substrato oggettivo del tipo, non quello soggettivo composto da dolo e colpa come azione. Il punto è che si riesce forse a immaginare – e rimarrebbe comunque uno sforzo non indifferente – un illecito civilistico *di lesione* a prescindere dal dolo e dalla colpa, ma non uno penalistico di *modalità di lesione* (v. oltre § 7).

Quando si propende per impostazioni bipartite moderne di teoria generale orientate alla scomposizione del reato in *illecito* – componenti oggettive (evento, presupposti della condotta, causalità *etc.*) ma anche soggettive (dolo e colpa come azione, non ancora personalizzati) del fatto + verifiche inerenti l'assenza di scriminanti – e *colpevolezza* – controllo dell'imputabilità, della conoscibilità della legge penale, dell'esigibilità, della consapevolezza dell'offesa, la commisurazione della colpevolezza per il fatto, *etc.* – si razionalizza l'analisi e si riconosce, in primo luogo, che l'elemento soggettivo umanizza il fatto tipico (oltre ad appartenergli) circoscrivendone il disvalore sin dall'inizio.

Di riflesso ciò significa valorizzare accanto al disvalore d'evento la presenza di quel disvalore tipico di un'azione (dolosa o colposa) capace di contestualizzare e d'individuare l'offesa. *Come non c'è reato senza condotta, non c'è neppure offesa senza condotta*, per usare la chiara affermazione di Massimo Donini¹⁷⁷. Il dialogo *condotta/evento*, in altre parole, non contribuisce solamente alla verifica del nesso di causalità materiale, ma anche all'accertamento dell'offesa.

La mera inosservanza di un precetto presente all'interno (o all'esterno) del Codice penale non rende tipica la condotta, così come nemmeno l'aver cagionato materialmente l'evento lesivo; viceversa, solo la presenza di una certa interazione tra i due momenti può fondare l'esistenza di un fatto

¹⁷⁷ Cit. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 8.

(oggettivamente e soggettivamente) tipico e offensivo¹⁷⁸. Più in generale, la realizzazione dell'offesa dipende dal *fatto* nella sua interezza, quindi dalla condotta, dall'evento, dalla causalità materiale e anche dall'elemento soggettivo impersonale (dolo o colpa): *l'illecito*, seppur al netto delle eterogenee modalità di controllo sulla presenza di una scriminante¹⁷⁹, è *l'offesa*, così come il reato è l'illecito offensivo e colpevole.

¹⁷⁸ *Ibidem, passim* (spec. p. 218 ss.).

¹⁷⁹ Non ogni scriminante si atteggia allo stesso modo. Alcune intervengono all'origine, altre necessitano di un processo perché riflettono un fatto (oggettivamente e soggettivamente tipico) e offensivo. Ad esempio, la presenza di un *diritto, o un dovere, o esercizio di libertà, una situazione, un consenso etc.*, certo è capace di smontare la tipicità sin dall'inizio: il barbiere che spunta la barba al cliente non commette violenza privata, così come non realizza una violenza sessuale (ma anche lesioni, *etc.*) l'uomo che si intrattiene con una donna consenziente (anche applicando pratiche violente), o come non compie un furto chi sottrae un bene mobile appena regalato o non commette violazione di domicilio chi, invitato, entra per cena a casa di un amico. In tutti questi casi il fatto (taglio della barba, rapporto sessuale, sottrazione del bene e ingresso in casa di altri) *nasce atipico* perché il consenso si atteggia da vero elemento negativo della fattispecie, quasi una *condizione di non tipicità già solo oggettiva*. Similmente, l'esercizio del diritto di caccia (legge 11 febbraio 1992 n. 157) impedisce d'incriminare l'appassionato scrupoloso e rispettoso del Codice di comportamento ai sensi del 727 c.p., il diritto di difesa impedisce di sottoporre a procedimento penale l'avvocato che, nel corso della discussione finale, espone fatti lesivi dell'altrui reputazione o il testimone che rilascia dichiarazioni offensive dell'onore altrui. In casi come questi il diritto o il dovere *esiste, è certo, praticamente indiscutibile* e la scriminante travolge la tipicità. Del resto, chi azionerebbe mai un procedimento penale per verificare se il barbiere che ha spuntato i capelli dietro corrispettivo abbia effettivamente agito col consenso scriminante *ex art.li 50, 610 c.p.*? Cosa c'è da "giustificare" qui? Poi esistono situazioni diverse, del tutto eccezionali, caratterizzate dalla presenza di diritti controversi, di conflitti da risolvere, quasi sempre caratterizzate dalla presenza di un *fatto* che rimane (oggettivamente e soggettivamente) *tipico e offensivo* anche se poi (eventualmente) giustificato. È il caso di colui che provoca lesioni gravissime contro un rapinatore per eliminare il pericolo per la sua incolumità, o di chi ruba un'autovettura e ferisce il conducente che si oppone per fuggire da un creditore furioso e armato, oppure di un pubblico ufficiale che apre il fuoco a seguito di una resistenza del privato cittadino, *etc.* In situazioni simili non è pensabile parlare di *atipicità* del fatto: chi uccide un uomo, lo sfregia, lo lesiona in vario modo, lo sequestra, *etc.*, per sventare un pericolo o per difendersi realizza il profilo oggettivo del tipo, ma anche quello soggettivo: l'azione deve essere dolosa, diretta ad uccidere, lesionare, sequestrare, *etc.* Qui, rispetto a fatti davvero illeciti, cambia il motivo, non l'intenzione. Ma esso, il fine difensivo, così come l'errore sulla presenza della scriminante, *non riesce a tramutare la reazione tipica in un diritto (pacífico), o in un'azione lecita, davvero atipica*. Non

4.4. Dalla mera inosservanza alle caratteristiche di un terreno fertile per l'offensività come principio – Oltre al già citato rifiuto di tutela della mera osservanza di precetti¹⁸⁰ e dunque alla scelta di un diritto penale posto in protezione di soli beni compatibili coi principi costituzionali, l'offensività necessita del riconoscimento, dell'effettiva vigenza e del religioso rispetto di quei principi generali che, tutti insieme, ne formano il substrato culturale. Tuttavia, l'offensività non fonda questo blocco di principi ma lo presuppone¹⁸¹. Questa loro natura è agilmente dimostrabile (soprattutto, ma non solo) mediante la constatazione che il disinteresse verso dell'offensività nasconde sempre un *deficit* di riconoscimento delle forme e dei principi di garanzia quali la tutela di beni, la tassatività, la riserva di legge, la sussidiarietà, la colpevolezza¹⁸², la laicità, *etc.* (v. § 3.1.3), e viceversa.

ogni condotta mossa da 'buone' finalità, magari di difesa, nasce geneticamente *lecita*. Inoltre, è assai arduo preventivare (con certezza) la futura operatività piena dell'art. 52 c.p., servirà quasi sempre un processo penale che (*ex post*) valuti (*ex ante*, al momento della condotta) l'ammissibilità del gesto: *tipologia di azione, circostanze, lesione etc.*

Queste specificazioni non solo meramente "dogmatiche" nel senso negativo del termine; viceversa, esse hanno grandi riflessi pratici. Prendiamo, a mero titolo di esempio, la legittima difesa. Seguendo la nostra impostazione diviene tecnicamente impossibile ragionare per presunzioni e condividere la premessa tipica di quei sistemi giuridici (Stati Uniti su tutti) diretti ad espandere sempre di più l'operatività della scriminante in parola: *essa, se agisce, non travolge azione ed evento rendendoli normali, penalmente indifferenti, "buoni" e, forse, pure doverosi, ma interviene su di un fatto che interessa comunque il diritto penale – già tipico e (anche molto) offensivo – guardandosi bene dal dissolversi nell'ambito dell'esistenza di un diritto (certo).*

¹⁸⁰ Che il "pericolo" sia la tecnica di tutela principale, in tutto l'occidente, per la protezione dell'ambiente è chiaro da tempo, cfr.: HERMANN, *Die Rolle*, p. 295 ss. La "tecnica specifica", il pericolo astratto, è sicuramente prevalente (v. oltre (cap. II, § 1). Sul punto molto chiaro già negli anni '90: CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, p. 61. Insomma, l'anticipazione della tutela è la regola, v. già BRICOLA, *Aspetti penalistici*, cit., p. 56 ss.

¹⁸¹ DONINI, *Il principio di offensività*, cit., *passim*, (spec. § 2, p. 11 ss.).

¹⁸² Per una disamina sul rapporto *offensività/colpevolezza*, v.: DONINI, *Il principio di colpevolezza*, cit., § 8, p. 261 ss.

ESEMPIO: La formalizzazione del tipo, ovvero la costruzione dell'illecito a condotta generalmente neutra, quindi priva del tutto o in gran parte di un disvalore sociale immediatamente percepibile e posta a tutela di un bene giuridico non afferrabile o non avvertito come "di rilievo penale", evidenzia – come vedremo – una violazione dell'offensività che si riflette in una seconda inevitabile compromissione del principio di colpevolezza. A fronte di un fatto tutto normativizzato il dolo e la colpa non si distinguono più, risultano lontani da contenuti di disvalore specifici; pertanto, l'unico modo per coprire la violazione di quest'ultimo principio è sostenere, forti della concezione normativa della colpevolezza, che l'esistenza di certe condizioni tendenzialmente soggettive (es.: la possibilità di conoscere il precetto) giustifica il rimprovero, non solo o principalmente la presenza di un dolo o di una colpa di un certo rilievo.

In altre parole, punendo l'inosservanza da parte di un soggetto imputabile del profilo formale di una procedura di controllo di cui ignorava l'esistenza, anche laddove ne risulta rispettato il contenuto sostanziale, si decide di reprimere l'illiceità formale del fatto, non una condotta volontaria cosciente del disvalore che la caratterizza.

Occorre scegliere *il fatto*, selezionare un diritto penale *comprensibile* dal precetto *afferrabile*, ben strutturato, *tassativo* e orientato alla *personalità della*, oltre che alla *colpevolezza nella*, responsabilità; bisognerebbe abbandonare il concetto di *presunzione assoluta* accettandone le conseguenze e ammetterne la presenza dei valori senza dimenticare che esistono anche principi e che uno di essi è quello laicità, e così oltre. Solamente accettando davvero tutto questo può avere un senso approfondire il profilo tecnico dell'offensività.

4.5. Le varie declinazioni dell'offensività. Una introduzione sull'interlocutore principale – Fatte queste premesse metodologiche (e dogmatiche), occorre specificare che l'offensività conosce, almeno nel dibattito teorico più recente, due *macro*-declinazioni possibili: una che chiamiamo *esterna o propria* e una *interna o impropria*. La prima contiene sia la versione *astratta* dell'offensività (*riflessione sulla legittimità del bene giuridico protetto e delle tecniche di tutela utilizzate*), sia quella *concreta o ermeneutica* (*beni e tecniche di tutela già legittimi, ma il fatto è concretamente inoffensivo*). Entrambe "esterne" ad essa, ovvero concernenti l'esclusione dell'inoffensivo-puro, di ciò che non è penale sin dall'origine.

La seconda, invece, coincide col riconoscimento diffuso dell'esiguità, ovvero di una situazione "interna" all'offesa ormai disciplinata nella Parte generale del nostro Codice penale dall'art. 131-bis c.p. (v. oltre § 7-bis).

Qui il tipo è astrattamente legittimo, il fatto concreto è oggettivamente e soggettivamente tipico, offensivo e colpevole, ma non punibile perché bagatellare).

In questa sua seconda veste (esiguità), ma in certi casi anche nella sua declinazione ermeneutica *esterna* (o inoffensività in concreto), il principio è conosciuto nelle principali culture giuridiche del mondo, spesso anche più che in Italia: lo è in Spagna, in Germania (anche se concretizzato con metodiche processuali), nei progetti di riforma argentini, nel diritto penale Brasiliano, addirittura nell'art. 13 § 2 del Codice penale cinese, a Cuba, in Slovenia, in Colombia (non in Honduras, lì la questione è più delicata), in Nicaragua, dove peraltro è positivizzato esplicitamente dal Codice penale del 2008 all'art. 7, in Polonia anche lì è cristallizzato all'interno dell'art. 1, § 2, del Codice penale, e così oltre¹⁸³.

I primi due livelli del principio – nella sua versione *interna* – dialogano naturalmente con soggetti diversi: l'offensività *in astratto* dovrebbe dialogare principalmente col legislatore¹⁸⁴, quella *in concreto* funge effettivamente da canone ermeneutico per il giudice.

E' nostra convinzione, però, che, dati gli insuccessi registrati nel corso della Repubblica, il ricercatore debba dialogare principalmente con la Corte costituzionale. L'importanza della scelta dell'interlocutore è tale da indurci a fornire alcune specificazioni ulteriori (v. § 5 ss.).

¹⁸³ Per una completa disamina comparata, v.: *Delitos de bagatela (The minimus doctrine in criminal cases)*, in *Revista penal*, n. 34, 2014, p. 242 ss.

¹⁸⁴ Così dovrebbe essere, ma così spesso non è più. Per approfondimenti in tema di "cambio d'interlocutore" (*dal legislatore alle Corti*), v. oltre § 5.

γ. **L'idea – Un perché del dominio attuale della giurisprudenza.** “Il” perché, inteso come esposizione complessa e completa di tutte le ragioni che, anche nei Paesi di *civil law*, hanno portato al dominio (quasi) assoluto della giurisprudenza *lato sensu* intesa non lo conosciamo, né, purtroppo, emergerà mai tutti in un solo scritto scientifico o divulgativo. È per noi possibile fornire al lettore solo “un” perché, ma non “il” perché.

L'epoca contemporanea riflette una richiesta incessante, continua e sempre più violenta, di diritti che i legislatori non riescono ad – o non intendono, *a seconda dei casi* – esaudire. Sin dall'inizio della Repubblica, il popolo italiano deve gran parte del progresso penalistico di stampo garantista alla Corte costituzionale.

Possiamo affermare senza timore di smentita che il diritto penale viene spesso (anche se non sempre) strutturato, sia nello stile che nei contenuti, da politici/*ex*-magistrati talvolta ignari del dibattito teorico inerente l'argomento che trattano: la presenza d'interventi chirurgici frettolosi, ricchi di errori e disorganici, prodotti dal vortice *emergenza/consenso*, ha prodotto l'eclissi della riflessione giuridica e, quindi, l'esclusione degli esperti dalla formazione delle leggi.

Per la verità, di esperti ne esistono eccome. Alcuni fini intellettuali – solitamente professori universitari – siedono oggi a qualche tavolo legislativo; molto più spesso, però, sono abili *consulenti* fedeli al potere e ben poco *super partes*. La differenza è così centrale da coinvolgere “a catena” tutte le patologie diritto-correlate della rete penalistica contemporanea.

5. (segue) *Wahlverwandtschaft*. Dal diritto (penale) senza giuristi al paradosso della scienza inutile. Il costituzionalismo contemporaneo nella giurisprudenzializzazione del diritto – Esiste un termine tedesco assai elegante utilizzato da J.W. Goethe in un bel romanzo pubblicato nel 1908, che non ha equivalenti diretti nella lingua italiana: *Wahlverwandtschaft*. E' possibile descrivere il suo significato ma non sostituirlo con un solo sinonimo presente nella nostra lingua; esso descrive un legame istantaneo e non spiegabile, un'affinità così forte tra due o più

soggetti o gruppi da provocare la rottura di altre relazioni e, contemporaneamente, la nascita di una nuova “parentela scelta”. Procediamo per gradi.

In uno Stato costituzionale *dei* diritti, caratterizzato da una Carta fondamentale forte, rigida e garantita nella sostanza, oltre che nella forma – da una Corte costituzionale, dunque: *condizionante*(!) – lo Stato diviene una *struttura di attuazione* delle previsioni fondamentali¹⁸⁵.

Prima di addentrarci nell’analisi dei contenuti scientifici del principio di offensività, dobbiamo dedicare qualche istante a una riflessione generalizzabile sull’inopportunità di continuare a concentrare ogni attenzione sul suo interlocutore storico: *il legislatore*, ovvero il principale responsabile del ritardo nel progresso dei diritti e, nello specifico, della concretizzazione di un diritto penale a base costituzionale¹⁸⁶.

Seppur lentamente, siamo giunti ad una constatazione *forte*: il *costituzionalismo polemico*, in Italia, così come in molti altri Paesi ad essa culturalmente affini, si è lentamente trasformato in un *costituzionalismo irenico*¹⁸⁷ orientato alle corti. La questione, si badi, è che, da un lato, solo pochi fedelissimi continuano a fidarsi dell’ottimismo falso di una politica da sempre disinteressata e, dall’altro lato, la struttura tecnica della giurisdizione, diversamente dal “metodo politico puro”, non consente di astenersi dal fornire una risposta alle esigenze *in action* della nuova società. E’ proprio qui che nasce un’*affinità elettiva* tra cittadino, scienza penale e giurisprudenza. L’offensività, lo vedremo, costituisce un esempio icastico di quanto appena detto.

¹⁸⁵ KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1975, p. 20 ss.; BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l’unità della ragionevolezza*, in *Quest. ist.*, 87-88/1991, p. 60 ss.; PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, p. 97 ss., con ampia bibliografia a nota 92.

¹⁸⁶ In questi termini illuminante l’esplicita conclusione di: FIORE, *Brevi note su limiti e funzioni della dommatica penale nel tempo presente*, in *Crit. dir.*, 2014, p. 503 ss.

¹⁸⁷ Utilizza questa terminologia, seppur in chiave fortemente polemica: LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, II, 2006, p. 1668.

5.1. Problematiche concrete – Tale tema non può essere affrontato in astratto, ma deve a nostro parere tenere in stretta considerazione alcune evidenze concrete: la contemporaneità, almeno in occidente, richiede sempre più spazio da dedicare ai diritti fondamentali e ai *macro-principi* giuridici, ma l'ingresso in questa fase – in questa: *età dei diritti condizionanti* – ne ha fatto emergere, oltre all'importanza, anche la fragilità: il loro sviluppo ha sempre trovato resistenze politiche straordinarie, la loro repressione, invece, no.

La politica può permettersi d'ignorare i problemi, questo è il primo punto.

Posto che, a prescindere delle catastrofiche conseguenze del regime totalitario dell'Italia fascista, i primi decenni del '900 risultano caratterizzati da buoni rapporti tra *sapere* e *potere* e che i più recenti sviluppi sembrano delineare approcci differenti tipici della seconda metà dell'800, delimitiamo l'indagine dal 1948 ad oggi, dando però atto di alcune divergenze tra l'approccio politico *pre* e *post* 1980.

In tale segmento temporale un dato risulta assai poco contestabile: la storia del Novecento sui rapporti tra *scienza* e *politica* ci consegna un prospetto tripartito decisamente sconcertante: *immobilismo; interventitampone costituzionalmente insensibili; assenza di progetti a lungo termine orientati al rispetto dei principi fondamentali*. Una presa di coscienza, questa, che determina il passaggio di ogni progetto critico da riflessione *de lege ferenda* a considerazione inutile.

Franco Bricola, come numerosi altri autori, conosceva bene le difficoltà insite nell'istaurazione di un dialogo con un legislatore storicamente inadempiente; tuttavia, il destinatario principale del suo progetto¹⁸⁸ rimaneva quest'ultimo, ovvero l'unico legittimo produttore di norme penali.

¹⁸⁸ Non l'unico: la sua impostazione suggeriva (solo) *medio tempore* l'affidamento al meccanismo del *Judicial review*. Vedi: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 19; riconosce bene questa consapevolezza: DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 31; ma anche MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 60.

Innanzitutto, l'attenzione non può non dirigersi verso un primo dato a dir poco demoralizzante: posto che riusciamo con assoluta agilità a reperire testimonianze dirette in ordine all'indifferenza della politica nei confronti della scienza sin dal XIX° Sec.¹⁸⁹, *il legislatore penale risulta, sin dalla prima fase repubblicana, assolutamente inadempiente*. Dai tempi in cui la scienza stessa premeva per riforme dirette alla defascistizzazione del Codice del 1930 – l'attuazione immediata del *costituzionalismo di transizione*¹⁹⁰ – la

¹⁸⁹ A tal proposito risulta doveroso citare ciò che un illustre giurista dell'Ottocento scriveva sotto il primo Codice penale italiano (c.d. Codice Zanardelli del 1889) nella prima nota del suo lavoro più celebre. Ci riferiamo al contributo di FIORETTI, *Su la legittima difesa*, F.lli Bocca ed., 1894, p. 1 (nota 1): *“Del resto, a dimostrare come i nostri legislatori, con tutti i loro lavori preparatori, discussioni, progetti, contro-progetti, commissioni e sottocommissioni e relazioni non fanno che ruminare la solita rancida erudizione senza mai tener conto del movimento scientifico contemporaneo, basti notare, che in tutti questi lavori preparatori in ordina alla legittima difesa, non solo non si trova alcun cenno del mio lavoro e delle questioni in esso sollevate (la qual cosa la mia modestia mi obbliga a trovare giustissima), ma neppure si accenna mai al libro di Girardi, il cui altissimo valore è fuori ogni contestazione”*.

¹⁹⁰ Il termine, sicuramente più diffuso tra i penalisti, *“costituzionalismo debole”* non rende giustizia ad un periodo essenziale come quello che intende definire. Siamo coscienti del fatto che questa distinzione consente, in primo luogo, di separarlo dal c.d. costituzionalismo forte, ovvero dal progetto bricoliano. Tuttavia, così facendo si rischia di tralasciare il valore di quel momento, un segmento temporale di transizione essenziale per la strutturazione concreta della Repubblica democratica. Questa prima funzione della Corte, in primo luogo, non diede inizio al solo *“svecchiamento”* dei Codici d'impronta fascista, ma incise profondamente sulla mentalità, sul costume, sulla cultura, sulla professionalità e sugli equilibri interni della magistratura ordinaria, stanca di procedere come se la Costituzione non esistesse (1948-1956). Dopo la sent. n. 1 del 1956 caddero poi definitivamente le dottrine dell'irrilevanza giuridica delle dichiarazioni di principio presenti nella Carta fondamentale [si v. la bella ricostruzione presente in PIZZORUSSO, *L'ordinamento penitenziario*, Bologna, 1974, 13 ss.; MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, poi in Ediz. Scient., Napoli, 2014, p. 210 ss.; CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*; ID, *Lezioni*, cit., v. II, 2, *passim* (spec. p. 129 ss.); sicuramente non entusiasta di un allargamento poderoso dei poteri della Consulta ma comunque scettico sulla distinzione tra norme *programmatiche* e *vincolanti*, v.: ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1 ss.], ma ciò che a nostro parere rileva maggiormente è il nuovo assetto culturale fondato sulla diffidenza (anche) nei confronti della giurisprudenza ordinaria. Sul punto riteniamo di condividere pienamente le critiche di Carlo Mezzanotte (*Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 213, nota 28) alle costatazioni di Onida (*Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, cit., p. 31 ss) sulla funzione-limite del

classe dirigente del nostro Paese, senza distinzioni d'ideologia, colore o bandiera, realizzava l'unico progetto politico-penalistico davvero condiviso nella *Prima Repubblica*: l'immobilismo. Agli sforzi d'illustri pensatori – inutile ricordare il valore di molte opere concepite in quegli anni – non seguivano risposte concrete o riforme scientificamente orientate allo sviluppo di una Carta fondamentale giovane e in attesa di attuazione.

A differenza del vecchio Statuto, la nuova Costituzione, cosciente di come la decadenza di "vecchi" Codici fosse una rivoluzione lenta che cammina con passi quasi impercettibili¹⁹¹, consentiva, anche mediante la predisposizione del *Judicial review*, una svolta decisiva per la protezione dei principi costituzionali.

Bisognava sostituirsi di buona lena alla politica, evitare un controllo diffuso tra una giurisprudenza ordinaria considerata poco affidabile, superare il muro dell'art. 11 delle Preleggi nella parte in cui avvisa che "... le leggi non dispongono che per l'avvenire" e sottoporre al vaglio della Consulta anche disposizioni previgenti dal contenuto indifferente all'avvento della Carta fondamentale o comunque in contrasto coi principi in essa cristallizzati. Tuttavia, posto che una serie incontrollata di dichiarazioni d'incostituzionalità avrebbe creato vuoti di tutela pericolosi per la stabilità della democrazia, si decise di utilizzare tutte le norme costituzionali (anche quelle solo programmatiche) per interpretare il diritto positivo vigente.

Judicial review accentrato. Esso, lungi dall'essere stato effettivamente pensato per limitare solo il potere della politica, è servito anche a tutelare quest'ultima da un controllo diffuso e incontrollabile – come quello avvenuto in Germania all'epoca di Weimar –, ma inevitabile nel silenzio della Costituzione. Le due funzioni non sono suddivisibili già concettualmente secondo una logica di prevalenza astratta dell'una sull'altra: non limitare il potere del legislatore è distruttivo, consegnare il potere di disapplicazione, conseguente al giudizio sulla costituzionalità delle leggi, al giudice ordinario non è meno pericoloso. Gli esempi non mancano.

¹⁹¹ Questa consapevolezza esisteva già in: FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, cit., I, pp. 85 e 104.

L'inerzia costante del legislatore imponeva però alla Consulta di leggere i principi in chiave sicuramente normogenetica, utilizzando la disposizione-principio per dedurre, con le modalità tipiche di una interpretazione anche creativa ma necessaria, le regole immediatamente applicabili. E' nostra opinione che *la Corte costituzionale non abbia mai prodotto diritto, ma tutt'al più risolto (con regole specifiche) un caso singolo* sul quale mai avrebbe potuto rimanere in silenzio.

Ad ogni modo, alle statuizioni interpretative di rigetto seguiva la fioritura di quelle di accoglimento, alle abrogazioni seguivano i consigli-dispositivo indirizzati ai giudici ordinari – obbligati dalla stessa Consulta a tentare comunque una previa interpretazione costituzionalmente conforme – e, infine, all'attività di riempimento di *gap* ignorati dalla politica si affiancavano sentenze caute ma capaci di esortare quest'ultima ad assolvere i compiti che le sono propri.

Le Corti costituzionali di molti Paesi del mondo, a differenza delle sole Carte costituzionali o dei diritti, stanno allestendo un dialogo meraviglioso¹⁹² nonostante la presenza di qualche resistenza e, soprattutto, di *backgrounds* politici eterogenei, o addirittura opposti.

Questo cambiamento forte, però, è (anche, ma non solo) il frutto del disinteresse scientifico e sociale della politica. I giurisdicenti, sia di legittimità che di merito, diversamente dal legislatore, si sono mostrati più aperti al dialogo con il diritto nel suo complesso, se non in casi più unici che rari in cui la dottrina è riuscita a entrare dalla porta della politica modificando parte dell'esistente¹⁹³.

¹⁹² Sul tema, tra gli essenziali e ad eccezione delle numerosissime monografie sulla comparazione dei sistemi costituzionali (o dell'attività delle Corti), v.: in lingua francese DELMAS-MARTY, *Le relatif ed l'universel*, Seuil, Paris, 2004; ALLARD-GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, in *La République des Idées*, Seuil, Paris, 2005; in lingua inglese, v.: SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in 44 Harv. Int'l L. J. 191, 2003, *passim* (spec. p. 195 ss.);

¹⁹³ Ricordiamo, ad esempio, la riforma del regime di imputazione della circostanze aggravanti (sia per la fattispecie monosoggettiva art. 59 c.p., che per quella plurisoggettiva relativa al concorso di persone nel reato, art. 118 c.p.) ad opera di una

Prendiamo l'offensività: benché all'interno di un diritto penale di matrice liberale orientato alla protezione di beni giuridici di sicura rilevanza costituzionale la punizione di fatti (oggettivamente e soggettivamente) tipici ma inoffensivi, o scarsamente offensivi, sia qualcosa di concettualmente difficile da immaginare – se non impossibile da accettare –, il nostro legislatore, per ragioni prettamente d'immobilismo politico, non è mai riuscito a intervenire sul punto¹⁹⁴.

Nonostante quello che si specificherà oltre, l'esigenza di una tipizzazione espressa dell'offensività in concreto si fa sentire eccome. Certamente conosciuta, poi, la speranza che in prospettiva di riforma sistematica del codice penale – percorrendo il sentiero spianato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità – si proceda coordinando sussidiarietà e (anche, ma non solo) necessaria offensività dell'illecito penale. Nel fare ciò, particolare attenzione dovrà essere dedicata ai troppo trascurati modelli d'illecito penale minore: o essi mutano per via dei principi, o saranno

legge parlamentare – 7 febbraio 1990 n. 19 – nata principalmente dagli sforzi dal Senatore Marcello Gallo.

¹⁹⁴ Diffusamente sul tema, anche se con posizioni differenti, si vedano i commenti di DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale il 4 novembre 1997*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 95 ss.; PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 288 ss.; FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, in *Foro it.* 1997, V, p. 161 ss.; FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, p. 203 ss.; PALAZZO, *Riforme costituzionali: (b) diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 41.; ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 367 ss.; MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 329 ss.; COLOMBO, *L'art. 129 del progetto di riforma della Costituzione*, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 323 ss.; ID., *Intervento al dibattito su Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla commissione bicamerale*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 155 ss..

Per ulteriori approfondimenti sul rapporto *progetti recenti/offensività* si rimanda a: MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *questa rivista*, 2005, V, p. 1772 ss.; MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 271 ss.. Per ulteriori studi su progetti più risalenti nel tempo, invece, si rinvia a: NEPPI MODONA, "voce" *Reato impossibile*, in *Dig. d. pen.*, 1996, v. XII, p. 260 ss..

questi ultimi a essere condizionati strutturalmente e funzionalmente dal settore penale para-amministrativo.

Ponendo lo sguardo ai più recenti progetti di riforma del codice penale si nota come il principio di necessaria lesività abbia (quasi) sempre occupato un ruolo centrale. Per non annoiare con mere ripetizioni di ciò che in letteratura si è già ampiamente detto, basterà qui sunteggiare brevemente i risultati delle commissioni suddividendole in due gruppi: quello *pre* e quello *post* Bicamerale.

Nel primo raggruppamento troviamo il Progetto Pagliaro che se all'art. 4 del Libro I, imponeva al Legislatore di "... prevedere il principio che la norma sia interpretata in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi al bene giuridico", all'articolo 54, in apertura della progettazione della Parte Speciale, invitava a "...descrivere di regola le singole fattispecie delittuose in modo tale che la loro realizzazione assuma una dimensione di concreta lesività o di concreto pericolo" e il Progetto Riz che, al contrario, accantonava l'idea di una sua codificazione espressa fra i principi generali pur tentando una fantasiosa conversione generalizzata del pericolo – dal presunto al concreto – mediante l'artificiosa creazione del bene giuridico pubblico della sicurezza sociale. Ciò nonostante, l'enorme libertà legislativa provocata dalla mancanza di limiti forti – sia verticali (selezione dei beni tutelabili) che orizzontali (distinzione fra condotte sanzionabili e non) – imponeva un tentativo di riforma costituzionale.

Con la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali del 1997 – ribattezzata impropriamente Bicamerale – numerose proposte di riforma del diritto penale sostanziale parevano vicine alla concretizzazione. In quel contesto di riforma generale, al celeberrimo art. 129, in perfetta coerenza con la cristallizzazione dell'approccio costituzionalistico che lo precedeva, si stabiliva (anche) la non punibilità per un fatto previsto dalla legge come reato ma concretamente inoffensivo. Il sentiero sembrava segnato; ma, purtroppo, il triste fallimento (certamente, politico) della Bicamerale e le numerose critiche (sicuramente, tecniche) della dottrina avrebbero di lì a poco dimostrato che i tempi, in verità, erano tutt'altro che

maturi. Questo, sia sotto il profilo strettamente politico-criminale, sia sotto quello procedimentale.

All'interno del raggruppamento *post-Bicamerale*, invece, risiedono i Progetti Grosso, Nordio e Pisapia. Il primo, se nella prima versione (forse per via delle incertezze provocate dalla formulazione dell'art. 129 della Bicamerale) si limitava ad un timido enunciato decisamente insufficiente ad evitare strumentalizzazioni giudiziarie – "...le norma incriminatrici non si applicano a fatti che non determinano un'offesa al bene giuridico" – nella versione definitiva provvedeva ad aggiustare il tiro con l'inserimento della c.d. clausola bagatellare. L'art. 7 del secondo Progetto, rubricato "Offensività del fatto", si dimostrava attento alla valorizzazione dell'offensività sul piano ermeneutico ma dimentico della sua declinazione astratta, da un lato, e di quella (si badi, diversa) contenitivo-quantitativa. Infine, con l'art. 2 dell'ultimo progetto di riforma, forti delle critiche subite dal Progetto precedente, si decideva di escludere categoricamente la punibilità di un fatto in tutti quei casi in cui: a) ...*non fossero offesi in astratto beni di livello costituzionale*; b) ...*non fossero offesi in concreto i beni tutelati dalla disposizione incriminatrice*; c) ...*l'offesa non emergesse come esigua o meramente occasionale*.

5.2. Il dialogo tra scienza e giurisprudenza – La scienza è stata capace di dialogare¹⁹⁵, anche se con qualche battuta di arresto¹⁹⁶, con una (spesso

¹⁹⁵ La giurisprudenza di legittimità, pur ammettendo da lungo tempo l'essenza del principio di necessaria lesività [rilevante in tal senso la pronuncia delle Sezioni Unite del 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, 1958, v. II, p. 513] arriva ad applicarlo diffusamente e costantemente attorno agli anni '90. Da quegli anni in poi la casistica diviene davvero sterminata; tuttavia, al solo fine di dimostrare la portata dell'assunto si riporteranno, senza alcuna pretesa di completezza, alcune pronunce relative a settori "campione": in tema di falso [Cfr. *ex plurimis*: Sez. II, 14 novembre 2012, n. 44142; Sez. II, 15 novembre 2005, n. 518; Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8414; Sez. V, 26 febbraio 2003, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 20, p. 98 in tema di falso materiale "grossolano"; Sez. V, 8 febbraio 2001, n. 1447, in *questa rivista*, 2001, p. 3054, con nota di DELL'ANNO, *In tema di falso ideologico "inutile"*; Sez. V, 23 febbraio 2000; Sez. I, 13 ottobre 1997, in *Riv. pen.*, 1998, con nota di FANELLI, *Brevi note in tema di falso ideologico e principio di offensività in sede di verbalizzazione di esami universitari*; Sez. VI, 9 aprile 1992 n. 1151, in *questa rivista*, 1993, p. 1999; Sez. V, 8 giugno

1995, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1446]; contro l'amministrazione della giustizia [sempre *ex plurimis*: Sez. V, 1 marzo 2012, n. 8062; Sez. VI, 4 maggio 2010, n. 32325; Sez. VI, 17 marzo 2009, n. 26177; Sez. VI, 20 luglio 2005, n. 26910; Sez. VI, 4 giugno 2002, n. 21624; Sez. VI, 25 gennaio 2002 n. 2998; Sez. VI, 31 marzo 1999, n. 1264, in *questa rivista*, 2000, p. 2271; Sez. V, 10 gennaio 1997, *ivi*, 1999, p. 142 con nota di MICHELI, *Delitto di calunnia e procedibilità a querela del reato oggetto di falsa incolpazione*, in cui si recepiva un orientamento ormai già da tempo consolidato nelle pronunce di merito]; contro il buon andamento della p.a. [*ex plurimis*, Sez. IV, 8 giugno 2006, n. 35399 con nota di BILLI, *L'interruzione del pubblico servizio alla luce del principio di offensività*, in *questa rivista*, 2007, XII, p. 4560 ss.], contro il patrimonio [fra le tante si vedano: Sez. IV, 30 giugno 2009, n. 26678; Sez. IV, 22 gennaio 2004, n. 16894; App. di Trento, 12 dicembre 2003, n. 563]; in tema di stupefacenti [fra le numerose: Sez. VI, 28 giugno 2011, n. 25674; n. 8142 e n. 40295 del 2006]; in materia ambientale [fra le altre, Sez. III, del 20 settembre 2012, n. 36040]; in ambito edilizio [fra le tante: Sez. III, 17 aprile 2004, n. 35801]; nelle casistica degli infortuni sul lavoro [in questo senso, fra le molte, Sez. III, 14 ottobre 2009, n. 46719] e nei reati tributari [A titolo di esempio: Sez. III, 27 gennaio 2003, n. 3881; Sez. III, n. 7116]. Ancora, in generale nei reati contro la pubblica incolumità [Sez. IV, 21 settembre 2012, n. 36639] e in quelli societari [significativa Sez. V, 07 novembre 2012, n. 43001; Sez. II, 25 ottobre 2011 n. 4244; Sez. II, 3 dicembre 2009 n. 7587]. Per non parlare poi del suo riconoscimento nei delitti contro la vita [*ex plurimis*: Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521; Sez. I, n. 8527 del 1989] o in quelli contro la p.a. [Sez., VI, 19 settembre 2000, n. 10797; Sez. VI, 8406/1997, rv. 208852]. Inoltre, sull'influenza del principio di offensività nel delitto di peculato si veda anche l'attenta nota di PANETTA, *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio. Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di peculato*, in *questa rivista*, 2010, vol. 11, p. 3864 ss.] e oltre. Gli esempi, si è visto, sono davvero numerosi e toccano ambiti sicuramente eterogenei.

¹⁹⁶ Esempio sicuramente significativo quello delle Sezioni Unite del 1998 sull'evidente carenza di offensività della disciplina dettata dall'art. 73 del D.P.R., n. 309/1990, nella parte in cui incrimina una serie di condotte a prescindere dalla circostanza che le sostanze posseggano un principio attivo superiore alla c.d. "soglia drogante". Sebbene in passato i Giudici di legittimità avessero ritenuto ragionevole l'esclusione del reato nei casi in cui la sostanza si fosse rivelata priva di un principio attivo pari o superiore alla summenzionata soglia, le Sezioni Unite decisero di ribaltare il ragionamento reputando sufficiente (*si badi*, a prescindere dal loro contenuto offensivo) la mera presenza della sostanza ceduta fra quelle inserite nelle tabelle ministeriali. In realtà la Suprema Corte, argomentando la scelta in virtù della natura *plurioffensiva* del reato in questione (oltre alla salute individuale parrebbe a tutela della salute pubblica, della sicurezza, dell'ordine pubblico e delle nuove generazioni) ha inteso aggirare la falce della necessaria offensività. Sarà anche vero che la salute individuale di chi acquista una sostanza non davvero drogante (per esempio cocaina composta al 90% da zucchero) non viene lesa o messa in pericolo; ma se teniamo conto della sicurezza o dell'ordine pubblico, la questione cambia. Così, evidentemente, non poteva funzionare, nemmeno in punto di diritto. Il combinato disposto degli art. 13, 14 e 73 del D.P.R. 309/1990, dimostra come gli effetti droganti

sorda, ma) interessata giurisprudenza. A prescindere dalla razionalità scientifica della concezione realistica dell'illecito – dibattito, questo, già ampiamente sviscerato da illustri pensatori¹⁹⁷ – i casi che si propone di risolvere difettano di un presupposto logico all'intervento del diritto penale; ciò che manca è un'attenta verifica sulla coincidenza fra il penalmente rilevante e le sole condotte che, da una visuale *ex ante*¹⁹⁸,

debbano essere ricondotti a elemento costitutivo della fattispecie astratta. Non vi è sostanza psicotropa vietata senza principio attivo tale da alterare lo *status* psichico dell'assuntore, esattamente come non vi è droga la cui vendita risulti vietata senza presenza della stessa all'interno delle tabelle ministeriali. D'altro canto, pare certamente irragionevole reprimere, per esempio, la cessione di zucchero (seppur con percentuali minime di sostanza di tipo cocaina), ritenuto dall'acquirente cocaina pura. Fisicamente impossibile, invece, sarebbe reprimere la cessione di una sostanza che, allo stato dell'arte, non si ritenga drogante. Senza principio attivo essa non veicola nell'organismo; dunque, essa non può nuocere ad alcuno.

In un'altra sentenza in tema di reati contro il patrimonio la prima, e contro l'ambiente la seconda, la Corte di Cassazione penale, contrastando con decisione un *trend* giurisprudenziale ampiamente affermato, dichiara che: "*nel nostro ordinamento penale non vige alcuna norma che consacri il cosiddetto principio di offensività, alla stregua del quale non sussisterebbe il reato se la condotta fosse insuscettibile di ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice*" [Cfr. Sez. II, 6 ottobre 2004 n. 41462 con nota di Izzo, *Nuovo stop al principio di offensività*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 69,]; e che "*...in modo semplicistico si potrebbe rilevare che il principio di offensività non risulta codificato né costituzionalizzato, sicché una simile discussione è inconfidente, urtando contro il dato positivo*" [Cfr. Sez. III, 23 ottobre 2001 n. 44161].

¹⁹⁷ Sull'irrilevanza di questo dibattito, critico: C.F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 18 ss., 21 ss.; poi ripreso puntualmente anche in MANES, *Il principio*, cit., p. 63 (nota 60).

¹⁹⁸ Sulla sua prospettiva di osservazione – *ex ante* o *ex post* – le riflessioni non sempre convergono. Sul punto la Cassazione penale – una volta chiarito, come si è già avuto modo di sottolineare, ad esempio, che la fattispecie di cui al 372 c.p. è costruita nelle forme del pericolo concreto – ricorda con decisione che "*...per la configurabilità del delitto di falsa testimonianza, la valutazione sulla pertinenza e sulla rilevanza della deposizione del testimone deve effettuarsi con riguardo alla situazione processuale esistente al momento in cui il reato è consumato, ossia ex ante ed a tale positiva valutazione il giudice deve giungere attraverso l'esame di norme giuridiche, senza fare surrettizio ricorso a semplici massime di esperienza*". Una scelta del momento di giudizio sicuramente conforme alla giurisprudenza maggioritaria [In questo senso si vedano, *ex plurimis*, alcune sentenze recenti: Sez. VI, 6 luglio 2010 n. 29258; Sez. VI, 29 maggio 2009 n. 27533]. Tuttavia, nonostante la sentenza in nota si ponga tra le fila di coloro che, escludendo l'opportunità

offendano o mettano concretamente in pericolo il bene giuridico protetto. Ben comprensibile, dunque, il ruolo determinante dell'operazione ermeneutica laddove l'offesa al bene tutelato non è elemento *espresso*¹⁹⁹, né risulta *sostituito* a livello lessicale, o concettuale, con un equivalente fenomenico dell'offesa²⁰⁰. Ecco l'obiettivo che la declinazione concreta dell'offensività si prefigge: *reinterpretare laddove possibile* quelle fattispecie che potremmo definire a "lesione latente", ovvero quelle norme nelle quali siffatto requisito non sussiste né direttamente né indirettamente. Proprio in queste sedi l'offesa, se possibile, deve in qualche modo emergere quale elemento implicito²⁰¹, in tutti gli altri casi il problema non si avverte, quantomeno non in questi termini.

di tener conto di elementi esterni e posteriori che potrebbero aver impedito la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato, propendono per una valutazione nell'*id est* in cui la menzogna è resa, la presenza di tesi contrarie dirette a valorizzare tutti quei casi in cui l'inoffensività dipenda da elementi a completamento del tipo del delitto consumato è sicuramente nota [cfr.: NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, p. 205 ss.; STELLA, *La descrizione dell'evento*, vol. I, *L'offesa e il nesso causale*, Milano, 1970, p. 65 ss.. Inoltre, per un famoso esempio dimostrativo inerente al caso di colui che, falsificando una firma con strumenti raffinati, stampi il documento tramite un macchinario con difetti di erogazione d'inchiostri tale da rendere il falso facilmente riconoscibile, si v.: L'INNOCENTE, *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 1098].

¹⁹⁹ Il riferimento è a tutte quelle fattispecie in cui l'offesa è elemento costitutivo espresso. Si rifletta sui reati come l'ingiuria, la diffamazione, la strage, gli attentati alla sicurezza dei trasporti, il disfattismo economico, e così oltre.

²⁰⁰ Fra i tanti, si pensi ad esempio: all'omicidio, alle lesioni personali, alla violenza sessuale e così via.

²⁰¹ Senza voler ripercorre ancora una volta le vicende dottrinali della concezione realistica dell'illecito, in questa sede si ritiene sufficiente ricordare come l'interpretazione dell'art. 49 c.p. in chiave di necessaria offensività fosse già presente sia in Delitala – precisamente nel suo scritto *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco del 1927* – che in Alfredo Rocco nella famosa *Relazione al progetto definitivo di un nuovo codice penale* del 1929. Favorevoli all'idea secondo cui il requisito dell'offesa non possa derivare dalla mera conformità del fatto agli elementi della fattispecie tipica, ma necessiti di un ulteriore accertamento di concreta offensività: GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, XX, p. 127 ss.; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, p. 199; FIORE, *Il reato impossibile*, p. 23; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, II Ed., Morano, 1964, p. 16 ss.; Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV. *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, p. 447 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, VIII Ediz.,

La progressiva espansione della declinazione ermeneutica del principio di offensività in numerosi ambiti del diritto penale, poi, non è certo una vicenda recente. Si pensi ai reati a tutela dell'interesse al buon andamento dell'attività giudiziaria²⁰² o, più nello specifico, nella falsa testimonianza. La giurisprudenza ordinaria (di legittimità, ma anche di merito) riconosce l'operatività di due indici capaci di concretizzare l'offesa nel reato di pericolo astratto previsto dall'art. 372 c.p. – *pertinenza e rilevanza* – da oltre trent'anni.²⁰³

2003; BENIGNI, *Ribadito dalla Corte costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, in *questa rivista*, 2001, p. 993. Infine, si veda anche l'interessante paragrafo di Franco Bricola sul rapporto fra art. 49 c.p. e Costituzione: BRICOLA, "voce" *Teoria generale del reato*, cit., p. 72 ss. In senso contrario, fra i numerosi: STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 14 ss.; NUVOLONE, *Recensione a Neppi Modona, il reato impossibile*, in *Ind. Pen.*, 1967, p. 47; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2010, p. 443; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss. p. 420 ss.. Cauto soprattutto sul rapporto fatto inoffensivo conforme al tipo/ certezza del diritto: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 498 ss.; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Cedam, 1966, p. 142.

²⁰² L'incidenza della necessaria offensività quale criterio ermeneutico in ambito di reati contro l'attività giudiziaria è presente in numerosissime pronunce di legittimità. Fra i tanti reati, in tema di simulazione di reato, Cfr.: Sez. VI, 29-01-2009, n. 4259; Sez. VI, 8 ottobre 1997, n. 10119; 18 gennaio 1995, n. 2104.

²⁰³ L'assunto è opinione tendenzialmente costante nella giurisprudenza (di legittimità e di merito) da oltre trent'anni. Fra le numerose, si vedano: Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 2925; Sez. VI, 26 settembre 2009, n. 37110; Sez. VI, 29 novembre 2009, n. 9473; Sez. VI, 17 aprile 2007, n. 34467, in *questa rivista*, 2008, p. 2883; Trib. Torre Annunziata, 22 ottobre 2007, n. 1145, in *Il merito* 2008, vol. 5, p. 74; Sez. VI, 7 ottobre 2004, n. 4421; Sez. VI, 29 ottobre 2003, n. 44758; Sez. VI, 15 maggio 1992, in *questa rivista*, 1992, p. 2745; Sez. VI, 28 settembre 1989, ivi, 1991, p. 553; Sez. VI, 12 marzo 1986; Sez. VI, 16 ottobre 1985; Sez. VI, 16 febbraio 1984, ivi, 1985, p. 1822; Sez. VI, 21 marzo 1980, ivi, 1981, p. 1216; Sez. VI, 10 ottobre 1980. Per pronunce ancora più risalenti nel tempo si vedano: Sez. III, 6 dicembre 1972, in *questa rivista*, 1974, p. 92; Pret. Macedonia, 13 giugno 1969; Sez. III, 11 dicembre 1969, in *Giust. pen.* 1970, vol. II, p. 806. Per quanto concerne la dottrina, i richiami sono altrettanto frequenti. Ampiamente sul tema: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, 2012, p. 386; ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, IV ed., Cedam, 2009, p. 131; GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale., Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Pisa, Milano, 2009, p. 134 ss.; CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, Utet,

Per rimanere nell'esempio summenzionato, richiedere prove in ordine alla *pertinenza* e alla *rilevanza* di una testimonianza che si assume falsa, infatti, significa condizionare la relativa risposta sanzionatoria alla predisposizione di alcuni elementi oggettivi, ma esistono anche quelli soggettivi, dell'offesa (v. § 7.4.) che il giudice non può non verificare.

Benché anche su questo tema il legislatore non abbia mai concluso nulla, il silenzio sulla potenza prescrittiva della necessaria offensività *in concreto* appare meno assordante di quello che in realtà si è portati a credere. Ciò accade non solo a livello di diritto positivo,²⁰⁴ ma anche sul piano della *c.d. law in action*.

2008, p. 352 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, XV ed., Milano, 2008, p. 524; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, vol. I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Utet, 2005, p. 443 ss.; LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Cantone, Rosa, Sgroi (a cura di), Milano, 2000, p. 144 ss.; PAGLIARO, *Principi del diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 119 ss.; PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. 2, Cedam, 1994, p. 268 ss.; Con la stessa idea di fondo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 904; Interessanti e ricchi anche i contributi di RUGGIERO, *Falsa testimonianza*, in *Enc. dir.*, v. XVI, 1967, p. 540 e di SVAMPA, *Idoneità della condotta alla lesione del bene tutelato dall'art. 372 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1979, p. 493. Più in generale, l'esigenza di concretizzare il pericolo con elementi oggettivi che evidenziano l'offesa è presente – anche se in termini terminologicamente diversi dai nostri – nei principali dibattiti scientifici del mondo. A mero titolo di esempio, v.: JESCHECK-WEIGEND, A.T., § 26, II, p. 2; e sul rapporto *falsa testimonianza/thema probandum*, il lavoro monografico di CASTILLO GONZÀLES, *El delito de falso testimonio*, 1982 p. 40 ss. (spec. p. 50 ss.).

²⁰⁴ Si pensi, a titolo di esempio, al richiamo *dell'offesa o messa in pericolo* del bene protetto operato in diversi articoli del codice penale quali il 40 comma 1, 43 comma 1, 62 comma 4, 70, comma 1, n. 1; oppure alla *ratio* del D.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 che, facendo leva sull'inidoneità lesiva delle fattispecie, ha provveduto alla depenalizzazione di reati come la mendicizia, la vendita o consegna di chiavi o grimaldelli a persona sconosciuta, il turpiloquio, gli spettacoli o intrattenimenti pubblici senza licenza, la bestemmia, e così oltre. Particolare attenzione merita il requisito d'idoneità inserito negli articoli 241, 283 e 289 c.p. dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85. Infatti, il testo originario dell'art. 241 c.p., disponeva: "*Chiunque commette un fatto diretto a sottoporre il territorio dello Stato ... è punito con l'ergastolo*"; quello dell'art. 283 c.p. analogamente dettava: "*chiunque commette un fatto diretto a mutare la Costituzione dello Stato ... è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni*"; infine, quello dell'art. 289 c.p. prevedeva infine: "*E' punito con ...*

All'incirca dal 1980 in poi, infatti, si registra un chiaro sviluppo dell'interesse verso le potenzialità ermeneutiche dell'offensività. Incremento, quest'ultimo, tristemente accompagnato da alcuni rischi di fraintendimento quali la continua mescolanza tra (*in*)offensività (base *qualitativa*) ed esiguità (base *quantitativa*) – oggi terminata²⁰⁵ – o sporadici, ma altamente significativi, arresti.

In altre parole, lo sviluppo giurisprudenziale del principio nella sua declinazione *esterna* e *in concreto* non può essere di certo messo in discussione. Gli esempi sono sterminati, ma per rimanere nella Parte speciale si pensi ai reati in tema di falso²⁰⁶, a quelli contro l'amministrazione della giustizia²⁰⁷, contro il buon andamento della p.a.²⁰⁸ contro il patrimonio²⁰⁹ in tema di stupefacenti, in materia ambientale [ad

chiunque commette atti violenti diretti ad impedire ...". Nel testo successivo alla legge n. 85 del 2006 compare anche (ma non solo), quale ulteriore requisito delle tre fattispecie, l'aggettivo "idoneo". Insomma, un recepimento dell'idea scaturita – ben quarant'anni prima – dalla celeberrima opera di: GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.

²⁰⁵ V. oltre § 7-bis.

²⁰⁶ Cfr. *ex plurimis*: Sez. II, 14 novembre 2012, n. 44142; Sez. II, 15 novembre 2005, n. 518; Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8414; Sez. V, 26 febbraio 2003, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 20, p. 98 in tema di falso materiale "grossolano"; Sez. V, 8 febbraio 2001, n. 1447, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 3054, con nota di DELL'ANNO, *In tema di falso ideologico "inutile"*; Sez. V, 23 febbraio 2000; Sez. I, 13 ottobre 1997, in *Riv. pen.*, 1998, con nota di FANELLI, *Brevi note in tema di falso ideologico e principio di offensività in sede di verbalizzazione di esami universitari*; Sez. VI, 9 aprile 1992 n. 1151, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1999; Sez. V, 8 giugno 1995, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1446.

²⁰⁷ Sempre *ex plurimis*: Sez. V, 1 marzo 2012, n. 8062; Sez. VI, 4 maggio 2010, n. 32325; Sez. VI, 17 marzo 2009, n. 26177; Sez. VI, 20 luglio 2005, n. 26910; Sez. VI, 4 giugno 2002, n. 21624; Sez. VI, 25 gennaio 2002 n. 2998; Sez. VI, 31 marzo 1999, n. 1264, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2271; Sez. V, 10 gennaio 1997, *ivi*, 1999, p. 142 con nota di Micheli, *Delitto di calunnia e procedibilità a querela del reato oggetto di falsa incolpazione*, in cui si recepisce un orientamento ormai già da tempo consolidato nelle pronunce di merito.

²⁰⁸ *Ex plurimis*, Sez. IV, 8 giugno 2006, n. 35399 con nota di Billi, *L'interruzione del pubblico servizio alla luce del principio di offensività*, in *Cass. pen.*, 2007, XII, p. 4560 ss.

²⁰⁹ Fra le tante si vedano: Sez. IV, 30 giugno 2009, n. 26678; Sez. IV, 22 gennaio 2004, n. 16894; App. di Trento, 12 dicembre 2003, n. 563.

esempio, v. Sez. III, del 20 settembre 2012, n. 36040], in ambito edilizio²¹⁰; nelle casistica degli infortuni sul lavoro²¹¹, ai reati tributari²¹², nei reati contro la pubblica incolumità²¹³, e in quelli societari²¹⁴, nei delitti contro la vita²¹⁵ o in quelli contro la p.a.²¹⁶, e così oltre. Per non citare, poi, quelle sentenze delle Sezioni Unite e della Consulta che hanno cristallizzato una sua validità già ampiamente evidente.

Un altro dato pare fondamentale: il legislatore, inadempiente e maldestro, si è spesso rivelato attento a politiche-criminali *di parte* dirette a piegare i principi giuridici alla costruzione di un consenso smisurato o quanto più libero dall'ordine giudiziario. Su questa linea si colloca la predisposizione d'istituti (prescrizione, recidiva, legittima difesa domiciliare, falso in bilancio, *etc.*) capaci di ottenere consenso e, allo stesso modo, di sbarazzarsi di rischi ormai troppo elevati concernenti quasi esclusivamente il processo penale. L'intervento del 2005 su recidiva e prescrizione – la storica e tanto criticata “Ex-Cirielli” – costituisce un esempio icastico di quanto appena sostenuto, ma se ne potrebbero citare tanti altri (leggi indeterminate, precetti inoffensivi all'origine, dilatazioni incostituzionali di elementi scriminanti, e molto altro ancora).

5.3. Dalla qualità irraggiungibile della disposizione alla prevedibilità della norma. Alcune riflessioni sul precedente – Dopo aver riflettuto sulle amare questioni esposte nei paragrafi precedenti il lettore non potrà certo rimanere stupito dallo spostamento dell'asse della legalità dalla *qualità*

²¹⁰ Cfr.: Sez. III, 17 aprile 2004, n. 35801.

²¹¹ In questo senso, fra le molte: Sez. III, 14 ottobre 2009, n. 46719.

²¹² A titolo di mero esempio: Sez. III, 27 gennaio 2003, n. 3881; Sez. III, n. 7116.

²¹³ Cfr.: Sez. IV, 21 settembre 2012, n. 36639.

²¹⁴ Significative: Sez. V, 07 novembre 2012, n. 43001; Sez. II, 25 ottobre 2011 n. 4244; Sez. II, 3 dicembre 2009 n. 7587.

²¹⁵ *Ex plurimis*: Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521; Sez. I, n. 8527 del 1989.

²¹⁶ Cfr.: Sez., VI, 19 settembre 2000, n. 10797; Sez. VI, 8406/1997, rv. 208852. Inoltre, sull'influenza del principio di offensività nel delitto di peculato si veda anche l'attenta nota di PANETTA, *Indebito utilizzo dell'utenza telefonica d'ufficio. Note in tema di principio di offensività del reato e delitto di peculato*, in *questa rivista*, 2010, vol. 11, p. 3864 ss..

della disposizione alla prevedibilità della norma concretizzata nel caso²¹⁷, avvenuto con le note sentenze Contrada (art. 7 Cedu) e Ferreira Santos Pardal (art. 6 Cedu)²¹⁸.

L'interprete è oggi una figura di centrale importanza per l'ordinamento interno, ma anche per quello comunitario e convenzionale: esso sperimenta il vincolo dell'interpretazione conforme alla Costituzione, al diritto comunitario, e a quello convenzionale stesso. Il diritto vivente non costruisce la disposizione, ma la rende viva modificandola nella sostanza (*rechts-satz* → *rechts-norm*). All'interno dei limiti segnati dalla rottura inutile del dato positivo, la *law in action* precisa ormai il contenuto della disposizione indicandone l'estensione ermeneutica massima; la integra, in altre parole.

Tuttavia, se la discrezionalità giudiziale è rimasta a lungo ancorata al contrasto con la legalità come principio (art. 25, comma 2, c.p.), il diverso tema dell'uniformità delle decisioni sembra integrare il suo rispetto²¹⁹.

Il punto è che anche nei paesi storicamente legati al precedente solo persuasivo, quelli di *civil law*, esso è visto come un criterio in parte già

²¹⁷ Sul tema: DONINI, *Disposizione e norma*, cit., *passim*.

²¹⁸ Corte EDU, I sez., sent. 30 luglio 2015 (ric. 30123/10).

²¹⁹ Sotto il profilo penalistico si vedano, fra i tanti, i lavori essenziali di: DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., spec. pp. 63-117; ID., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e nuovo ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1165 ss.; FIANDACA, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, in AA.VV., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 33 ss.; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.; Spunti problematici sull'attuale ruolo della scienza penalistica, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Insolera-Monduzzi (a cura di), Bologna, 2005, p. 41 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 174 ss.; O. Di Giovine, *L'interpretazione del diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; N. MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Dolcini-Paliero* (a cura di), Milano, 2006, p. 437 ss. Più in generale, solo gli essenziali, v.: TARUFFO, *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. MacCormick-R.S. Summers (Ed.), *Interpreting precedent. A comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 1997; MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; con riflessi non solo di ermeneutica costituzionale, ma anche generale, v.: VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, *passim* (spec. p. 91 ss.).

esistente²²⁰ e vantaggioso – almeno laddove ne esistono pochi riferibili ad una singola questione concreta –, anche se ancora non davvero efficiente perché legato alla sola astrazione di una regola generale di diritto.

In Italia, ad esempio, esistono alcuni sotto-sistemi che esaltano il bisogno di certezza ermeneutica: il giudice del rinvio deve *ex artt.li 384, comma 2, disp. att. c.p.c., 143 c.p.p., 627, comma 3 e 628, comma 2, disp., att. c.p.p.*, uniformarsi al principio di diritto che la Corte nomofilattica enuncia nella soluzione della questione concreta (c.d. *precedente verticale*).

Nel dialogo tra sezioni semplici e sezioni unite, poi, le prime devono adattare le pronunce alle statuizioni della seconda (c.d. *precedente orizzontale*). Questo approccio emerge come doveroso da alcune disposizioni processual-civilistiche e penalistiche: art. 347, commi 2 e 3, c.p.c.; art. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p.; art. 172, disp. att. c.p.c.

L'art. 65, comma 2, o.g. affida poi alla Corte di cassazione il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, così come gli impone di assicurare anche l'unità del diritto oggettivo nazionale.

Su questa linea si trova la riforma del processo civile di cassazione avvenuta con il d.lgs. n. 40 del 2006 (in attuazione della l. delega n. 80 del 2005)²²¹. La nomofilachia deve assicurare un valore metodologico: coerenza e prevedibilità nell'interpretazione delle disposizioni.

Del resto, l'avvocato che, non conoscendo il precedente giurisprudenziale, dimentica di inserire la giurisprudenza favorevole omettendo (anche volutamente) quella contraria spesso non ha successo.

In linea generale, il precedente conferisce all'argomentazione giuridica una struttura topica: i *precedents* costituiscono, se universalizzabili, i *topoi* che orientano la declinazione ermeneutica del tipo e che spesso contribuiscono a giustificare anche la scelta contenuta nella sentenza.

²²⁰ Sul punto, v.: *Interpreting Precedents. A comparative study*, edito da D.N. Maccormick-R.S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 e in *Ragion pratica*, 1996, p. 7 ss. Ricerca citata anche in TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Ed. Scientifica, 2007, p. 7 (nota 1). Nella letteratura tedesca il dato è pacifico sin dagli anni Sessanta, v., per tutti: KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967.

²²¹ Sul tema, anche con riferimento al d.lgs 2 luglio 2010 n. 104 di diritto amministrativo, e alla sentenza delle Sez. Un., 21 gennaio-13 maggio 2010, Beschi v.: DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 96 ss.

Non tutte le citazioni giurisprudenziali presenti all'interno di una sentenza consentono di determinare o indirizzare in senso conforme la decisione, non tutte hanno davvero questa "forza". A volte è dato scorgere citazioni che richiamano esempi negativi, ovvero casi richiamati per specificare che non devono essere seguiti nel caso singolo, altre volte l'esempio ha funzione persuasiva ma non giustificativa. Altre volte ancora l'esempio consiste in una statuizione di una Corte non appartenente allo stesso ordinamento giuridico.

Sotto un profilo strettamente tecnico parlare di "precedenti" non è corretto: solo la giurisprudenza è un insieme spesso caotico di precedenti, mentre nel linguaggio anglosassone il precedente è una statuizione singola, precisa. Confondere giurisprudenza/precedente è un errore tipico dell'osservatore europeo-continentale: un giurista italiano parla di giurisprudenza riferendosi a una moltitudine di decisioni tra le quali spesso non riesce a selezionare quelle rilevanti per il caso concreto, né riesce a stabilire quante ne servano per battezzare una linea come "prevalente" (5? 10?, 30? 200?), nemmeno le numerose riflessioni presenti nel genere letterario delle "note a sentenza" orientano più davvero l'osservatore o l'interprete; il giurista inglese, così come quello americano, australiano, *etc.*, riesce invece a identificare rapidamente la singola decisione che *fa* davvero precedente.

Il punto è che noi rimaniamo intasati all'interno di una produzione indisponente di sentenze di legittimità (circa cinquantamila all'anno), mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ne emette appena duecento ogni anno e la *House of Lords* addirittura non più di cento. Questa differenza quantitativa pare riflettersi anche su scarti qualitativi tra i due macro-sistemi (*civil e common law, giurisprudenza e precedente*): quando si maneggiano centinaia o migliaia di sentenze e quando si abusa della loro citazione, si è inevitabilmente fuori dalla logica di qualsiasi tipologia di precedente²²².

Nei paesi anglosassoni, poi, conta *il fatto*, nel resto del mondo la regola di diritto *applicabile al fatto*. Quando si ragiona di precedente vincolante nei

²²² TARUFFO, *Precedente*, cit., p. 25.

paesi anglosassoni si sceglie di confrontare i fatti che hanno generato il precedente stesso con quelli che colorano il caso specifico: se questi due sono identici, o analoghi, una soluzione per il caso concreto c'è.

Tuttavia, benché questa rilevanza del fatto giochi un ruolo per noi forse troppo essenziale, il giudicante non si trasforma per ciò solo in un tecnico esperto nella gestione delle, e nella ricerca tramite, le banche dati; il suo ruolo rimane quello classico sotto un certo profilo. L'attenzione si sposta dal diritto al fatto, questo sì; perché è lui che decide se due o più fatti, appunto, risultano identici, analoghi o diversi. E' lui che stabilisce se il precedente esiste oppure no, è lui che lo "plasma".

La *giurisprudenza di civil law*, invece, si concretizza principalmente in massime che hanno ad oggetto delle enunciazioni generali di contenuto precettivo, delle regole che specificano altre regole contenute nei vari codici. Queste ultime, a volte, vengono create da un ufficio che – pur occupandosi della diffusione delle stesse – non ha equivalenti nel mondo e sistemate all'interno di banche dati, di codici commentati, di manuali per la preparazione di esami, abilitazioni varie, *etc.*

Il precedente giurisprudenziale per divenire vincolante – ma anche se per ora rimane solo persuasivo – necessita poi di ottimi e aggiornati sistemi di diffusione in supporto dell'attività nomofilattica. Questo è un altro tema, ma comunque importante.

Non è un caso se l'art. 68 o.g. abbia istituito un ufficio presso la Corte di cassazione ("Ufficio del Massimario e del Ruolo") che si occupa appunto di favorire la formazione della giurisprudenza di legittimità, la documentazione e la sua diffusione. Il presidente della Cassazione fissa con decreto i criteri con cui selezionare le sentenze da massimare e coi quali rendere omogenei i criteri di formazione delle singole massime. Il *testo* di quest'ultima – preceduto da un sommario, dai riferimenti normativi interessati e seguito dal c.d. *ipertesto*, ovvero i precedenti (conformi o difformi) – si compone della sintesi della decisione (*decisum*) e dalla ragione che la sorregge (*ratio decidendi*).

Tuttavia, la massima così come impostata oggi non consente affatto un'analisi (anche comparativa) dei singoli fatti: leggendola si scopre la *regula juris* astratta da applicare sicuramente nel rinvio, nelle sezioni semplici se proveniente dalle Sezioni Unite oppure, se convince, in tutti i futuri casi concreti.

Per conoscere il fatto, in Italia, serve la sentenza integrale e non è un caso che quest'ultima costituisca il contenuto del precedente nei sistemi anglosassoni.

Non è tutto: nei Paesi dove esiste un precedente vincolante il riferimento diretto ai fatti determina invece la *ragione giuridica* della decisione, proprio quella *ratio decidendi* che ha efficacia di precedente.

Poi vi sono sicuramente anche le affermazioni contenute nella sentenza (*obiter dicta*) che spiegano forse i motivi della decisione, probabilmente aiutano a comprenderla meglio, ma che non hanno efficacia in questo senso.

Da ultimo, un'ovvietà da specificare meglio: la *forza* del precedente è sicuramente maggiore nei paesi anglosassoni piuttosto che in quelli europeo-continentali. Questa non è una caratteristica che dipende dal diverso patrimonio genetico delle due impostazioni, ma un dato provocato per lo più da contingenze fattuali: nei paesi di *civil law* la giurisprudenza fa dottrina²²³, ma nulla vieta a questa "dottrina" di risultare altamente persuasiva; dunque ben più forte o vincolante di un *precedent* classico che conosce metodi – *distinguishing* o *overruling* – per adattare quest'ultimo alla realtà. Ciò non accade, almeno a nostro parere, per via di regole fumose riguardo al vincolo ermeneutico, ma, soprattutto, per via di una produzione caotica e incontrollabile di sentenze che mutano contraddicendosi l'un l'altra quasi quotidianamente.

Questo è un punto centrale col quale intendiamo chiudere questa esile riflessione: il *precedente* che va diffondendosi ovunque nel mondo, indipendentemente dalla sua *forza* o dalla sua regolamentazione, non è pensato per impedire al giudicante di mutare opinione o per imporgli di seguire apaticamente decisioni passate, ma per evitare variazioni troppo repentine, casuali o ingiustificate che disorientano il destinatario della regola scritta, sia essa uno statuto, un codice, una costituzione o altro.

²²³ Cfr.: DONINI, *Europeismo*, cit., p. 101 "Non c'è differenza vera tra Juristenrecht e Richterrecht, finché la giurisprudenza non vincola formalmente. I giudici, pertanto, fanno continuamente ... dottrina".

5.4. Sul rapporto scienza penale e Corte costituzionale – Il rapporto *scienza penale/Corte costituzionale*, quello per noi più importante in questa ricerca, ha sortito effetti assai più corposi del dialogo *scienza/legislatore*. Su questo piano possiamo affermare di aver conosciuto numerose *interpretative di rigetto* – si pensi alla celebre sentenza n. 19 del 1962, sull'art. 656 c.p., con cui si è cristallizzata la necessità di porre effettivamente in pericolo l'ordine legale su cui poggia la convivenza sociale (l'ordine pubblico come bene collettivo che non è dammeno della libertà di manifestazione del pensiero)²²⁴, all'apologia di reato (sent. n. 65 del 1970), *etc.*– come accoglimenti parziali e manipolatori: ad esempio, il 415 c.p., piuttosto lo sciopero o la serrata (sent. n. 290 del 1974, n. 165 del 1983 e n. 222 del 1975), il boicottaggio proteso a reprimere la libertà di espressione dell'avversario politico (sent. n. 84 del 1969). Oppure interventi completamente distruttivi: dalla storica decisione sent. n. 1 del 1956 sui rapporti tra l'art. 113 del t.u.l.p.s. del 1931 e l'art. 21 Cost., ma anche la sentenza n. 29 del 1960 sull'art. 502 c.p., per non parlare di quelle d'incostituzionalità parziale (esempio ormai classico: sent. 364 del 1988). La Consulta, seppur coi limiti che vedremo (v. § 4), si è dimostrata, sin dalla sentenza n. 1 del 1956²²⁵, piuttosto attiva e in linea con il progresso scientifico inerente varie tematiche penalistiche, anche di respiro sovranazionale, ovvero concernenti il ricchissimo contributo offerto dalle diverse Carte dei diritti, la Carta di Nizza e la Cedu, e dalle diverse Corti, specie la Corte di Strasburgo (si vedano le sentenze nn. 348 e 349 del 2007;

²²⁴ Decisione sulla cui traccia si sono poste le sentenze: n. 199 del 1972 e n. 210 del 1976, ma anche la n. 15 del 1973, concernente la contravvenzione di "*Grida e manifestazioni sediziose*", prevista all'art. 654 c.p.

²²⁵ Riprendendo la prima sentenza della Consulta – essenziale per comprenderne a fondo i *limiti* e i *poteri* –, non a caso relativa ad una fattispecie penale (l'art. 113 della legge di p.s.) ritenuta in contrasto con l'art. 21 Cost., è possibile notare come in essa si richiami subito l'attività della magistratura ordinaria e quella degli studiosi. Ecco il segmento: "*Se le disposizioni dell'art. 113 della legge di p.s. possano coesistere con le dichiarazioni dell'art. 21 della Costituzione è questione che ha già formato oggetto di moltissime pronunce della Magistratura ordinaria e di numerosi scritti di studiosi*".

n. 196 del 2010; n. 80 del 2011). Valorizzando giudizialmente le clausole di adeguamento e di rispetto degli accordi internazionali, il diritto criminale ha infatti subito modifiche sensazionali (anche) in tema di principi: si pensi, a mero titolo di esempio, alla retroattività *in mitius* cristallizzata nelle sentenze n. 393 del 2006 e n. 236 del 2011, *etc.*

5.5. Il dramma della produzione penalistico-emergenziale – Negli anni '80 del secolo scorso all'immobilismo si sostituisce la ben nota produzione penalistico-emergenziale²²⁶ sicuramente patologica e caratterizzata da incoerenza scientifica diffusa. In questo periodo la buona riuscita della lotta europea al terrorismo interno suggerisce, anche all'interno di alcuni ambiti scientifici²²⁷, l'inizio di una politica criminale da "campagna elettorale", capace di far acquisire consenso in tempi brevi: il legislatore si accorge qui dell'immenso potenziale dello sviluppo "a tappeto" dell'arma penale. Rispolverando la distinzione, tutta politica²²⁸, tra *amico* e *nemico*, la guerra al pericolo pubblico avrebbe di lì a poco soppiantato quasi completamente la lotta contro l'avversario politico. La logica-base di

²²⁶ Sul tema, da ultimo: AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, Donini-Stortoni (a cura di), Bologna, 2015.

²²⁷ Non è un caso che l'opera di Jakobs abbia preso vita nel 1985. Essa è stata presentata per la prima volta dall'autore nella Relazione alle Giornate dei Penalisti tedeschi a Francoforte sul Meno per poi essere ripresa con più forza al Congresso celebrato a Berlino nel 1999 su: "la Scienza del Diritto penale alle soglie del nuovo millennio". Infine, come noto, l'idea ha acquisito nuova importanza nel contesto della guerra al terrorismo di matrice islamico fondamentalista. Guardando alle misure che gli Stati Uniti stavano prendendo nei confronti di chi sospettavano essere terroristi, misure che prevedevano una deprivazione totale dei diritti (tortura, detenzione a tempo indeterminato, ecc.), Jakobs non vi vede una violazione del diritto stesso, ma la creazione di un altro diritto penale: *il diritto penale del nemico*. Egli, con la formula "diritto penale del nemico", intende fare riferimento ad un binario parallelo e separato del diritto penale. I due binari, sul piano dei diritti, esibiscono due livelli di garanzia diversa, perché si rivolgono a due categorie differenti di soggetti: il primo vige per il cittadino ordinario, il secondo invece è uno strumento da poter utilizzare contro chi, di volta in volta, viene identificato come nemico all'interno di una data società.

²²⁸ Qui Karl Smith ci dice molto: nel 1927 egli scriveva che "...la peculiare distinzione politica, alla quale si possono ricondurre le azioni e i motivi politici, è la distinzione di amico e nemico: in sostanza, tutte le azioni e i motivi politici riconducono a essa".

questa scelta scientificamente aberrante e criminologicamente incomprensibile si concentrava, e si concentra oggi, sulla riduzione – se non sull’eliminazione – delle garanzie tipiche del diritto criminale o in aumenti vertiginosi di pena nei confronti di una moltitudine eterogenea di autori-tipo prestabiliti *ad hoc*: ladri²²⁹, immigrati, recidivi, tossicodipendenti, *etc.*

²²⁹ La lotta politico-penalistica alla povertà diviene ogni giorno più pressante. Secondo alcuni tra i più recenti dati ISTAT [Rapporto “Noi Italia” del 2014 *Istat*. Oppure si v.: <http://www.istat.it/it/archivio/128371>] a disposizione, i soggetti considerati “poveri assoluti” – ovvero coloro che non riescono ad acquistare beni e servizi per vivere una vita normale – in Italia risultano essere purtroppo circa sei milioni. Due volte la popolazione romana, per intenderci.

A questi dati scoraggianti occorre aggiungere quei dieci milioni di persone che vivono in una situazione lievemente più felice, ma parimenti drammatica, di “povertà relativa” (circa 600,00 Euro al mese a persona). Se non esistono ancora dati statistici riferiti alla *miseria*²²⁹, i numeri della (diversa) *povertà*, intesa qui come carenza di beni materiali essenziali, invece, sono disponibili: essa riguarda oggi circa il 16,6% della popolazione italiana. Con ciò non s’intende certo affermare che la povertà risvegli la volontà criminale di ogni sventurato che la conosce, il che sarebbe assurdo. Né, parimenti, s’intende sostenere che ogni soggetto attivo di reati contro il patrimonio sia davvero indigente e/o disperato. Tuttavia, che la condizione di povertà (*assoluta*, ma spesso anche *relativa*) consenta di personalizzare, graduandoli, alcuni aspetti della colpevolezza dell’autore-tipo, ci pare chiaro. L’incontro “Stato *vs.* ladro” si trasforma infatti sovente in uno scontro diseguale [Sul rapporto tra processo penale e povertà, si veda il bel lavoro di SANTORO, «Una beffa alla sua miseria»: *precondizioni dell’effettività del diritto ad avere diritti*, in *Ragion pratica* 2/2014, p. 435 ss. L’autore, tra le altre importanti considerazioni, riporta anche una bella riflessione di Calamandrei del 1954: “*«La legge è uguale per tutti» è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l’aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria*”] ghezzante e violento, contro la *povertà* in sé. Caratteristica tragica, quest’ultima, che per secoli è stata emarginata *ex post* [il povero come “classe sociale pericolosa” è un tema antico: v. la l. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato b), una minaccia per la pubblica sicurezza. Si pensi inoltre al vecchio art. 670 c.p., poi abrogato nel 1999 dall’art. 18 della l. 25 giugno n. 205, o al più generico rifiuto di rendere la carità una questione veramente “sociale”, così come pensata, invece, da Tommaso d’Aquino. Obiettivo, questo, poi raggiunto dagli sforzi congiunti dei solidaristi francesi, Lèon Durguill, Raymond Saleilles e altri. Si v. BOURGOIS, *Solidarité*, V ed., Paris, 1906 p. 10 ss. e della dottrina cattolica, con l’enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891] ma che oggi necessita soprattutto d’interventi *ex ante* non penalistici. Se s’intende davvero trovare la formula dell’antidelitto, aggiungeremo noi accodandoci a Carnevale, s’indaghi sulla

Negli ultimi trent'anni, probabilmente per via di un cambiamento radicale della, e interno alla, gestione della cosa pubblica, ha preso forma una situazione se possibile più allarmante: l'élite politica (non solo) italiana, "depurata" da qualsivoglia spirito ideologico fondato su etiche precise, si è trasformata in un raggruppamento più o meno esteso d'imprenditori spregiudicati, unicamente attratti dall'esistenza di un mercato privilegiato spesso protetto dall'immunità. Da qui il dilagare di metodi corruttivi strutturali che minano da sempre la democrazia²³⁰, capaci, anche se a tratti diversi da quelli che animarono gli scandali di tangentopoli, d'impedire agli elettori politicamente attivi – quei pochi rimasti²³¹ – di distinguere tra politico, politico delinquente e delinquente *tout court*²³².

solidarietà [cfr.: CARNEVALE, *L'antidelitto: l'organizzazione giuridica della solidarietà*, in *Riv. pen.*, 1935, p. 88 ss.].

²³⁰ La profonda relazione tra organismo statale e assenza di corruzione è presente già in Cicerone [*De Republica*, I, p. 25, p. 39; lo ricorda bene QUADRI, *Dottrine politiche nei teologi del '500*, Editrice Studium, 1962, p. 9].

²³¹ "Democrazia" si presenta come un termine poliseno a più dimensioni di assai arduo inquadramento teorico. Esso, quale forma del pensiero (*ideologia*), ha ispirato numerose filosofie della società [per tutti: BOBBIO, voce *Democrazia*, in Bobbio-Matteucci-Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2004, p. 235 ss.; FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, III volumi, Bari, 2007], tanto che risulta assai complesso scegliere a quale dei numerosi significati – Aristotele, Rousseau, Tocqueville, etc. – fare riferimento. Alcuni hanno abbandonato l'idea [celebre, fra gli altri: SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, p. 5 ss], altri hanno proseguito la ricerca [v.: KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981; R.A. DAHL, *A preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956; CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di V.E. Orlando*, Padova, 1957 e molti altri]. In qualsiasi modo la si guardi, la sua crisi attuale – che, a nostro parere, provoca la sua modifica in *teatrocrasia* – deriva da fattori eterogenei concernenti incapacità tutte politiche, di sistema. Prova ne è che secondo i più recenti dati Istat, l'astensionismo in Italia cresce costantemente da circa trent'anni. Nel 1976 esso rappresentava il 6,6% della popolazione, nel 2001, invece, il 18,6%. Tuttavia, quest'ultimo dato è parziale in ragione del c.d. non voto, un concetto che, comprendendo (anche) le "schede bianche", porta la statistica ad un elettore su quattro. Tale tragica ricerca statistica – si badi – registra un quantitativo di elettori disinteressati, delusi e amareggiati, che supera abbondantemente il classico *astensionismo fisiologico* tipico di ogni consultazione elettorale [Cfr. www.istat.it/istatt/eventi/2006/partecipazione_politic_2006/sintesi.pdf; per dati fino al

In questa nuova logica la *democrazia*, svuotandosi completamente, diviene *teatrocrazia*, *il nemico si confonde inevitabilmente (anche) con l'avversario politico, o col partito*, e l'etica pubblica con un diritto penale manovrato da moralizzatori perennemente in lotta per il controllo processuale dell'etica²³³. Ecco dunque il punto: furono le colpe del legislatore, soprattutto (ma non solo²³⁴) la sua inerzia, unita all'esaltazione dell'individualismo e alla formazione di una casta *autoreferenziale e distante*²³⁵, a provocare questa profonda crisi. Di conseguenza, lo sviluppo di contributi dottrinali in difesa delle garanzie, oltre che di un *case law* costituzionale capace di vincolare l'interprete fino all'introduzione di normative conformi alla Costituzione e di arricchire il contenuto di

2013, v.: www.cise.luiss.it/cise/2013/03/07/lanalisi-dell'affluenza-una-forte-accelerazione-del-declino-della-partecipazione/].

²³² Sul tema un'ottima lettura è quell'illuminante articolo dello storico britannico: P. ANDERSON, *The italian disaster*, in *London Review of Books*, 22 maggio 2014. Gli scandali politici degli ultimi anni non possono qui, per evidenti ragioni di spazio, essere riassunti. Il che, si per sé, è abbastanza indicativo. Per una disamina puntuale, v.: A. BECCARIA-G. MARCUCCI, *Italia. La fabbrica degli scandali*, Roma, 2014.

²³³ Su questo tema si v.: DONINI, *Diritto penale come etica pubblica*, Mucchi ed., Modena, 2014, *passim*; presente anche in lingua spagnola in ID., *Poder judicial y ética pública. Las crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Buenos Aires, 2015, p. 107 ss. Tesi ripresa anche per l'apertura dell'anno giudiziario e riportata in un interessante articolo di: D. STASIO, *Contro la crisi del penale serve un'etica pubblica*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2015.

²³⁴ Non è tutta colpa dei legislatori, sul punto occorre essere chiari. Le principali democrazie soffrono, tra le altre cose, anche "dal basso" per colpa di logiche capitalistiche totalizzanti che, mettendo in crisi la logica di partito, hanno battezzato il passaggio dalla "dimensione marxiana dell'in sé a quella del per sé" [cit.: PAZÉ, *Crisi della rappresentanza e crisi della società*, in *Crisi della democrazia*, L. Bazzicalupo (a cura di), Milano, 2014, p. 206]. I pensieri (anche degli *ultimi*) non si concentrano più sulla diseguaglianza generale ma sull'ingiustizia che cade sul singolo, non ci si organizza più insieme per cambiare il futuro di tutti, ma si agisce (soli) per cambiare il proprio destino. Pertanto, assai divertenti risultano i popoli che, inorriditi, puntano il dito contro una *e-Democracy* che, spesso, hanno contribuito a generare con l'esaltazione dell'individualismo più sfrenato. Carl Schmitt aveva già previsto un mondo dove ognuno, da casa, potesse con un *click* esprimere un parere politico rilevante: la morte della pubblica opinione, così descriveva questa predizione [Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, tr. It. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 322]; e aveva ragione, ma questo è l'effetto, non la causa.

²³⁵ Cfr.: PAZÉ, *Crisi della rappresentanza*, cit., p. 206.

quest'ultima con le novità del progresso sociale fino all'*overruling* della precedente giurisprudenza. Le tanto discusse *sentenze manipolative di accoglimento o additive* furono (e sono) il frutto di questi cataclismi politico-culturali.

I diritti, i principi e la società in generale, sono costretti a svilupparsi senza la politica o, addirittura, contro di essa. Il legislatore avrebbe potuto coprire un ruolo fondamentale in questo progresso, ma non l'ha fatto e continua a non farlo²³⁶. Anzi, come dicevamo, quando è intervenuto o ha creato sotterfugi sbrigativi senza interpellare gli esperti o li ha consultati per mera cortesia, per sfoggiare un sicuramente finto *bon ton* agli occhi degli elettori più colti. Tra le altre nefandezze, ha contribuito a smaterializzare i contenuti tipici dell'offensività così come strutturata nel corso del Novecento mettendone a repentaglio le radici culturali, quelle che lo avvicinano al diverso *Harm principle: la separazione tra il diritto e la morale* e, quindi, *il sine iniuria*.

Ciò è accaduto, e accade oggi, nella strutturazione di reati d'opinione come la diffusione di idee razziali, del negazionismo o del revisionismo, piuttosto che nella strutturazione di divieti incentrati totalmente (o parzialmente) su apprezzamenti etico-morali²³⁷. Per non intraprendere poi la tematica dei nuovi illeciti contravvenzionali recentemente posti a tutela del buon costume (v. art. 2 legge 189 del 2004), più che – seppur in via mediata – della sensibilità collettiva espressione – forse anche corretta – della solidarietà fra creature o della pretesa criminalizzazione di condotte minime contro la *qualità della vita*: ad esempio, provando a rendere più effettive le pene per i *writers, etc.*

²³⁶ L'esempio più formidabile sul punto lo si ha in tema di *concorso eventuale in fattispecie a concorso necessario*. Nonostante l'evidenza carenza di tipicità del concorso esterno in associazione di tipo mafioso il legislatore ha preferito lasciar fare ai giudici ordinari. Pertanto, l'evoluzione giurisprudenziale – iniziata negli anni Ottanta del secolo scorso – in parola è stata oggetto di numerose sentenze. Da ultimo, v.: Corte EDU sent. 14 aprile 2015 (Contrada). Per un riassunto sistematico in attesa di interventi dottrinali più profondi, v.: CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015.

²³⁷ Legge n. 40 del 2004.

Così il modello di un *diritto (penale) senza giuristi* ha anche creato una *scienza (penale) inutile*, intenta a strutturare progetti di riforma scientificamente avanzati ma senza futuro; nonostante i poderosi sforzi di alcuni, nemmeno una penalistica caratterizzata da metodi nuovi (integrata da saperi eterogenei, progettuale, dinamica, *etc.*) e fondata su riflessioni estremamente concrete è riuscita a farsi ascoltare. Tant'è che spesso gli intellettuali veri, quei pochi "infiltrati" nelle commissioni di riforma, si devono accontentare della capacità del loro prodotto (articolato + linee guida) di orientare "provvisoriamente" l'attività giudiziaria.

5.6. Un nuovo progetto – Sono queste le principali ragioni che generano la nascita di una *Wahlverwandtschaft* e che, di conseguenza, ci inducono a propendere per un *cambiamento radicale d'interlocutore*: è assai difficile avvicinarsi alla produzione della legge, ma lo è meno conversare con chi la applica (giurisprudenza ordinaria, onoraria, avvocatura), con chi la studia e, ancor di più, con chi la controlla e/o con chi la dirigerà *aldilà* dei confini nazionali.

Questo nuovo progetto – parzialmente in corso –, affiancando al dialogo classico *scienza/politica* uno scambio assai più corposo con gli interlocutori appena individuati, ha le caratteristiche per provocare una rivoluzione sensazionale contro un legislatore stanco e pasticione. L'esperienza dell'ultimo decennio ha addirittura fatto emergere l'esistenza di una classe politica che, banalizzando dispute ormai antiche in tema di separazione dei poteri, ha sferrato poderosi attacchi mediatici contro coloro che le precludono la produzione di "diritto illegittimo". E' nostra opinione che l'attività della Corte costituzionale non abbia mai ostacolato, e non ostacoli oggi, gli interventi della maggioranza²³⁸, nemmeno di quella assoluta *ex art. 187 Cost.*²³⁹; al contrario, seppur con strumenti non ottimali a

²³⁸ Ciò, non è accaduto nemmeno con la sent. n. 361 del 1998.

²³⁹ Si veda, sul punto, la sentenza 1146 del 1988 con la quale la Consulta ha ritenuto esperibile il controllo di costituzionalità sulle leggi di revisione costituzionale sia per vizi formali che per quelli sostanziali.

disposizione, essa si è limitata e si limita a *resistere contro la proliferazione di disposizioni (o d'interpretazioni) illegittime per eccesso o per difetto, realizzando quella massima subordinazione della politica al diritto, all'interpretazione e al sapere, che costituisce il cuore della contemporaneità e l'obiettivo principale di una scienza penale davvero utile.*

Le acquisizioni scientifiche non possono che trovare sfogo presso coloro che giudicano la bontà della legge ordinaria; ma per questo serve una Corte – come quella italiana, la CorteEDU, *etc.* – dotata, da sempre, degli strumenti necessari per valutare nel merito il contenuto scientifico delle regole. La loro libertà di manovra è così fondamentale che anche l'eventuale inserimento nella Carta del rispetto assoluto delle “verità” scientifiche da parte dello Stato potrebbe, mediante l'introduzione di un vaglio di costituzionalità solo formale, costituire un'imposizione vana: questo, ad esempio, è il tragico caso dell'Ungheria²⁴⁰.

L'idea di un *governo dei giudici che sovrasta indebitamente la politica* – e ci avviamo alla conclusione – non coglie quindi nel segno.

Come abbiamo cercato di dimostrare la *giurisprudenzializzazione* dei diritti e dei principi fondamentali non sostituisce l'azione politica, ma la integra inevitabilmente. L'attività delle Corti, in molti casi, ha addirittura democraticizzato situazioni instabili – quella europea, con la Carta dei diritti fondamentali equiparata giuridicamente ai trattati, ne costituisce l'esempio più lampante – o mantenuto, con il riconoscimento dei diritti della persona e dei principi del diritto contemporaneo, il corretto equilibrio di democrazie in serio declino. Essa ha consentito di riempire parzialmente il *gap* esistente tra cittadino, Parlamento e Costituzione, creato dall'individualismo più sregolato e da partiti politici incapaci ma

²⁴⁰ La Costituzione ungherese del 2011 contiene un articolo di questo tenore: “*Lo Stato non ha il diritto di decidere su questioni attinenti a verità scientifiche; solo gli scienziati possono avere il diritto di valutare le singole ricerche scientifiche*”. Tuttavia, (anche) per evitare che questa libertà potesse sfociare in un rigetto di opinioni in tema di diritto criminale il governo attuale ha deciso di ridurre la Corte costituzionale a organo dotato di poteri di controllo solo formali.

totalizzanti al punto da impedire *di fatto* lo sviluppo di strutture civili (associazioni, *etc.*) libere e con finalità pubbliche.

Non vi è più un solo corpo intermedio tra cittadino e istituzioni, se non la giurisprudenza. Nemmeno la legge (penale) lo è più nella sostanza²⁴¹.

Le “novità istituzionali” o i cambiamenti di paradigma di cui abbiamo parlato non sono per noi spiegabili nemmeno con l’idea di una necessaria *ridistribuzione dei poteri*²⁴²: non sono i *poteri* a dover essere (o a essere stati) ridimensionati, rivisti, travolti o riassegnati, ma i *saperi* (diritti, principi, valori condivisi, *etc.*) a dover circolare. In un orizzonte dove *legislazione* e *giurisdizione* devono rendere conto alla Carta (dei diritti fondamentali, costituzionale, *etc.*), non vi è spazio per alcun rapporto di forza.

6. Primo assioma: non ogni bene giuridico è penale. Verso la concretizzazione di criteri vincolanti – L’offensività in astratto, quale principio penalistico prescrittivo di rilevanza costituzionale, comunica al legislatore che *non ogni bene giuridico è di rilievo penale*. Una volta sbarrata la strada a teoriche che intendono desumere il bene dalla disposizione o accettare l’esistenza di divieti privi di esso, non ci si può che rivolgere alla Carta fondamentale: unica fonte, questa, capace di penetrare nel cuore del diritto criminale e di comunicarci quali caratteristiche deve possedere una disposizione²⁴³.

Questa constatazione costituisce il nucleo più intimo del progetto bricoliano che tutti conosciamo; tuttavia, sul “come” realizzarlo sono nel tempo subentrati problemi non di poco conto.

Affermare “... *il diritto penale tutela solo beni di sicura rilevanza costituzionale*” non significa, secondo la nostra impostazione, condividere l’esistenza di

²⁴¹ Contrario, fra gli altri: RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche*, cit., p. 573. L’affermazione è ripresa citando Ramacci (v. nota 1 del lavoro citato).

²⁴² Cfr.: RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 62. Per i penalisti, tra gli altri: STEA, *L’offensività europea come criterio di proporzione dell’opzione penale*, in *Arch. pen.*, III, 2013, p. 904.

²⁴³ In questo senso, oltre a: BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela* p. 26; anche: J. J. GONZALES RUS, *Bien Juridico*, cit., *passim*.

una gerarchia chiara e precisa dei beni interna alla Carta. Graduatoria, questa, possibile solo per *macro-categorie (diritti inviolabili/altri diritti)* o per categorie intermedie mediante l'utilizzo dei valori²⁴⁴, ma comunque non

²⁴⁴ Che la Costituzione del 1948 non contenga *macro-valori* riconosciuti e condivisi capaci di orientare l'interprete nel bilanciamento dei singoli beni giuridici è una falsità. La ricerca di principi fondamentali capaci di unire ideologie tanto diverse – da quella marxista a quella dossettiana – risultava l'unica strada percorribile in sede costituente: eravamo davanti alla sintesi più importante di tutti i contenuti positivi delle ideologie del 1800/1900, un *unico meraviglioso insieme di promesse di libertà dal contenuto anche giuridico, non solo politico, da difendere ... fino alla resistenza*. Con un'accurata lettura del testo costituzionale, ad esempio, è dato scorgere almeno due *valori-obiettivo* generalissimi che del sistema costituiscono, al contempo, finalità e *ratio* fondativa. Un nucleo duro del *sensu costituzionale*. Tra queste il primo è quello implicito negli art.li 2 e 3 Cost. ed implicato in tutti i principi della prima parte: *la piena realizzazione della persona umana concretantesi nella sua inevitabile relazionalità e nella sua intrinseca solidarietà*. Il fatto che la finalizzazione esplicita sia stata cancellata nel progetto definitivo non significa nulla. L'articolo originale recitava: *“per tutelare i principi inviolabili e sacri di autonomia e dignità della persona e di umanità e giustizia fra gli uomini”*. Moro, dopo aver sostenuto che *“queste espressioni possono apparire ridondanti e non confacenti alla natura stringata di un articolo di legge costituzionale”* ha contribuito alla sua eliminazione, ma solo per snellire non per intenderlo diversamente. Il combinato disposto dei due articoli (2 e 3 Cost.) non è stato un semplice accordo, il loro contenuto fu tracciato col consenso unanime di tutte le componenti politiche. Ruini, addirittura, intervenendo in veste di Presidente della Commissione per la Costituzione, sentì l'esigenza di pronunciare con riferimento all'art. 2 Cost. (ma il discorso solletica implicitamente anche l'art. 3) queste parole: *“ormai si è realizzata un'unanimità che non è un compromesso”*. Due articoli meravigliosi dove si parla di obiettivi fondamentali come lo sviluppo della *democrazia*, del *lavoro*, della *sovranità popolare*, della *solidarietà* (politica, economica e sociale), della *dignità umana*, della *libertà* e dell'*uguaglianza*, ma anche del *riconoscimento di diritti inviolabili*, imm modificabili se non con un colpo di stato e pre-esistenti. Il potere costituente li *riconosce* (non li crea), ancor prima di garantirli col *Judicial review*. In secondo luogo, ci pare che la Carta costituzionale presupponga un secondo valore-guida, una specificazione-funzionale e garantista del primo: *la tutela individuale, o collettiva, di esseri umani in situazione di minoranza*. La Costituzione non protegge la maggioranza dalla minoranza o da sé stessa, ma solo la minoranza da quest'ultima. I più, già concettualmente, godendo della *forza politica*, non avranno mai seriamente bisogno della Costituzione, mentre i pochi si troveranno sempre a dover rispettare regole tendenzialmente in contrasto coi loro diritti. E' per coloro che *non possono opporsi alla maggioranza, o possono ma senza incidere*, che è *“pensata”* la Costituzione. Qualsiasi imposizione morale o sociale sorretta dalla maggioranza del popolo ma contraria ai valori, e quindi ai principi che li prescrivono, cristallizzati nello spirito della Costituzione è tirannica. Il tema è complesso, ma queste brevi riflessioni sono per noi sufficienti allo scopo.

davvero risolutiva perché geneticamente suscettibile di bilanciamento. Non significa nemmeno pretendere di poter catalogare tali beni (*direttamente o indirettamente*) all'interno della Costituzione materiale, quanto piuttosto di contemplare la protezione di interessi *non incompatibili* con tutti quei principi penalistici espressi nella Costituzione – art.li 2, 3, 7, 8, 13, 19, 22, 13, 25, 27 commi 1 e 3²⁴⁵ – che edificano, insieme, il volto ancora attuale del bene giuridico tutelabile.

Le critiche alla *lettura forte della teoria costituzionalmente orientata dell'illecito* penale hanno contribuito sicuramente al rallentamento dello sviluppo dell'offensività; ciò nonostante, il nucleo fondamentale di quel progetto risulta (non solo in Italia²⁴⁶) in piena espansione.

La scienza penale sembra oggi trovarsi d'innanzi a una scelta: abbandonare il progetto, proseguirlo ostinandosi a dimostrare l'esistenza di una Costituzione-codice o promuovere lo studio del Codice-Costituzione, aiutando così la Consulta *nell'eterno cammino* verso l'accoglimento delle declinazioni contemporanee dei principi²⁴⁷.

Il continuo della nostra trattazione sarà orientato alla dimostrazione che lo sviluppo di quest'ultima alternativa costituisce la strada qualitativamente preferibile, oltre che l'unica davvero percorribile, in quanto *il solo criterio vincolante in tema di selezione dei beni è il rispetto dei principi*.

6.1. La plurioffensività interna – La Consulta, come prima cosa, dovrà presto o tardi espungere dal sistema anche le prassi contrarie al volto costituzionale del diritto penale: prima fra tutte, la “nuova” idea di *plurioffensività interna*.

²⁴⁵ Gli art.li 2, 3, 7, 8, 19, 22 Cost. sono quelli sui quali la Consulta ha ricostruito il principio di laicità. Cfr. Corte cost., sent. n. 203 del 1989.

²⁴⁶ L'idea di Franco Bricola è stata oggetto di studi (e critiche) in diverse parti del mondo così numerosi da rendere difficile ogni ricostruzione. Ad ogni modo, a mero titolo di esempio: in Spagna (vedi MANES, *Il principio*, p. 73 nota 74), in Messico (v. RAÚL GONZALES-SALAS CAMPOS, *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 38, spec. nota 101, p. 42), ma non in Germania dove la dottrina principale più che non condividerla, ignora l'esperienza italiana.

²⁴⁷ Propone queste soluzioni: DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 56 e 60.

Che un illecito possa risultare plurioffensivo è comprensibile, a patto però che tale plurioffensività rimanga *necessaria* o *esterna al diritto penale*.

Con la plurioffensività esterna al diritto penale intendiamo indicare l'offesa anche non strettamente penalistica: una condotta corruttiva può rilevare anche sotto un profilo civile, erariale, tributario o amministrativo in genere. Da qui, tra le altre problematiche, quella del *ne bis in idem* penale/amministrativo con riferimento a illeciti *borderline* come la manipolazione del mercato (d.lgs. 58/98), *etc.*

La diversa plurioffensività necessaria – metodo di costruzione della fattispecie penale, questa, geneticamente in *bonam partem* – concerne fattispecie (come, ad esempio, l'art. 628 c.p.) che necessitano di due o più offese contemporanee, non alternative: per rimanere nell'esempio appena citato, non vi è rapina senza lesione congiunta al patrimonio e alla libertà individuale della vittima.

Tuttavia – questo è il punto – la giurisprudenza ha “creato” l'istituto della *plurioffensività interna e alternativa*: un mezzo con cui manipolare il contenuto dell'offesa o, a seconda dell'impostazione seguita, evadere dalla tipicità²⁴⁸ e risolvere le situazioni nelle quali il giudice intende condannare l'imputato ma non può affermare l'esistenza di una, seppur minima, messa in pericolo o lesione del bene giuridico tradizionalmente collegato al tipo. Così, ad esempio, la cessione di sostanze prive di principio attivo metterebbe in pericolo (anche) l'ordine pubblico o l'educazione delle giovani generazioni²⁴⁹, il mendacio su riserve occulte *extra-bilancio* di bassissimo valore metterebbe a repentaglio l'ordine pubblico²⁵⁰ e un peculato quantitativamente ridicolo o momentaneo delineerebbe una condotta offensiva per il buon andamento della P.A. o,

²⁴⁸ Espressione presente in VASSALLI, Relazione di sintesi, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 325.

²⁴⁹ Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 24 giugno 1998, Kreml, in *FI*, 1998, II, p. 760 ss.

²⁵⁰ Sul punto, molto indicative: Trib. Torino, 9 aprile 1997, Romiti, Mattioli, in *Foro it.*, 1998, II, 657 ss; poi ripresa dalla Corte d'Appello di Torino, 28 maggio 1999, Romiti, Mattioli, *ivi*, 2000, p. 99 ss..

peggio, per la violazione del dovere di fedeltà che caratterizza ogni attività del pubblico agente²⁵¹.

Questo *trend* certamente illegittimo impedisce ogni previsione inerente l'effettiva offensività di una qualsivoglia condotta tipica. Il cittadino non è messo nelle condizioni di comprendere *ex ante* se la sua azione od omissione, pur corrispondendo in astratto a un tipo penale presente *nel* (o *fuori dal*) Codice, potrà ragionevolmente essere considerata inoffensiva dal giudicante.

Il problema è serio, perché esistono numerose attività – anche assai “normali” e poste in essere da autori “normali” – astrattamente conformi al tipo, ma generalmente inoffensive.

6.2. I beni diffusi o superindividuali – Altro attacco diretto alle potenzialità dell'offensività, questa volta nella sua declinazione astratta, è la strutturazione di fattispecie poste in protezione di beni giuridici “superindividuali” o “diffusi” direttamente non offendibili (es. reati economici). Per evitare la palese illegittimità di siffatte tutele fondate su un pericolo non effettivo ma *presunto* si è deciso di riconvertirle fondandole sul modello dell'offensività e, al contempo, predisponendo una scissione teorica tra lo scopo della tutela (il macro-interesse *finale*) e lo strumento (il bene, appunto, c.d. *strumentale*). La *seriazione dei beni*²⁵², anche se complica enormemente la verifica del coefficiente d'offensività della fattispecie, non risulta per noi di per sé attività costituzionalmente illegittima²⁵³, ma lo diviene quando difetta di un nesso di strumentalità fondato su conoscenze empiriche o connessioni funzionali dimostrabili, sicure, certe. Si può proteggere il patrimonio diffuso o il risparmio (art. 47 Cost., *bene finale*)

²⁵¹ Cfr.: Cass. pen., se. VI, 24 marzo 2005, La Rosa, in *GD*, n. 20, 2005, p. 64 ss.

²⁵² Assai lucida sul punto la ricostruzione di: FIORELLA, *Reato in generale*, in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 797 ss.

²⁵³ Qui la distanza dal modello bricoliano si percepisce: egli ricordava, infatti, come il principio di offensività di rango costituzionale concernesse l'oggetto di tutela e non quella operante come lo scopo della medesima. Cfr.: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit. p. 71.

predisponendo fattispecie intermedie in protezione della trasparenza societaria (il vecchio art. 2621 c.c., false comunicazioni sociali, *interesse strumentale*)²⁵⁴, come è possibile proteggere la veridicità dei documenti contabili (*interesse strumentale*) per salvaguardare l'Erario (art. 53 Cost., *bene finale*) dall'evasione fiscale piuttosto che la sicurezza alimentare della consumazione del prodotto (*interesse strumentale*) per proteggere la salute pubblica (*bene finale*). In questi casi, come anche in tanti altri, il rischio è empiricamente verificabile, almeno rispetto ad alcune categorie di consumatori, con giudizi *ex ante* su *base parziale*²⁵⁵.

Tuttavia, quando si perde di vista il *bene finale* quale unico vero oggetto della tutela e ci si concentra su costruzioni del precetto fondate sulla presunzione assoluta e su mere mancanze concernenti azioni a contesto lecito di base o non – quindi sull'assenza di provvedimenti amministrativo-abilitativi, autorizzazioni²⁵⁶, di concessioni, sull'inosservanza di provvedimenti della p.a., *etc.* – in protezione di *beni intermedi*, senza dare il giusto spazio al *nesso di strumentalità* e ignorando qualsivoglia criterio (*oggettivo* e *soggettivo*) di concretizzazione dell'offesa, allora si abbandona il metodo scientifico per dar sfogo all'enfasi politica (*legislativa* o *giudiziaria* che sia)²⁵⁷. L'esigenza d'impostare una forte connessione (o un *nesso di offensività*) tra bene finale e bene strumentale – una approccio, questo, estremamente Bricoliano nel suo genere²⁵⁸ –

²⁵⁴ Sul punto, ampiamente, ancora: MANES, *Il principio*, cap. III, § 2. 3, 5.

²⁵⁵ Cfr.: DONINI, *La salute pubblica e la sua sicurezza come oggetto della tutela penale*, relazione "La riforma del codice penale", Verona, 17-18 giugno 2005, p. 10 ss. del dattiloscritto.

²⁵⁶ Emblematico, in materia di beni culturali, l'art. 169 D.Lgs n. 45 del 2004 posto a tutela dell'integrità del patrimonio artistico e culturale. Questa disposizione si fonda letteralmente sull'assenza della mera autorizzazione a rimuovere o restaurare il bene culturale, la norma ritiene punibile la condotta anche in casi di restauro effettivamente eseguito "a regola d'arte" (cfr. Cass. pen., sez. III, 11 novembre 1999, Mariani, in Cass. pen., 2001, p. 617 ss.). Qui, piuttosto che ammettere l'esistenza dei caratteri di una mera disubbidienza, la giurisprudenza arriva ad introdurre un bene intermedio (funzione di controllo degli organi amministrativi competenti).

²⁵⁷ Chiaro sul punto, ancora una volta: MANES, *Il principio*, cit., p. 90.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 95.

s'intreccia inevitabilmente con la necessità di verificare le tecniche di tutela costituzionalmente legittime; anzi, da esse dipende di fatto la legittimità della costruzione in parola²⁵⁹, ma di questo parleremo oltre (v. § 7).

Se il collegamento tra *bene strumentale* e *bene finale* viene a mancare, allora il primo da "intermedio" diviene "autonomo" e dal *bene giuridico* si regredisce ad una *tutela di funzioni*²⁶⁰ capace, se non opportunamente controllata²⁶¹, di degenerare in tutela di condotte inosservanti di qualche disciplina di settore; così facendo si riconsegna al legislatore un potere svincolato dalla tutela dei beni o dal volto costituzionale di essi²⁶² capace di generare un diritto con finalità esclusivamente promozionali, di partito o organizzative²⁶³.

6.3. L'innesto della sola prevenzione generale all'interno della condotta

– L'idea della protezione di beni e l'offensività, controllando i margini verticali di sussidiarietà, oltre che quelli orizzontali di frammentarietà, forniscono – in negativo – un volto specifico alle tecniche di tutela non penalistiche. Considerare legittima una costruzione strumentale

²⁵⁹ DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 123; ID, *La riforma del codice penale*, p. 512; PULITANÒ, *diritto penale*, p. 145; PALAZZO, *Principi costituzionali*, cit., p. 382; MANES, *Il principio*, cit., p. 100.

²⁶⁰ Nota questo passaggio: DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 117.

²⁶¹ Il tema del controllo della tutela di funzioni compare in numerosi contributi: per tutti, solo a titolo di esempio, si v.: CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *RTDPE*, 1997, p. 637 ss.; MANES, *La tutela penale*, in *AA.VV., Il diritto dei beni culturali*, Barbati-Cammelli-Sciullo (a cura di), cit., pp. 219 ss., 237 ss.

²⁶² Sulla necessità di non legittimare beni creati dal legislatore *ad hoc*, già: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit. p. 17.

²⁶³ Questa "scelta" è fondamentale nel progetto bricoliano, tuttavia la sua matrice non si presenta affatto come "politica" (v. di questa sbagliata opinione: MUSCO, *L'illusione penalistica*, poi anche: MANES, *Il principio*, p. 105), ma *scientifica* perché inerente lo sviluppo della sussidiarietà come principio. L'organizzazione, così come la promozione politica potrà riguardare al massimo – ma anche su questo esistono delle riserve – il diritto amministrativo.

dell'illecito tipica del diritto amministrativo significa, in primo luogo, generare problemi assai seri anche in punto di *legalità*.

Non si può pretendere di banalizzare – o di svalutare *tout court* – il disvalore contenutistico dell'illecito senza *polverizzarne* il precetto²⁶⁴.

Quando si proteggono mere funzioni amministrative o si esalta l'intervento penale per combattere l'inosservanza di provvedimenti settoriali, si è obbligati ad infarcire oltremodo la disposizione penale di rinvii (*formali* o *sostanziali*), oltre che di antiggiuridicità *sub-legislativa*, e a scolpirla su obblighi di *facere* o di *non facere* direttamente dipendenti da provvedimenti amministrativi, fonti ministeriali, regolamenti, *etc.*; questi ultimi non rimangono specificazioni tecniche dell'illecito, ma ne divengono il cuore pulsante²⁶⁵: l'oggetto.

Per comprendere davvero chi, tra il bene giuridico e il provvedimento sublegislativo, fonda questi tipi d'illecito basta sottrarre mentalmente da essi la "specificazione tecnica" e vedere cosa *non* rimane, provare a comprenderne il precetto che *non* resta. Normalmente, sottraendo mentalmente una specificazione *sub-legislativa*, il precetto dovrebbe restare saldo, ben chiaro e distinguibile, così come il suo *oggetto*.

Nei casi in violazione dell'offensività questo non accade: eliminando l'aggressiva integrazione *extra-penale* non rimane nulla perché si dissolve l'intero disvalore del fatto. Su norme caratterizzate da minimi coefficienti di offensività e precetti inconsistenti, poi, non si può nemmeno esigere un modello di responsabilità orientato alla valorizzazione della colpevolezza. L'antisocialità del fatto sfuma divenendo impercettibile e l'unico modo per comprendere queste norme a condotta neutra è il loro studio: così s'impone implicitamente al cittadino la conoscenza delle centinaia di disposizioni penali presenti nel nostro sistema, delle migliaia di condotte in essi contenute e dei milioni di orientamenti giurisprudenziali (legittimità e merito) esistenti. Non è tutto. Posti i repentini e spesso imprevedibili mutamenti giurisprudenziali, non pare comunque possibile

²⁶⁴ Sul punto molto bella l'analisi di: PALIERO, *Minima non curat*, p. 99 ss.

²⁶⁵ Sul punto v.: DONINI, voce *Teoria del reato*, cit. p. 52.

mantenersi del tutto fuori dall'area a rischio processo. L'azione dolosa scolorisce nel contenuto di quella colposa e quest'ultima viene a coincidere con una *culpa iuris* spesso inevitabile. In altre parole, posto che un tale giudizio varia caso per caso, *da un fatto è possibile ricavare un fanta-illecito (doloso o colposo e) colpevole all'insaputa del tipo di autore normale, spesso già perfettamente integrato nel contesto sociale, che il legislatore intende criminalizzare con l'innesto della prevenzione generale nel fuoco dell'azione o dell'omissione.*

Da tali situazioni derivano imbarazzi non solo sostanziali, ma anche processuali: alla luce dell'art. 111 Cost., ad esempio, quale tipo di processo si potrà formare? Quale valore avrà il dibattimento? Su cosa verterà il contraddittorio, se non sulla prova dell'esistenza dell'azione o dell'omissione (oggettivamente e soggettivamente) tipica?

7. Secondo assioma: non ogni forma o modalità di offesa di beni è penale. I criteri per l'individuazione di un'offensività pregnante nel modello del pericolo astratto o presunto: tra l'oggettivo, il soggettivo e il nesso di rischio. Esempi – Accanto alla strutturazione del volto del bene giuridico penalmente non tutelabile, il principio di offensività contiene la fondamentale discussione sulle *tecniche di tutela legittime*, comprende a sua volta la valutazione delle *modalità di lesione*, dei relativi elementi soggettivi modali, nessi di rischio e disvalori di evento, capaci (insieme) di definire il volto del penalmente rilevante. Procediamo per gradi.

7.1. L'illecito come modalità di lesione tra disvalore d'azione e disvalore d'evento. Il finalismo minimo: "Vorsatz nicht mehr zur Schuld, sondern zum Tatbestand" – L'illecito penale, almeno a nostro parere, non è un illecito di *mera lesione* ma di *modalità di lesione*.

Tale affermazione necessita di qualche specificazione in ordine alla sua cultura di riferimento.

Essa, come largamente noto, trova la sua radice concettuale nel finalismo welzeliano²⁶⁶ e della concezione personalistica del torto: la *personale Unrechtslehre*.

Senza alcuna pretesa di completezza, possiamo dire che lo svolgimento di un'azione secondo Welzel risultava qualcosa di più di una mera relazione causale, era un nesso teleologico capace di riflettere alcuni precisi significati. Il lato "visibile" dell'azione doveva rimanere in stretto collegamento con la persona che la poneva in essere: l'evento che essa produceva avrebbe dovuto dipendere dall'autodeterminazione dell'Io. Da qui la trasposizione di tali acquisizioni filosofiche all'interno del diritto penale: oltre alla ricomposizione delle categorie classiche, il pensatore sferrava uno dei più forti attacchi contro il bene giuridico; entità, questa, collegata al dogma causale per eccellenza. Era il comportamento sociale immorale vietato che costituiva l'unico disvalore davvero comune alle fattispecie penali, non il bene giuridico; o non solo, almeno.

Il diritto penale – questo era ed è il nucleo più intimo del finalismo – non interviene per tutelare beni giuridici, ma per difendere gli elementari valori etico-sociali di Gisenung; la tutela dei beni esiste ma rimane indiretta. Esso non può consistere in un intervento mosso dal mero calcolo utilitaristico-meccanicistico, ma deve comporsi in un contributo alla formazione della coscienza collettiva. Servono atteggiamenti interiori rispettosi verso i beni giuridici, non solo esterni, di facciata.

Numerosi autori tedeschi successivi – Zielinski²⁶⁷, Gallas²⁶⁸, Hirsch²⁶⁹, Horn²⁷⁰, Jescheck²⁷¹, Rudolphi²⁷², Schünemann²⁷³, Stratenwerth²⁷⁴, e molti altri – hanno prodotto pagine essenziali, e talvolta anche critiche, per l'evoluzione dell'intuizione in parola.

²⁶⁶ Per tutti, in lingua italiana, il primo scritto: WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 3 ss.

²⁶⁷ *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973.

²⁶⁸ *Zur Struktur des Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, 1979, p. 155 ss.

²⁶⁹ *Der Streit um Handlungs und Unrechtslehre*, in *ZStW* 93, 1981, p. 831 ss.

²⁷⁰ *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973.

²⁷¹ *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff*, in *Festschrift für E. Wolf*, 1962, p. 473 ss.

²⁷² *Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für R. Maurach*, 1972, p. 51 ss.

²⁷³ *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft*, in *GA*, 1985, p. 341.

²⁷⁴ *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, in *Festschrift für F. Schaffstein*, 1975, p. 177 ss.; ID., *Handlungs und Erfolgsunwert im Strafrecht*, in *SchwZStr*, 79, 1963, p. 233 ss.

La concezione finalistica *forte* dell'azione sposta dunque tutta la teoria generale del reato verso orizzonti a tratti forse eccessivi per noi: tale lettura informa, modificandoli nella loro essenza, istituti come l'errore di diritto, il tentativo, il concorso di persone, dolo e colpa, *etc.*

Ora, che a Welzel sia, con la tesi del *finalismo forte o idealistico* di matrice Hegeliana²⁷⁵, "scappata la mano" trasformando la concezione personalistica dell'illecito in una tutela totalmente indipendente dal bene giuridico è un dato di fatto: non si può scivolare all'interno di un diritto penale che non conosce il *fatto commesso*, all'interno di uno *Strafrecht* del solo atteggiamento interiore o del solo autore. Qui le preoccupazioni di Karl Binding, francamente, colpivano nel segno²⁷⁶.

Tuttavia, non ogni aspetto del finalismo è pericoloso, non tutto è da considerare un vecchio rifiuto radioattivo.

Che il disvalore d'azione componga, insieme al disvalore d'evento, l'illecito è uno dei lasciti del finalismo che ci sentiamo ad esempio di condividere.

Ci pare un'evidenza fenomenologica irrinunciabile.

Quanto al loro sviluppo (*contenuti + rapporti reciproci*), nota è la prevalenza – diciamo pure *l'assoluta prevalenza* – del secondo sul primo all'interno della scienza penalistica italiana durante tutto il Novecento²⁷⁷.

Rinviando a coloro che hanno approfondito prima (e meglio) di noi le origini di questo fenomeno, pare utile in questa sede sottolinearne un aspetto per noi davvero decisivo.

Parte del *misunderstanding* in parola viene costantemente alimentato da almeno due credenze ormai mitologiche concettualmente inscindibili: la prima concerne la sensazione di trattare non con un disvalore d'azione, ma con il solo disvalore tipico di un certo finalismo, quello di pura

²⁷⁵ Cfr.: HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1820, spec. §§ 117 e 118, in *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato*, Bombiani, 2006.

²⁷⁶ BINDING, *Die normen*, cit., II ed., 1914, v. II, p. 232.

²⁷⁷ Esemplare sul punto: N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.

intenzione; la seconda riguarda la paura che tale disvalore finalistico forte, assorbendo totalmente l'idea del reato come lesione o messa in pericolo del bene giuridico protetto, produca *flashback* indesiderabili raffiguranti il momento più buio dell'Europa Novecentesca.

A nostro sommo parere, questo susseguirsi di preoccupazioni si concentrano su di un problema parzialmente inesatto.

D'altra parte, nemmeno la maggior parte dei finalisti tedeschi (ma anche italiani) *post-welzeliani*, seguono la versione idealistica della teorica in analisi, ma quella *concreta* o *debole*: essi, così come noi, concentrano i loro studi di teoria generale del reato *sull'appartenenza di dolo e colpa al tipo*²⁷⁸ e non chiudono gli occhi davanti all'esistenza di un disvalore d'azione (ma non dell'atteggiamento interiore) che caratterizza quello d'evento.

Ebbene il contributo contemporaneo del finalismo, ci riferiamo sempre a quello *debole o concreto*, non è esattamente uno *slogan* o un luogo comune o, più semplicemente un contenitore vuoto più che altro utile per convincere il legislatore penale a tipizzare meglio le fattispecie²⁷⁹. Certo, Franco Bricola non sbagliava²⁸⁰ di certo quanto, pur sottolineando alcune preoccupazioni, evidenziava il rapporto tra quest'ultima esigenza e il finalismo. Ma non è tutto qui, non è *solo* una questione di tassatività-determinatezza.

Se l'illecito fosse davvero composto dal *solo* disvalore d'evento non avrebbe senso prevedere i punti 1 e 3 dell'art. 133, prima parte, c.p., lasciare al diritto privato la sanzione d'inadempimenti contrattuali milionari, *etc.*, così come non avrebbe senso punire, anche in misura sempre minore, il tentativo di delitto: lì l'evento naturalistico, per definizione, non c'è (!). Non solo, estremizzando il *focus* sul disvalore d'evento ci si esporrebbe alla legittimazione della responsabilità oggettiva: una "responsabilità da fatto incolpevole"

²⁷⁸ Per primo, WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 31. Per gli italiani contemporanei, v.: DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*, ma già anche nella prefazione, p. VIII dove è possibile leggere: "Dolo e colpa, quindi, non si identificano affatto con la colpevolezza, pur incidendo significativamente, per tipologia e gravità, sul suo contenuto".

²⁷⁹ Rileva la presenza di queste impostazioni, tra gli altri: MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 798.

²⁸⁰ Per la riflessione in tema di *tipicizzazione/finalismo*, v.: Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p. 50 e p. 64 dell'estratto.

alla quale non interessa il disvalore sociale del gesto e dove l'evento viene infatti addebitato sulla base del solo nesso materiale; dunque, a prescindere da ogni collegamento con l'elemento soggettivo. Oltre a dolo e colpa, comprese le loro varie stratificazioni (eventuale, diretto, di secondo grado, di primo, *etc.*), almeno per noi – e per la Corte costituzionale – *tertium non datur*.

Un punto deve comunque rimanere fermo: solo un bene giuridico di rilevante "peso" sociale, preesistente, di statura costituzionale e non incompatibile con tutti i principi penalistici presenti nella Costituzione, *etc.*, può sperare di ricevere una protezione penale. Il contenuto oggettivo del disvalore del reato è una premessa alla scelta delle note modali (oggettive o soggettive).

Infatti, per l'operatività della frammentarietà interna, non ogni condotta offensiva per un bene giuridico così inteso è presa in considerazione dal diritto penale, ma solo quello che si concretizza con certe modalità tipiche a offensività pregnante. E' proprio da qui che l'illecito penale intraprende sentieri che gli altri tipi d'illecito (civile, amministrativo, *etc.*) non intendono percorrere.

Se il diritto penale fosse davvero attento al solo evento, perché mai dovrebbe occuparsi di un furto da tremila euro e lasciare al diritto privato un inadempimento contrattuale da dieci milioni di euro? Anche a parità di danno (es.: un milione di euro) al medesimo bene giuridico (patrimonio), quale differenza intercorre tra un furto e un inadempimento contrattuale, se non le modalità di lesione dell'interesse stesso?

L'unica tecnica descrittiva davvero ammessa nel diritto criminale, almeno come obiettivo, rimane quella particolareggiata, quella dove la rilevanza dell'offesa dipende strettamente dalle *modalità* che la concretizzano (il modello classico rimane, per intenderci, quello dei reati contro il patrimonio).

Se è vero che la rilevanza dell'interesse tutelato condiziona (così come la tecnica) anche la forma di tutela, è parimenti vero che l'illecito è di *modalità di lesione* anche se causalmente orientato, quindi a forma libera, plurisoggettivo o solo tentato. Non è possibile in questa sede sviluppare tutti questi argomenti, tuttavia è bene comprendere l'esistenza di note oggettive, ma anche soggettive, che tipicizzano queste varietà d'illecito sin dall'inizio. E' un dato di fatto che l'offesa al bene giuridico possa esistere nella realtà, nel mondo reale, a prescindere da una sua qualificazione come illecito civile, penale, amministrativo

e così oltre. Anche attività lecite, sotto un profilo strettamente giuridico, possono più o meno ledere o mettere in pericolo interessi sociali rilevanti.

Nel procedimento di formazione di un bene giuridico qualsiasi avviene proprio questo: spesso durante il periodo di assestamento e di diffusione dello stesso nella realtà sociale i suoi attacchi rimangono leciti o indifferenti. Solo in alcuni casi e dopo diverso tempo il diritto interviene sanzionandoli, rendendoli *illeciti*.

Pertanto, solo a fronte di determinate condotte capaci di produrre eventi sgraditi interviene il diritto penale: solamente un risultato prodotto con certe modalità (*disvalore d'azione + disvalore d'evento*) compone l'illecito.

Da qui ben si comprende come il danno sociale e la componente soggettiva dell'attività umana debbano integrarsi l'una con l'altra; il *disvalore di evento* e *disvalore d'azione* rimangono per noi due strutture portanti dell'illecito²⁸¹ dotate di piena autonomia concettuale. Quest'ultimo non sostituisce mai completamente quello d'evento (anche in senso sostanziale): i due devono coesistere e integrarsi a vicenda.

Il rispetto del garantismo non può soppiantare la ricerca dell'essenzialità dell'uomo rilegando tutti i problemi ad essa connessi all'interno della coscienza individuale, così come quest'ultima non può svolgere funzioni spirituali che non gli competono ignorando la principale ragione punitiva dello Stato²⁸².

Del resto, e concludiamo sul punto, l'offesa non può per noi essere letta globalmente, con strumenti solo *pre-welzeliani*, a prescindere da dolo e colpa impersonali, dell'azione o dell'omissione²⁸³.

Ciò che serve è solo un giusto equilibrio.

²⁸¹ L'espressione la si ritrova in DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 211. Per tutti, v.: M. ROMANO, *Commentario sistematico*, v. I, cit., p. 305 ss. (spec. p. 306). Contra, tra gli altri, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, p. 532. Riprende questa contrapposizione anche RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 596 ss. (spec. nota 47).

²⁸² In questo senso, tra gli altri, ancora M. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 306, 307.

²⁸³ Su questa linea la minoranza assoluta della dottrina italiana. Per tutti, v.: DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 36; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, BUP, 2014, p. 127. Contra, fra i tanti, v.: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 741 ss.; MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 32 ss. (spec. nota 55).

Ora, l'attenzione per le *modalità di lesione*, così come per il bene giuridico e per le tecniche di tutela, riflette inevitabilmente sensibilità verso la frammentarietà descrittiva, il diritto penale è necessariamente frammentario, e prescrittivo, il diritto penale *deve* essere frammentario²⁸⁴.

Il diritto criminale, anche senza il divieto di analogia in *malam partem* o addirittura con la positivizzazione del vecchio *mangel am tatbestand*²⁸⁵, è geneticamente frammentario, quindi anche a prescindere dalla presenza, o meno, del concetto di *rechtsgut*.

Certo è che scegliendo di proteggere beni giuridici, soprattutto se dotati di alcune caratteristiche fondamentali, la frammentarietà aumenta inevitabilmente. Tuttavia, essa non si completa affatto con la mera suddivisione dei tipi in strumenti di protezione di beni giuridici sempre più specifici; essa richiede, anche all'interno di una stessa oggettività giuridica, di selezionare le tecniche di tutela legittime (v. § 7.1.-bis) e le modalità di lesione davvero rilevanti.

7.1.-bis Focus sulle tecniche di tutela – E' ben conosciuta anche la relazione strettissima tra *bene giuridico* e *tecnica di tutela*²⁸⁶. Da qui, la volontà di verificare la possibilità di proteggere alcuni beni meritevoli di

²⁸⁴ Per primo, v.: K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Band 1, rist. della 2. Auflage, Leipzig, 1902, Aalen (Scientia), 1969, 20, anche se l'autore tedesco conia il termine per finalità opposte: rifiuto della frammentarietà interna e, quindi, eliminazione del divieto di analogia. Da ultimo, sulla frammentarietà come principio si veda il bel saggio di: VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit., (per un sunto del pensiero di Binding v. pp. 10 e 11).

²⁸⁵ La logica del *mangel am tatbestand* è una situazione ai confini della tipicità e, in negativo, attorno l'assenza di tentativo. Con essa, in positivo, il fatto rimaneva tipico anche se carente perché mancava uno o più elementi costitutivi: nella sua prima versione elementi anche essenziali, nella seconda versione, quella rivisitata, solo elementi non essenziali del tipo; in negativo, invece, purché l'assenza si riferisse ad elementi diversi dall'evento, non vi era tentativo ma consumazione. Per una disamina del tema v., tra gli altri: DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand*, Festgabe für Güterbock, 1910; G. SCHÜLER, *Der Mangel am Tatbestand (Schlettersche)*, Breslau, 1914.

²⁸⁶ Fra gli altri, GRASSO, *L'anticipazione della tutela: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 690.

tutela penale inventando pericoli scientificamente sconosciuti, erronei o impossibili oppure legittimando presunzioni di vario genere.

In altre parole e in generale, quel che s'intende in primo luogo dimostrare – lo si anticipa – è l'illegittimità costituzionale del pericolo su basi scientifiche incerte (*precauzione*, dal tedesco di *Vorsorge* o prudenza), di quello comunque non convertibile in via ermeneutica in chiave di offesa e di quello solo apparentemente concreto.

Nel fare ciò si tratterà in primo luogo delle tecniche di tutela legittime come il pericolo *concreto* e *astratto-concreto* o *indiretto*, dei limiti alla riconversione ermeneutica delle fattispecie formali o fondate sulla presunzione di pericolo ed infine del ruolo ricoperto dall'esiguità nel nostro sistema penale.

Storicamente, il diritto penale europeo-continentale nasce modellato sull'idea dell'illecito di *danno* e della *consumazione*, quindi caratterizzato da una lesione sintomatica rilevante, non di *pericolo*²⁸⁷ o *tentata*. Questo era l'esempio classico, una garanzia che favoriva la concretizzazione del primo presupposto della retribuzione pura, ovvero la proporzionalità *precetto/sanzione*; tale struttura consentiva, sia all'interprete che al legislatore, di parametrare (con tutte le difficoltà del caso) appunto il *quantum* della sanzione, astratta e concreta, su un elemento affidabile come la lesione effettiva del bene, sul *danno reale*. In questo contesto, per anticipare la tutela dell'interesse a un momento precedente la verifica di quest'ultimo – d'altra parte non si può seriamente pensare, ad esempio, di attendere la morte di un uomo per punire l'assassino – si è sviluppato lentamente un dibattito teorico²⁸⁸ e posizionato l'istituto del tentativo nella Parte generale creando un illecito a condotta

²⁸⁷ La dogmatica del pericolo è caratterizzata, prima di ogni altra cosa, da una confusione terminologica senza pari *nella (e) teoria (e) generale(i) del reato*.

²⁸⁸ Dopo un primo periodo – fino alla fine del XVIII secolo – in cui gli scritti sul tema hanno concentrato l'attenzione sull'impossibilità di punire la mera volontà, con Romagnosi (poi Nani, Carmignani e oltre) prende forma l'elaborazione scientifica italiana del tentativo (cfr.: SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, p. 15).

concretamente pericolosa²⁸⁹. Così facendo il legislatore ha voluto fornire rilievo a un pericolo generato da un'azione intesa come preliminare esplicazione lesiva del fatto meritevole di risposte sanzionatorie (potenzialmente²⁹⁰ o sicuramente) attenuate. Se è vero che il pericolo nasce col tentativo, allora – almeno nella cultura a base prevalentemente, anche se non solo, oggettivistica – esso dovrebbe caratterizzarsi per una risposta sanzionatoria geneticamente inferiore a quella che segue il danno del medesimo bene (o alla consumazione²⁹¹).

Il diritto penale può intervenire dunque anche con reati *perfetti* di pericolo. Senza approfondire oltre il profilo storico degli stessi, è qui necessario specificare come *danno e pericolo, consumazione e tentativo, lesione effettiva e lesione potenziale del bene giuridico, omicidio e tentato omicidio, furto e tentato furto, rapina e tentata rapina, lesione personale e tentata lesione personale, etc.*, convivano stabilmente all'interno della maggior parte dei Codici penali sin dal XIX° secolo.

Ciò nonostante, il substrato storico-culturale dell'epoca di riferimento non può essere paragonato a quello attuale: è nota, almeno dagli anni Settanta

²⁸⁹ Sul punto: DONINI, *Teoria del reato*, p. 173; come illecito di pericolo concreto generico, invece: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, p. 382 ss. Sul tentativo si rimanda ancora, e più in generale, alla ricerca monografica ad oggi insuperata, sia sotto un profilo storico (per il dibattito italiano spec. Cap. I) comparatistico (*passim*) che dogmatico (*passim*) e orientato ai principi (sempre *passim*), di: SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., *passim*.

²⁹⁰ Nel sistema tedesco, ad esempio, la diminuzione per il tentativo non è automatica. Per opportuni approfondimenti, v.: SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 904 ss.

²⁹¹ Sull'evoluzione storico-comparatistica della diversa (o uguale) risposta sanzionatoria nei confronti del tentativo rispetto alla consumazione, v.: SEMINARA, *Il tentativo di delitto*, cit., prima parte, *passim*. L'autore evidenzia poi un dato assai importante: "...nel panorama internazionale, la sola terra in cui la riduzione di penale per il tentativo è intesa come una scelta meditata e assolutamente laica, in quanto derivata dalle idee illuministiche, è l'Italia" [*Ibidem*, p. 300]. Sul tema siamo stati un modello anche per alcuni tedeschi [cfr.: MITTERMAIER, *Das Preußische Strafgesetzbuch, verglichen mit dem Oldenburgischen Strafgesetzbuche, mit den Erfahrungen über das Französische Gesetzbuch und mit Gesetzgebungs-Arbeiten, die dem Französischen Code nachgebildet sind, insbesondere der Italienischen Staaten, des Königreichs der Niederlande und Belgiens*, in GA, 1859 (7), p. 27 ss.; questo riferimento è presente sempre in SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., p. 301 (nota 4)].

del secolo scorso, ma forse anche in epoca precedente, l'estrema difficoltà nel (anzi, l'impossibilità assoluta di) mantenere i riflettori sui soli disvalore d'azione e disvalore d'evento di *danno* o sul solo pericolo come tentativo: il Codice del 1930, ad esempio, nasce imbibito di reati perfetti di *pericolo*, anche se la dottrina ha sollevato tale problematica solo sul finire degli anni Sessanta del Novecento in occasione del X Congresso Internazionale di Diritto Penale tenutosi a Roma nel 1969²⁹². Questa caratteristica – ci si riferisce alla presenza massiccia dei reati di pericolo nel Codice del 1930 – ha note motivazioni storiche che non è qui possibile riprendere, ma ciò che importa maggiormente è sottolineare ancora una volta come l'illecito che prescinde dalla lesione effettiva del bene giuridico, quello che non attende il danno, abbia conosciuto nel secolo scorso un'espansione senza precedenti fino a divenire oggi la tipologia di prevenzione generale più apprezzata dal legislatore; quindi, anche più frequente (!).

Discutendo di pericolo, e dunque di reati *perfetti* di pericolo, si comprende come il risultato naturalistico della condotta (attiva od omissiva) consista in una situazione fattuale a base prognostica di "probabilità" di verifica del danno. La morfologia di questo elemento di fattispecie richiede un *giudizio* capace di stabilire la pericolosità di una situazione specifica, uno o più parametri capaci di generare pronostici attendibili in merito alla probabile causazione di un avvenimento concreto e della capacità di quest'ultimo di compromettere il bene giuridico di riferimento. Ad ogni modo, la tendenza classica si è oggi definitivamente invertita e l'anticipazione generale della tutela – dogmaticamente riconducibile a numerosi istituti, quali: l'attentato, il tentativo, *etc.* – ha preso il posto della lesione costituendo il cuore contemporaneo dei principali sistemi penali. Ciò è accaduto con una progressiva espansione del tentativo²⁹³ ma anche

²⁹² Ricorda bene questo dato in sede di introduzione al volume: PATALANO, *Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo*, Napoli, 1975.

²⁹³ Pensiamo, solo a titolo di esempio, al suo rapporto con le circostanze, alla sua presunta compatibilità col dolo eventuale, a quella coi reati omissivi propri (negava

con una proliferazione senza precedenti di reati *perfetti* di pericolo, soprattutto astratto²⁹⁴.

7.2. Il contenuto del pericolo – Occorre precisare che il contenuto pregiuridico del termine *pericolo* è individuabile, almeno all'interno della cultura occidentale (*peril, Gefahr, danger, peligro, perigo, etc.*), in una situazione *lato sensu* rischiosa che viene tradotta nella nostra scienza come una relazione tra l'entità pericolosa e l'evento posteriore²⁹⁵ assai rilevante per la dogmatica penalistica di ieri e di oggi²⁹⁶, ma non determinabile in maniera universalmente valida²⁹⁷, a volte ritenuta *oggettiva*²⁹⁸ e a volte *soggettiva*, nella quale il bene giuridico viene esposto a minaccia²⁹⁹.

questa possibilità già BATTAGLINI, *Sulla rilevanza del termine nel reato omissivo*, in *Giust. pen.*, 1952; CARACCIOLI, *Condotta permanente e permanenza nel reato omissivo*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1960), all'espansione soggettivizzante dei suoi elementi strutturali (idoneità + univocità degli atti), e molti altri argomenti ancora.

²⁹⁴ Nella letteratura tedesca riconosce questa inversione di tendenza già sul finire degli anni Sessanta, tra gli altri: LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, in *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft*, Berlin, 1967, p. 8 ss.

²⁹⁵ Così ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1996, p. 36 ss. Per una evoluzione italiana e tedesca della qualificazione gnoseologica del pericolo v.: *ibidem*, p. 9 ss.

²⁹⁶ Su questo dato non vi è dubbio alcuno in dottrina. Per tutti, v.: ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, 1928, p. 117 ss.; HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, 1930, p. 31 ss.; poi, più di recente, v.: ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 1 ss. (spec. p. 2 con citazione alla nota 10).

²⁹⁷ Questa l'espressione della Corte federale tedesca del 1964 che riprende impostazioni welzeliane. Cfr.: Bundesgerichtshof, 4. Strafsenat, 15 febbraio 1963, in *Entscheidungen des BGH in Strafsachen*, 1963, p. 272; WELZEL, *Gemeingefährliche Handlungen*, in *Niederschriften über die Sitzungen der Grosse Strafrechtskommission*, Bd. 8, Bes. Teil, 1958, *passim* (spec. p. 421). Il pericolo è, come hanno avuto modo di sottolineare numerosi autori italiani del secolo scorso, uno dei concetti "*più difficili del diritto penale*" [v., per tutti: A. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 288].

²⁹⁸ La lettura oggettivizzante, sicuramente successiva rispetto a quella soggettivizzante (v. nota succ.), nasce nel pensiero di Binding [*Die normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, 1916] per estendersi su gran parte della letteratura successiva [HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikt*, Koln, 1973, p. 30; SCHROEDER, *Die Gefährdungsdelikt*, p. 2; GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, in *Festschrift für E. Heinitz zum 70 Geburtstag*, Berlin, 1972, p. 175 e altri] come

Un dato risulta di essenziale importanza: le definizioni generali di pericolo elaborate dalla principale dottrina penalistica – italiana e tedesca – del Novecento risultano costruite sul modello del pericolo c.d. concreto³⁰⁰, salvo poi subire leggere modifiche per adattare il concetto anche al pericolo astratto o presunto.

Nella lettura soggettivista classica³⁰¹, come dicevamo, essendo il *pericolo* sovrapponibile concettualmente al *timore*, contava non tanto l'oggetto verso il quale la minaccia si sarebbe diretta, ma il *mezzo* utilizzato dal *reo*: la domanda era se quest'ultimo risultasse, o meno, frenabile o limitabile

oggettivo turbamento per l'esistenza del bene giuridico, un "evento di pericolo". Per gli italiani, su tutti, v.: la prima critica di ROCCO [*L'oggetto del reato*, cit., p. 309] protesa a sottolineare come il *timore* (v. nota successiva) possa mancare nella psiche del soggetto su cui incombe realmente la minaccia di un danno; poi ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 19 ss.; RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, 1984, *passim*, (spec. p. 1363). Il pericolo non è il giudizio, ma l'oggetto del giudizio [HORN, *Konkrete*, cit., p. 32 ss., poi ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 19].

²⁹⁹ In questo senso, v.: D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, p. 12. Sulla centralità del bene giuridico con riferimento alla tematica del pericolo, tra tutti, v.: PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 3.

³⁰⁰ In questo senso, perplesso per questo *modus operandi*: PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 166.

³⁰¹ La lettura soggettivizzante del tentativo, come noto, nasce nella Germania del 1800 [per tutti: FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1904, p. 271 ss.; HALSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1884, p. 597 ss.; VON BURI, *Gefahr und Versuch*, cit., *passim*; ID., *Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch*, in *Der Gerichtssaal*, 1888, p. 528; poi, nel Novecento, v.: APPEL, *Die Verbrechen der Gefährdung von Leib und Leben nach deutschem Recht. Ein Beitrag zur Dogmatik und Geschichte der Gefährdungsdelikte*, Köln, 190, p. 11 ss. (citato anche in PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, cit., p. 169, nota 15], per poi essere importata in Italia da Civoli agli inizi del secolo scorso [*Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, p. 424 ss.], e strutturata da Ettore Gallo [*Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, p. 21: il pericolo è per l'autore un sentimento, un'emozione che trae origine dalla psiche] e altri. Seppur con qualche approssimazione, l'idea-base dei soggettivisti concerneva la chiara sovrapposizione tra *pericolo* e *timore*; non vi sono dati oggettivizzabili capaci di far emergere una situazione di pericolo, ma solamente sensazioni provate da coloro che percepiscono la minaccia di un danno.

dalla mano stessa del colpevole, diceva Francesco Carrara³⁰². L'evento veniva completamente espunto da un certo soggettivismo forte e la certezza del diritto ne usciva gravemente compromessa³⁰³, questo è il primo punto.

Binding e altri oggettivisti tedeschi recuperavano invece, già agli inizi del 1900, la centralità del bene giuridico, intendendo il pericolo come un suo oggettivo turbamento diverso sia dalla lesione (reati di danno), per ovvie ragioni, che dalla mera disubbidienza; perché in quest'ultimo caso il pericolo costituiva la *ratio* dell'incriminazione, non un'effettiva aggressione al bene protetto dalla stessa.

L'istituto si oggettivizzava, trasformandosi – con tutto quel che ne consegue – in un *evento* capace di individuare realtà esistenti in *rerum natura* e d'infondersi nel tipo come elemento normativo³⁰⁴. Le critiche insuperabili a cui queste due letture radicali sono andate incontro hanno provocato un cambio altrettanto radicale di prospettiva: il pericolo non è né solo *timore* né solo *evento*, ma *essenza relazionale*, ovvero, come dicevamo in apertura (v. anche nota 260), un rapporto tra una condotta e un evento indesiderabile futuro. Si tratta di una verifica di ciò che sarebbe potuto accadere: una prognosi *ex ante*, una valutazione al momento della condotta³⁰⁵, in altri termini, che si atteggia in modo differente a seconda della base di giudizio³⁰⁶.

³⁰² CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1836, v. VI, §3020, p. 164.

³⁰³ FLORIAN, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, in *Enciclopedia del diritto penale*, Enrico Pessina (diretta da), v. VIII, Milano, 1909, p. 208.

³⁰⁴ Nonostante alcune parentesi caratterizzate da pensatori intenti a rilevare la natura descrittiva dell'elemento [per tutti: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. AT*, IV, Berlin, 1988, p. 243 ss.] la dottrina tedesca prevalente propende per la normatività di esso. Sul punto si veda la bella ricostruzione di PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 177; D'ALESSANDRO, *Pericolo*, cit., p. 20 ss.

³⁰⁵ Così, per tutti: LISZT, *Lehrbuch*, cit., 20 EufL., p. 129 ss.; ANTOLISEI, *L'azione*, cit., p. 136.

³⁰⁶ Il dibattito sulla base di giudizio della prognosi *ex ante* è ancora attuale e assai noto. La posizione più tradizionale – e forse più convincente con riferimento ad alcune ipotesi *pro reo* – impone di eliminare le circostanze successive alla condotta, quelle non generalmente conoscibili, né note al soggetto agente, e di considerare solo quelle note o

Tuttavia, giunti a questo punto occorre (e occorre) comprendere il metro del giudizio: *quando* un pericolo può essere fatto oggetto di una previsione sanzionatoria? In quali casi una condotta può far ragionevolmente insorgere un pericolo per il bene giuridico di riferimento? Esiste un parametro comune capace di selezionare pericoli penalmente rilevanti? In altri termini, il pericolo deve risultare solo possibile³⁰⁷ (?), probabile³⁰⁸ (?), serve la *possibilità qualificata* lisztiana [*nahe Möglichkeit*]³⁰⁹ (?) o cosa? Il dato è assai importante perché scegliere il contenuto della relazione del

generalmente conoscibili [così: LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 129 ss.]. Tale considerazione è sicuramente in linea con il soggettivismo lisztiano secondo cui il casuale o il non conoscibile *ex ante* non deve poter rilevare nel diritto criminale. Per ulteriori approfondimenti, v.: ANGIONI, *Il pericolo*, cit., *passim*.

³⁰⁷ L'inizio di ogni studio sul pericolo come relazione di possibilità o probabilità, v. le prime riflessioni di: J. VON KRIES, *Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben*, in *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 1888, p. 179 ss. (ma anche 287 ss.); per la relazione pericolo/possibilità, v: ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit. p. 306; DELITALA, *Le délits de mise en danger*, in *Studi in onore di Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1734; RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau-Neukirch, 1933, p. 6 ss.; WELZEL, *Gemeingefährliche Handlungen*, in *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, Bonn, 1959, p. 421; ma anche PENSO, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, cit. p. 3-4.

³⁰⁸ Sul concetto, seppur da visuali diverse, v.: SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikt*, cit., p. 8 come probabilità "bassa, ma non minima"; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Il foro penale*, 1969, p. 2 come probabilità "apprezzabile"; *idem* per RIZ, *Pericolo, situazioni di pericolo*, cit., p. 1358; e per FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 177; PENSO, *Il pericolo nella teoria generale*, cit., p. 5 ss. come probabilità "concreta"; PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 282 ss. come probabilità "rilevante"; CANESTRARI, *Reati di pericolo*, cit., p. 2 ss.; ANTOLISEI, *Sul concetto di pericolo*, cit., p. 26 ss. come probabilità solo "rilevante"; o come risultato lesivo *più probabile che non* cfr. BINDING, *Die normen*, p. 382 (il noto 50% + 1); tesi, quella dell'autore tedesco, poi importata da: BIAMONTI, *Revisione critica del concetto di pericolo di vita*, in *Atti della società di medicina legale*, Milano, 1909, p. 118 e BOCKELMANN-VOLK, *Strafrecht. AT*, 4. Aufl., München, 1987, p. 149. Sull'opinione di Binding, non perfettamente sovrapponibile alle teoriche della probabilità, v.: PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 174 ss. (spec. nota 27).

³⁰⁹ Cfr.: LISZT, *Verbrechen und Vergehen*, cit., p. 151. In verità la possibilità qualificata di F. von Liszt assumeva spesso i caratteri della probabilità, a volte, come si nota in PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 193-194 (nota 64), anche sotto un profilo terminologico ("*Wahrscheinlichkeit*", v.: LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 118-119).

pericolo significa orientare le fattispecie così costruite secondo una precisa pregnanza offensiva minima.

Ora, pur condividendo l'opinione di chi ha definito tale ricerca un'autentica babele definitoria (e categoriale)³¹⁰ dai contorni in buona parte oscuri³¹¹, è possibile affermare come la ricerca di parametri univoci, fissi e validi in ogni caso, per quanto affascinante, risulti cieca della complessità che avvolge alcune tematiche cruciali della teoria generale del reato: dalla causalità alla colpa, fino al pericolo. Siffatta ottusità, legittimando l'esistenza d'ingiustizie concernenti la punizione di condotte innocue e rendendo oscuri gli spazi di libertà, sconta riflessi pratici di grande rilevanza.

L'unico approccio in linea con i principi fondamentali dell'ordinamento (colpevolezza, personalità della responsabilità, offensività, *etc.*) è, a nostro avviso, quello capace di selezionare le sole condotte giunte *aldilà* del rischio consentito³¹². Sviluppando quest'ultimo³¹³ non ci troviamo affatto davanti a un elemento senza significato³¹⁴, inutile³¹⁵, irritante³¹⁶ o

³¹⁰ Cfr.: MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 289.

³¹¹ Queste sono le conclusioni presenti in: ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikt*, Berlin, 1998, p. 197 ss., poi riprese puntualmente in: DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 100 ss.; MENDOZA BUERGO, *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 67 ss.; e ribadite da D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., p. 144 ss. (spec. nota 5).

³¹² Sul tema si vedano, su tutti, i lavori di: DONINI, *L'imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. Dir. Annali*, IV, 2010, p. 653 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988. Per la dottrina tedesca, su tutti, v.: REHBERG, *Zur Lehre vom "Erlaubtn Risiko"*, Zurich, 1962; HERZBERG, *Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB)* in *JR*, 1986, p. 6 ss. Sullo specifico rapporto rischio consentito/pericolo, v.: KOHLER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1917, p. 178; FINGER, *Begriff der Gefahr*, cit., p. 243.

³¹³ Per un completo percorso storico-dottmatico si rinvia a PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit. p. 23 ss.

³¹⁴ Così ROXIN, *Strafrecht. AT, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, III ed., Munchen, 1997, p. 59 ss.

³¹⁵ MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1 ss.

comunque scorretto³¹⁷, ma a un metodo orientato ai principi capace di esaltare la pluralità casistica (anche) della relazione di pericolo.

Il rischio consentito è la linea di partenza del pericolo, ovvero il confine valutato *ex ante* sulla qualità generica della condotta *aldilà* del quale può assumere rilievo penale.

Il rischio condivide “la possibilità di un danno” col pericolo, la struttura è simile e non è un caso se gli autori che rifiutano le conclusioni da noi esposte utilizzano quale “prova del nove” l’assenza di un rischio consentito nei reati a responsabilità oggettiva.

Che il ragionamento casistico risulti di non semplice soluzione è vero, ma che le alternative esistenti – utilizzando concetti vaghi come *possibilità* o come *probabilità* abbinati ad aggettivazioni vuote quali “apprezzabile”, “concreta”, “rilevante”, *etc.* – confondano ancor di più è altrettanto vero, né, parimenti, assicurano la presenza di una responsabilità davvero colpevole o di un fatto realmente (penalisticamente) davvero offensivo.

7.2-bis Suddivisione del pericolo con riferimento all’offesa – Nonostante la presenza d’innunerevoli forme di pericolo estrapolate dalla dottrina nel corso del secolo scorso³¹⁸, esiste una *macro*-divisione per noi di

³¹⁶ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p. 277.

³¹⁷ Per critiche eterogenee si veda: ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit. p. 248; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 201 ss (spec. note 82 e 86).

³¹⁸ Oltre all’antico e trasversale concetto di *pericolo comune* [per approfondimenti v. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., p. 154 (spec. nota 27)] esiste quello *diretto/indiretto*, quello *generico/specifico*, quello *presunto*, quello *potenziale*, *presunto*, *accertabile*, *etc.*, [cfr. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, III ed., Milano, 2004, p. 338 ss.]. Degna di nota, poi, la distinzione generata da Horst Schröder tra pericolo *astratto-concreto* e *astratto* [cfr.: *Die Gefährdungsdelikt im Strafrecht*, in *ZStW*, 1969, p. 18 ss.] In questa lettura il pericolo sarebbe *concreto* perché elemento della fattispecie da accertare nel processo, ma *astratto* perché il metodo di accertamento dovrebbe prescindere dalle circostanze presenti dal fatto specifico e concentrarsi sul parametro dell’astratta idoneità della condotta a ledere il bene giuridico di riferimento. Esempio classico nel nostro Codice è l’art. 679 c.p., in quello tedesco il § 308 *StGB* [cfr., anche se contrario: D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto*,

centrale importanza, l'unica davvero percepibile con gli occhiali dell'offensività: il *pericolo presunto* contrapposto al *pericolo concreto*³¹⁹. Certo, si potrebbe riproporre anche in questa sede la distinzione più classica – almeno nella manualistica italiana – tra pericolo come elemento esplicito (concreto) o implicito (astratto), magari riesponendo il più classico degli esempi inerente l'art. 432 c.p., commi 1 e 2, o dare sfoggio degli artifici dogmatici intermedi nate in seno alla dottrina tedesca del pericolo (*astratto-concreto, astratto-presunto, etc.*), ma il ragionamento risulterebbe sicuramente irrilevante ai nostri fini³²⁰.

cit., p. 157]. Qui, però, si “confondono le carte” per ottenere risultati applicativi *contra reum*: procedendo come suggerisce Schröder si finisce per giustificare con artifici linguistici l'assenza di giudizi concretizzanti anche a fronte di un tipo costruito sulle logiche del pericolo astratto. Sul rapporto reati di pericolo e Corte costituzionale, v.: CALAMANTI, *Tutela penale anticipata e sacrificio della libertà: la legittimazione dei reati di pericolo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1985, p. 743 ss.

³¹⁹ Per una delimitazione sostanziale del pericolo in astratto e concreto, v., tra gli altri: D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, p. 162: “...le figure di pericolo elaborate nel corso del tempo dalla dottrina, sembrano assumere i contorni di vere e proprie talpe cibernetiche, impegnate nella vana ricerca di una presa elettrica alla quale ricaricarsi per sopravvivere”. Una specificazione risulta a questo punto fondamentale: la nostra scomposizione del pericolo è diversa da quella immaginata negli anni Settanta da Marcello Gallo, Franco Bricola, Patalano e altri. Quell'impostazione accorpava pericolo astratto e presunto per arrivare alla loro dichiarazione di illegittimità costituzionale; noi, invece, accorpamo pericolo astratto e concreto in un'ottica di valorizzazione dell'offensività come principio così come strutturata dalle più recenti acquisizioni scientifiche. Per tutti, v.: M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 6 ss.; BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 86 ss.

³²⁰ Ragionando di offensività come principio non occorre riproporre la suddivisione astratto/concreto/presunto, per la semplice ragione che essa si limita a far emergere la distinzione tra pericolo come elemento implicito o esplicito de tipo, ma nulla ci dice in ordine alla coerenza con l'offensività delle due tipologie appena richiamate. Rimanendo sul classico esempio dell'incendio, non vi è ragione (politica, criminologica, empirica, dogmatica, etc.) per distinguere il primo comma dal secondo: l'incendio di cosa propria, al pari di quello concernente la cosa altrui, ammette (o, nel secondo comma, richiede) una puntuale concretizzazione del pericolo [cfr.: Corte cost., sent. n. 286 del 27 dicembre 1974 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 599 ss. e n. 71 del 16 luglio 1979, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2823 ss.; ma anche, per prima, Cass. pen., sez. I, 16 novembre 1999]. Del resto, anche sotto un profilo logico, come potrebbe la proprietà dell'oggetto incendiato incidere in modo preponderante sulla pregnanza offensiva di un incendio?

Ciò è vero per almeno due ordini di motivi. In primo luogo, qualsiasi tipologia di pericolo subisce un'astrazione logico-procedurale iniziale: il legislatore non può strutturare fattispecie di pericolo concreto senza effettuare precedentemente una valutazione astratta in ordine alla pericolosità di una specifica condotta da tipizzare. Anche solo per immaginare una disposizione costruita con la tecnica in parola occorre effettuare una riflessione iniziale in ordine alla generale attitudine lesiva della condotta: a seconda della pregnanza offensiva della stessa verrà poi parametrata con una richiesta esplicita (pericolo concreto) o implicita (pericolo astratto). Tuttavia, la qualità dell'accertamento processuale, così come la loro natura, non varia granché.

Con il primo termine pericolo presunto intendiamo riferirci ad una tecnica di tutela fondata su di un rischio non consentito scaturente da condotte considerate dal legislatore a monte, sulla base di conoscenze scientifiche (incerte o certe), comunque pericolose/rischiose in sé. Questa tipologia si caratterizza, stando alla nostra lettura, per non ammettere alcuna conversione ermeneutica³²¹: massima certezza applicativa, ma carenza di colpevolezza e offensività.

Con il secondo termine, invece, sezioniamo tipologie di pericolo (*astratto* e *concreto*) caratterizzate dalla doverosa verifica processuale inerente l'insorgenza del pericolo. Nostro compito sarà quello esplicitare brevemente le ragioni che impongono di rileggere il sistema (*de lege lata* ma anche, in parte, *de lege ferenda*) in chiave di offensività e, dunque, di abbandonare tutte le forme di pericolo non effettivo o comunque strutturato senza dati scientifici capaci di giustificare il contenuto (ad oggi, solo) afflittivo della sanzione penale.

7.2-ter.. Pericolo concreto – Oltre ai delitti c.d. di “attentato”³²² e “tentati” – comunque caratterizzati da una condotta a pericolosità

³²¹ in *Lav. Prep.*, v. V, p. 212 ss.

³²² La struttura dell'attentato – delitti, questi, notoriamente a consumazione anticipata – si caratterizza per la presenza di espressioni quali “*fatto diretto a*”, “*attenta a*” e così oltre,

pregnante – esiste un'altra tipologia di reati (*delitti* o *contravvenzioni*) perfetti, caratterizzati dal *pericolo* come elemento esplicito della fattispecie, come risultato c.d. *concreto* della condotta. La qualità principale di tale *tecnica di tutela*, ovvero l' "obbligo" per il giudicante di verificare col metodo della prognosi postuma l'insorgenza effettiva del pericolo (di un evento pericoloso), è un pregio inesistente all'interno della struttura del pericolo *presunto* di condotta o di evento: lì questa valutazione, non essendo effettuata dal giudicante ma dal legislatore sulla base di leggi epistemiche o di regole di esperienza o del buio scientifico, potrebbe anche divenire la *ratio* di un'incriminazione potenzialmente non pericolosa caratterizzata da criteri atipici d'imputazione soggettiva³²³.

Il punto per noi centrale è che in quest'ultima tipologia di pericolo si rischia di rinunciare – spesso per comodità probatorie – al legittimo sospetto dell'esistenza di un'offesa, quindi alla verificabilità della causalità del pericolo: in ogni caso basta dimostrare in giudizio l'atto incriminato valutato previamente come pericoloso dal legislatore e "il gioco è fatto"³²⁴.

Non è tutto. Il pericolo che nasce come elemento espresso del tipo può subire un procedimento di astrazione ermeneutica implicita ad opera della giurisprudenza. La prova in questo ambito ci viene offerta dall'*errore motivo* che – di regola (art. 47, comma 3, c.p.) – esclude il dolo. Ora, se l'oggetto del dolo è composto da tutti gli elementi della fattispecie, laddove la giurisprudenza ordinaria non valorizza anche l'errore o l'ignoranza relativa all'insorgenza del pericolo come elemento espresso

e trova rifugio principalmente presso i reati contro la Personalità dello Stato o contro la pubblica incolumità. In tali delitti l'intenzione va *al di là* della forma obiettiva verso un risultato ulteriore; sono reati di pericolo con dolo di danno, per usare una terminologia assai conosciuta. Sul contenuto oggettivizzante o soggettivizzante della *direzione* degli atti non vi è unanimità di vedute in dottrina

³²³ Sul punto si v.: DONINI, *Teoria del reato*, p. 191; sottolinea il pericolo come *ratio* della disposizione in queste ipotesi, per tutti: GALLO, *Reati di pericolo*, in *For. Pen.*, 1969, p. 1.

³²⁴ Sul punto, critico: HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 381 ss.

del tipo, allora astrae inevitabilmente quest'ultimo vanificando lo sforzo e le finalità del legislatore.

7.2-quater. Pericolo astratto – L'epoca contemporanea si presenta indubbiamente come *epoca del rischio*, come è ormai possibile leggere da decenni in numerosi studi eterogenei; essa richiede (anche) al penalista di concentrarsi in modo particolare sulla prevenzione del danno e, qualche volta, su atteggiamenti addirittura preventivo-precauzionali. Ciò, a nostro parere, non costituisce un approccio di per sé scorretto.

L'uomo, inserito in una società industriale di questo tipo, ma anche in quella *post-industriale*, si è trovato a dover interagire con anticipazioni di tutela, la nascita di beni giuridici nuovi, isolamenti di garanzie, fonti di pericolo, *etc.*, che le categorie penalistiche, quelle classiche, almeno fino all'inizio del secolo scorso contemplavano solo come eccezione, mai come regola.

Ad ogni modo, benché *il diritto penale delle categorie* si sia oggi trasformato – come abbiamo visto: v. §§ 8, 8.1., 8.1.-bis – in una *dogmatica per principi*, l'elasticità attuale degli elementi della sistematica classica (*causalità, pericolo, condizioni obiettive di punibilità, e oltre*) deve essere "testata" sui principi fondamentali che la condizionano (*responsabilità per fatto proprio, offensività, colpevolezza, e oltre*). La ricerca dell'estensione scientificamente preferibile di questo condizionamento diviene, almeno per il penalista contemporaneo, un'attività sostanzialmente totalizzante: su questa linea, infatti, proseguirà anche la nostra indagine.

Astrazione e presunzione non sono concetti pienamente sovrapponibili: presumere significa ragionare deducendo una volta per tutte prese di posizione non sempre realistiche e mai condizionate dai casi concreti; astrarre, diversamente, significa partire proprio dalla particolarità del caso concreto per creare induttivamente una regola di esperienza

qualitativamente solida. Perciò, il tanto studiato³²⁵ *pericolo astratto* – ovvero quello con cui non si esplicita la verifica concreta del pericolo, ma essa risulta estrapolabile in via ermeneutica – ci pare una questione scientifica, non di “politica legislativa”³²⁶. Esso, tipico dei reati di pura condotta³²⁷, può essere considerato penale solo dopo una seconda verifica giudiziale concreta (dunque, trasformandolo in un *pericolo tangibile* o *astratto/concreto* per usare una terminologia oggi assai di moda all’interno della dottrina tedesca) capace di renderlo più *effettivo* e di evitare il più possibile l’ingiustizia manifesta derivante dalla predisposizione di forme “standardizzate” di aggressione mediante il *rispetto ad alcuni profili rilevanti per il riconoscimento dell’effettiva messa in pericolo del bene di riferimento. Questi ultimi possono consistere in profili obiettivi o subiettivi e di nesso di rischio tra i due*³²⁸.

Quelli oggettivi si riferiscono a elementi del fatto che il giudice non può non verificare – *pena la trasformazione del pericolo astratto in mera inosservanza* – al fine di effettuare un controllo sulla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dal tipo. Quei parametri, insomma, la cui misurazione *nel caso concreto* consente d’individuare un pericolo rilevante, ma che, non comparando come elementi espliciti del tipo,

³²⁵ Il pericolo astratto costituisce una delle categorie classiche più studiate in letteratura. Sin dai primi decenni del XVIII secolo, infatti, la dottrina tedesca ha tentato di ricostruirla sistematicamente e di legittimarla. Sul tema, quindi, la bibliografia è sterminata: rimanendo nella letteratura tedesca, per primo: STÜBEL, *Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehende Vorbrechen*, in *Neues Archiv des Kriminalrechts*, 1826, p. 236 ss.; poi FEUERBACH, *Über die polizei-Strafgesetzgebung überhaupt und den Theil eines Entwurf des Strafgesetzbuchs*, in ID., *Biographischer Nachlaß*, Leipzig, 1853, p. 346 ss. e molti altri a seguire. Ampia bibliografia e analisi puntuali sono rinvenibili in: HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und Strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefahrungsbereich*, Heidelberg, 1991, p. 3 ss. Sul suo contrasto con il carattere personale della responsabilità penale, v.: GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale*, *passim*, (spec. p. 710 ss.); FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, p. 61 ss.; ma soprattutto, M. MANTOVANI, *L’esercizio*, cit., p. 12 ss.; STORTONI, *Angoscia tecnologica*, cit., p. 78 ss.

³²⁶ In questo senso, tra gli altri, v.: NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 250.

³²⁷ Così già: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 86.

³²⁸ DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 17.

risultano meramente fattuali (di natura oggettiva) la cui assenza rende la fattispecie sprovvista, anche in astratto, di pericolosità pregnante; quindi inoffensiva. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla *pertinenza/rilevanza* nel delitto di falsa testimonianza³²⁹, alla presenza di un fuoco *vasto, violento, con capacità distruttiva e suscettibile di rapida diffusione* per la configurazione del reato d'incendio³³⁰, alla somministrazione di medicinali diversi nella sostanza (non solo dal nome) da quelli prescritti dal medico per l'art. 443 c.p.³³¹, alla possibilità di estrarre sostanza capace di produrre effetti droganti nella coltivazione domestica non autorizzata di marijuana³³², e così oltre.

Quelli soggettivi – a meno che non s'intenda civilizzare la tipicità penale oggettivizzandola tutta – sono poi fondamentali: essi concernono l'individuazione di un *fine* e la capacità di quest'ultimo di potenziare la pregnanza offensiva del fatto (solo) astrattamente pericoloso.

ESEMPIO: la coltivazione di 5, 6, 8 o 10, piantine di marijuana oggettivamente dotate di THC in quantità rilevanti, da parte di un uomo che intende chiaramente fornire la sostanza alla moglie gravemente malata di tumore sia un fatto offensivo per la pubblica incolumità? Se è vero che la coltivazione di stupefacenti, sia essa svolta a livello industriale o domestico, costituisce reato anche se per uso strettamente personale e che l'avvenuta verifica in concreto dell'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante è un indice (oggettivo) dell'offensività della condotta medesima, è altrettanto vero che il fine (incide soggettivo) – fornire la sostanza alla moglie gravemente malata (!) – spesso non consente di ritenere il fatto davvero pericoloso per il bene giuridico tutelato dall'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/90.

³²⁹ Si veda la nota 221 del presente contributo.

³³⁰ Cfr., ancora una volta: Corte cost., sent. n. 286 del 27 dicembre 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 599 ss.

³³¹ Sul tema si rinvia a: MUCCIARELLI, voce *Medicinali guasti o pericolosi*, in *Dig. pen.*, VII, 1993, p. 584 ss.

³³² Così, da ultimo, Cass. pen., sent. n. 9156 del 2 marzo 2015. Conformi: Cass. Sez. U, Sentenza n. 28605 del 24/04/2008 Ud. (dep. 10/07/2008), Di Salvia, Rv. 239921; Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta; Cass. Sez. 4, Sentenza n. 1222 del 28/10/2008 Ud. (dep. 14/01/2009) Nicoletti, Rv. 242371.

Il punto è che il nesso di rischio tra condotta (soggettivamente qualificata) ed evento (anche di pericolo) rimane centrale. Se non si produce un evento (ad es., adulterazione di sostanze alimentari) con certe finalità (creare un pericolo serio per la salute pubblica), non vi può essere reato (ad es., *ex art. 440 c.p.*).

Secondo alcuni, simili accertamenti-positivi rischierebbero di confondere il pericolo astratto con quello concreto offuscandone ogni differenza. Il dubbio è lecito, ma scorretto: ogni tecnica di tutela, per poter essere considerata legittima alla luce dei principi, deve poter escludere l'ingiustizia utilizzando i mezzi teorici che la scienza (anche giuridica), in un determinato momento storico, mette a disposizione. Ecco perché i dubbi di certa dottrina sono leciti ma inesatti. In altre parole, l'offensività impone, già in astratto, di consegnare al giudicante una disposizione tecnicamente interpretabile in chiave di offesa perché il nostro sistema – caratterizzato dalla *personalità della responsabilità penale*, dalla *presunzione di innocenza* e dal *diritto di difesa* – non sembra tollerare astrazioni completamente avulse dalla dimensione *oggettiva* e *soggettiva* del fatto concreto.

Questo non è solo l'effetto di conquiste giuridiche o di principio, ma anche filosofiche, in tema di ermeneutica: punire, ad esempio, la verifica di un pericolo presunto senza offesa (v. § 7.4.) vuol dire traghettare la *disposizione* non motivata e non sottoposta ad un vaglio *ex-ante* di costituzionalità – anche geneticamente inoffensiva – in aula e ritenerla “sufficiente” per banali ragioni di semplificazione probatoria; ma agevolare in tal modo il lavoro del pubblico ministero, a sua volta, è un atteggiamento che documenta la volontà di privare il giudice della sua attività più tipica, *l'interpretazione*. Qualcosa che, per natura, non risulta oggettivizzante né standardizzabile – poi che dovrebbe poter essere preventivabile è vero, ma è tutto un altro discorso, più attinente alle logiche del precedente vincolante –; al contrario, essa cerca di comprendere una struttura di senso complessa, guardandosi bene dall'inseguire o dal confermare verità obiettivamente prefissate

potenzialmente gravide di errori e, nel nostro caso, di possibili ingiustizie annunciate.

7.2-quinquies. I reati di accumulazione e i limiti soglia – Un problema noto in dottrina concerne l’offensività di condotte *di per sé inoffensive* ma che, unite ad altre dello stesso tipo, consentono il danno o la messa in pericolo di un bene giuridico meritevole di tutela penale: ci riferiamo ai c.d. reati di accumulazione (*Kumulationdelikte*).

Il tema delle microlesioni di massa è assai conosciuto e studiato soprattutto in ambiti assai specifici del diritto penale caratterizzati da uno *sfasamento di scala* tra condotta ed evento, ovvero dalla presenza di *macrobeni* giuridici (economica, ambiente, *etc.*) difficilmente minacciabili con condotte singole illecite: l’oceano non s’inquina con un solo scarico di sostanze nocive, nemmeno con due o forse con tre; altra cosa – anche se risulta fortunatamente piuttosto rara³³³ – sarebbe l’esplosione di una *maxi-cisterna* o di una piattaforma petrolifera contenente milioni di litri di prodotto. Eccezion fatta per queste ultime casistiche, il singolo inquinamento non è effettivamente mai da solo sufficiente a cagionare l’evento di pericolo (o di danno). Dunque?

In primo luogo, senza occuparci del *deficit* di personalità della responsabilità penale³³⁴, l’assunto secondo il quale la somma di condotte a *offesa (penale) zero* dovrebbe produrre un’offesa (penale) ugualmente pari a *zero*³³⁵, non coglie nel segno perché non generalizzabile.

Senza dilungarci troppo, è opportuno sottolineare che il problema, anche in questa tipologia di reati, non concerne il *quantum* dell’offesa, ma la

³³³ Un avvenimento davvero singolare: a proposito di avvenimenti “piuttosto rari” proprio nel momento in cui stavamo ultimando il presente paragrafo abbiamo avuto notizia del disastro ambientale senza precedenti per il sud-America, avvenuto in Brasile. Gli argini di due dighe trasportanti rifiuti altamente tossici (principalmente fanghi ferrosi contaminati da arsenico, piombo, cromo e altri metalli pesanti), hanno ceduto riversando nel Rio Doce circa sessanta milioni di metri cubi di sostanze inquinanti.

³³⁴ Cfr.: SILVA SÀNCHEZ, *L’espansione del diritto*, cit. p. 98; *contra*, concentrandosi sulla differenza sanzionatoria: PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., *passim*.

³³⁵ SALCUNI, *L’europeizzazione*, cit., p. 82.

qualità o, meglio, la presenza della stessa. Molte condotte possono risultare oggettivamente pericolose, anche se in minima parte, ma ciò non basta per qualificare un'offesa come penale. Servono anche parametri (oggettivi e soggettivi) che caratterizzino quest'ultima, elementi capaci quindi di evidenziare *offese serie, fondate, di livello davvero penale*.

Esiste poi un ambito che potremmo definire inerente le *tecniche di tutela* solo se considerato in astratto: i c.d. *limiti-soglia*, soprattutto, anche se non solo, in materia ambientale, ovvero quei parametri specifici fissati da agenzie regolamentatrici indipendenti che si occupano della ricognizione di tutti gli studi scientifici (epidemiologici o comunque sperimentali) condotti sulla nocività di una determinata sostanza in occasioni e ambiti specifici³³⁶.

La predisposizione di limiti soglia più o meno tipici non è attività incompatibile con l'offensività: l'(in)offensività, a ben vedere, *crea* continuamente limiti soglia atipici nei campi più disparati della materia penale. Lo diviene però se – come avviene almeno in materia ambientale col c.d. NOEL) – il metodo di costruzione del limite impone a quest'ultimo di uscire dalla logica preventiva per entrare in quella precauzionale pura.

Vediamo meglio quest'ultimo punto.

Le agenzie summenzionate procedono all'individuazione del livello di esposizione "sicuro" (c.d. NOEL, *No Observed Effect Level*) e all'aggiunta di un *fattore di sicurezza* solitamente 10, 100 o 1000 volte il NOEL: in questo modo si forma un *valore-soglia* sicuro perché appunto 10, 100, o 1000 o più volte inferiore a quello realmente dannoso.

Esempio: se si osservano effetti dannosi a fronte di un'emissione pari a 60 g in atmosfera di una determinata sostanza X e se si assume come fattore di sicurezza 10, allora sarà, ad esempio: 60:10 = 6 g di *valore-soglia*. Ma ciò significa che l'eventuale emissione di X superiore a 6 grammi (limite) potrebbe risultare punita penalmente ma paradossalmente innocua perché ancora inferiore (ad esempio: 10 g, 20 g, 30 g, 50 g) alla NOEL (60 g).

³³⁶ Sul tema, si rimanda all'insuperato volume *Science and Judgement in Risk Assessment*, pubblicato dalla *National Academy Press* nel 1994.

I limiti così generati sono, in primo luogo, evidentemente connessi con la tutela della salute *lato sensu* intesa³³⁷ e, pertanto, risultano largamente utilizzati nel nostro ordinamento interno in tema di sicurezza sui luoghi sui lavoro, degli alimenti, della salubrità dell'ambiente, *etc.*

Non dobbiamo dimenticare come la predisposizione dell'indagine non possa che tenere in considerazione la risposta che l'ordinamento intende fornire al superamento di tali limiti: *la sanzione penale lato sensu intesa (processo + sanzione).*

Ora, a nostro parere essi – i *limiti-soglia in materia ambientale* – non concernono, ad oggi, il principio di offensività³³⁸ o la categoria dogmatica del pericolo/prevenzione³³⁹ perché il rischio evidenziato è spesso così lontano da polverizzare il bene giuridico e creare una risposta alla violazione di ordini asettici con riferimento all'offesa. Non c'è offesa senza bene giuridico, lo abbiamo già visto (v. cap. I, § 2), così come *non può esserci bene giuridico penalmente tutelabile senza offesa vera, qualitativamente penalistica.*

Il punto è che già il *NOEL* riflette un'*offesa-zero* calibrata spesso "a spanne" e per giunta sull'osservazione degli effetti di una determinata sostanza sugli animali, non sugli uomini³⁴⁰; senza contare poi che questo livello di

³³⁷ Riconosce esplicitamente questo "filo conduttore", D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., p. 286.

³³⁸ Le c.d. soglie – almeno per quanto concerne il diritto penale dell'ambiente – non sono *soglie di offensività*. Diverso, ad esempio, sarebbe invece discutere di soglie rilevanti ai fini degli art.li 2621 e 2622 c.c.

³³⁹ Il *gap* tra sostanze testate sull'uomo e sull'animale è assai rilevante. Numerosi studiosi di fama internazionale hanno più volte avvertito la comunità scientifica di questo problema (v.: AMES-GOLD, *Environmental Pollution, Pesticides and the Prevention of Cancer: Misconceptions*, in *Faseb J.*, p. 1041 ss.; GOUGH-MILLOY, *EPA's Cancer Risk Guidelines, passim*; GOUGH, *How Much Cancer Can EPA Regulate Away?*, in *Risk Analysis*, X, 1990, p. 1-6; ID., *It's Not Science: What Can Science Do about It?*, in *Health Physics* 71, 1996. Uno degli esempi spesso riportati concerne le numerose sostanze presenti nel caffè e testate su roditori (28) risultate in buona parte (19) cancerogene. Sulla stessa linea, tra tutti, v.: STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, parte III, cap. I e II.

³⁴⁰ Cfr.: STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 559.

“pericolo zero” viene diminuito anche profondamente (10, 100, 1000 o più volte) nella fase di utilizzo di un arbitrario *fattore di sicurezza*. In questo quadro il pericolo reale è, in astratto, così lontano da impedire qualsiasi affermazione contraria a quella che rileva la presenza di una mera disobbedienza, un comportamento non accettato o accettabile, che provoca l’insorgere della sanzione penale.

Esiste poi una connessione inscindibile tra queste soglie e la base scientifica di supporto: per poterle ritenere legittime dovrebbero almeno risultare supportate da studi capaci d’individuare il *NOEL* con più accuratezza, oltre che pertinenti argomentazioni in ordine al *fattore di sicurezza prescelto* in un determinato caso. Si tratta, questo è il punto, di *valutare scientificamente un rischio* per un bene giuridico già alla fonte meritevole di tutela penale, non vi è in questa fase solo una scelta politica: il *rischio* non deve essere solo immaginato, ma “reale” anche se non pienamente condiviso dalla comunità scientifica di riferimento, non può presentarsi solo come enormemente *sovrastimato* ma soprattutto *correttamente* stimato a seconda degli strumenti di misura che si posseggono in un determinato luogo e momento storico.

Il fatto che, come è stato opportunamente sottolineato³⁴¹, i metodi di valutazione del rischio puramente scientifici scontino determinate incertezze per la probabile incapacità degli scienziati di valutare effetti o mutamenti (ad esempio ambientali) nel lungo periodo, non modifica affatto la veridicità di quanto sopra affermato. La scienza, soprattutto quella *post-normale*, è imbibita di acquisizioni temporanee, incapaci di effettuare prognosi a lungo termine e (probabilmente) scorrette per lo studioso di domani, ma ciò non significa che tali evidenze consentano alla politica di mettere in dubbio questi risultati.

La violenza dell’intervento penale richiede una qualità scientifica elevata e l’assenza di superficialità, di fini indesiderabili o, addirittura, di buio scientifico. Per evitare rischi che non si conoscono (v. § 7.6.) con la

³⁴¹ SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio*, cit., p. 251; presente in D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., p. 283 nota 47.

predisposizione di *limiti-soglia* sovrastimati o ignari della scienza o a fronte dei quali non esistono studi capaci di orientare davvero sul NOEL, rimane sempre il diritto civile e quello amministrativo.

Nessuna eccezione è per noi ammissibile. In ogni campo vi sono logiche intrinseche di bilanciamenti complessi tra interessi contrapposti, ma in ambito penale la politica che si spinge *aldilà* della scienza con *opzioni di default*³⁴² diviene irragionevole e, pertanto, geneticamente illegittima.

7.2-sexies. Il pericolo presunto – La prima (vera) tecnica di tutela per noi potenzialmente illegittima è il *pericolo presunto non declinabile in chiave d'offesa*. L'affermazione necessita chiaramente di una spiegazione.

I reati strutturati sul pericolo presunto nascono (tutti, anche se in misura diversa) dalla logica solo naturalistica dell'evento; se l'evento naturalistico non c'è o risulta difficilmente verificabile la legge non ne richiede la prevedibilità al momento dell'azione (*attiva* o *omissiva*); se c'è, invece, esso non risulta comunque estraneo al tipo³⁴³ e non diviene oggetto del dolo. *Idem* per l'evento giuridico che non deve essere coperto dal *dolo* o dalla *colpa* come azione, ma viene presunto nella tipicità.

Se si prendono in considerazione i reati di mera condotta, magari omissiva o mista, costruiti sul pericolo presunto ci si rende conto che la conoscenza dell'obbligo può divenire presupposto unico della coscienza dell'offesa. Il che è assurdo: se nell'obbligo asettico si sostanzia tutta l'offesa cosa diviene il dolo? Quale diventa il suo oggetto, se non la consapevolezza della condotta anti-doverosa sganciata da possibili eventi lesivi, oltre che da una pericolosità veramente pregnante della stessa? E' legittima una tecnica di tutela che consente (anche) l'incriminazione della mera

³⁴² Sul punto davvero significative sono le ripetute pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America in tema di limiti soglia di agenzie specifiche (EPA, OSHA FDA, *etc.*) fondati su un rischio zero più politico-precauzionale che scientifico e, dunque, di per sé illegittimo. Per approfondimenti sul tema, v.: D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., pp. 279-280 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 561 ss.

³⁴³ V.: DONINI, *Il delitto*, cit., p. 257 poi in ID., *Teoria generale*, cit., p. 191.

inosservanza formale (?), ribelle o viziosa?³⁴⁴ Il bene giuridico rimane l'oggetto di questi *illeciti d'azione*³⁴⁵ o ne diviene lo scopo?

Forse, contestualizzando il tutto alla luce della Costituzione e di quanto sopra sostenuto (spec. § 7.2.-bis) e appiattendolo tale considerazione sul profilo dogmatico-classificatorio classico, Binding aveva parzialmente ragione sul pericolo³⁴⁶: esistono gli illeciti di lesione e quelli di pericolo strutturati su una situazione reale, concreta, in cui il bene giuridico viene messo in crisi. Noi a quest'ultima *macro*-categoria aggiungeremmo oggi anche una certa costruzione del pericolo astratto, ma tutto il resto contribuisce principalmente ad accrescere la categoria della mera disobbedienza.

Le tecniche di tutela da noi escluse per contrasto insanabile con l'offensività come principio (pericolo presunto non convertibile almeno parzialmente in vie ermeneutiche in chiave d'offesa) sono pensate per operare in un sistema sanzionatorio incostituzionale perché incompatibile con il principio di offensività; di conseguenza, esse mal si conciliano anche con l'abbandono della pena come raddoppio del male³⁴⁷, con le logiche del perdono³⁴⁸ e con l'accoglimento di teorie fondate sul recupero del rapporto *vittima/autore*³⁴⁹ e, quindi, su una sanzione penale concepita solo in

³⁴⁴ Così sempre: DONINI, *Teoria generale*, p. 192.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 194.

³⁴⁶ BINDING, *Die normen*, cit., pp. 372, 372, ma soprattutto p. 326 e p. 386 dove l'autore rifiuta l'idea che il legislatore possa trattare due situazioni diverse (pericolose e innocue) allo stesso modo.

³⁴⁷ Sul tema si rinvia ancora a: DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., *passim*. L'idea è, seppur in fase embrionale, presente già in: LÜDERSEN, *Die Krise des Öffentlichen Strafanpruchs*, in ID., *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a. M., 1995, p. 22 ss., 30 ss. e ID., *Il declino del diritto penale*, L. Eusebi (a cura di), Milano, 2005, *passim* (spec. p. 131 ss.).

³⁴⁸ Per un essere umano che non riesce a perdonare – questa è per noi, così come per la filosofia orientale classica, una convinzione profonda – la vita può divenire una punizione assai più crudele della morte.

³⁴⁹ Con questo, si badi, non intendiamo affatto un innesto della vittima nel procedimento decisionale per l'eventuale punizione dell'autore; cosa che si registra ormai solamente in ordinamenti penali indesiderabili e ignari dell'illuminismo (Cina, Bielorussia, etc.): ad esempio, si rifletta sul sistema penale dei Paesi musulmani, come

manca di risarcimento del danno, di riparazione volontaria dell'offesa o di *macro*-delitti geneticamente irreparabili.

Ora, senza approfondire oltre, in questa sede, una precisazione è d'obbligo: *la coincidenza della presunzione assoluta di pericolo con la mera disobbedienza al precetto non è assoluta ma relativa*, qui cerchiamo di spiegare il perché dell'affermazione fatta in apertura del presente paragrafo: all'interno dell'astrazione/presunzione del pericolo esistono gradi diversi di pericolosità effettiva³⁵⁰.

Occorre però bilanciare bene queste riflessioni, perché la legittimazione teorica di processi penali strutturati su divieti (o obblighi) dal disvalore

quello iraniano, dove l'azione penale, così come la pena di morte – in Iran parliamo di 828 esecuzioni solo nel 2014 (cfr. interrogazione parlamentare alla Commissione europea del 7 gennaio 2015 reperibile su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+WQ+E2015006864+0+DOC+XML+V0//IT>) è stabilita solo se la vittima o i parenti della vittima non “dimenticano” l'accaduto. Questo potere discrezionale è riconosciuto dalla *shari'a* a fronte di due tipologie di crimini: omicidio e lesioni fisiche (*qisas*). A questo proposito, però, occorre leggere con attenzione il Corano: il verso 2:178, infatti, prescrive la pena del taglione (morte con morte) per omicidio e lesioni affermando che la rappresaglia della famiglia è un diritto fondamentale, *anche se il perdono rimane una scelta preferibile*. Sull'interessante tema, fondamentale il riassunto di ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM, *La pena di morte nel mondo musulmano*, in Costa (a cura di), *Il diritto di uccidere*, Milano, 2010, p. 137 ss.; ma, in lingua inglese, anche: COULSON, *A History of Islamic Law*, Irvington, 1964; risalente ma molto chiaro SCHACHT, *An introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964; POSTAWKO, *Towards an Islamic Critique of Capital Punishment*, in *UCLA Journal of Islamic & Near Eastern Law*, I, 2002, p. 285 ss.; VIKTOR, *Between God and the Sultan: A History of Islamic Law*, Oxford-New York, 2005. Anche se la precisazione fuoriesce nettamente dal tema, essa è d'importanza centrale per il penalista: anche gli Stati Uniti d'America stanno proseguendo (seppur lentamente) verso l'abolizione completa dell'omicidio di Stato. Da ultimo, lo Stato del Nebraska – a chiara maggioranza repubblicana – ha approvato in data 20 maggio 2015 l'abolizione della pena di morte. L'ultimo Stato repubblicano ad abolirla – detto per inciso – fu il North Dakota nel 1973.

³⁵⁰ Certo è che non è possibile esagerare andando oltre il ragionevole limite dell'esistenza dell'offesa: alcuni autori tedeschi del secolo scorso hanno addirittura definito *la mera disobbedienza in chiave di offesa* sovrapponendola ai reati caratterizzati da un grado minimo o infinitesimale di pericolo. Questo è per noi inaccettabile. Così, tra gli altri, v.: VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Berlin, 1930, p. 101 ss; poi

impercettibile, se non come violazioni di obblighi asettici (v., ad es., § 6.4. o qui al § 7.4. prima parte) e ben poco vincolanti, è per noi comunque da rigettare. D'altro canto, se il *reo* può anche non percepire *ex ante* il disvalore del fatto, se esiste questa eventualità concreta, come possiamo pretendere, in coscienza, di proporgli una riparazione volontaria fondata sul recupero del rapporto con una vittima che fatica addirittura a riconoscere come tale? La riparazione implica già concettualmente l'esistenza di un'offesa intrisa di un disvalore almeno percepibile e fondata sulla lesione o la messa in pericolo di un bene giuridico compatibile coi principi penalistici di rilievo costituzionale. Non è più tollerabile la situazione in cui ci si limita a comunicare in vari modi ma sempre *ex post* al soggetto agente l'illiceità invisibile della sua condotta. Per queste ragioni riteniamo che l'unica opzione possibile sia la riconversione ermeneutica in chiave di offensività, già *de lege lata*, di almeno tutti i delitti costruiti su pericoli di fatto presunti e non dotati di un'offesa reale, scientificamente fondata (anche se incerta, v. § 7.4). Ma non tutto lo è, non ogni delitto così progettato può subire un'"offensivizzazione" – il lettore ci passi il termine – di questo tipo (v. § 7.3.).

7.3. (segue) Non tutto è interpretabile in chiave d'offesa – Alcune fattispecie, in effetti, non ammettono manipolazioni *de lege lata* in chiave d'offesa così come prescritto anche dalla Consulta con la nota sentenza n. 27 del 2000, se non a discapito della legalità nelle forme della *riserva di legge*; principio, questo, che se correttamente inteso costituisce il vero cuore scientifico (ma anche in parte politico) del costituzionalismo (v. § 8.2.)³⁵¹.

³⁵¹ Il nostro sistema penalistico, lo si anticipa, ha sempre conosciuto una versione interna soft [una versione tutt'altro che *soft* ha sempre connotato i rapporti con il diritto euro-unitario e con le sue spinte di criminalizzazione. Qui costituisce un limite (condiviso dalla Corte di Giustizia dell'U.E.) invalicabile inserito, da ultimo, anche all'interno del Trattato di Lisbona] della riserva: solo per le scelte di criminalizzazione, o di incremento della criminalizzazione da parte di organi giurisdizionali il suo rispetto, nazionale ed

Qui servono interventi del legislatore, magari obbligati da forti *out-out* da parte Corte costituzionale.

7.4. Il principio di precauzione: tra vecchio e nuovo contenuto alla luce della scienza post-normale. Primi spunti di riflessione – Esiste poi un prodotto diretto della smaterializzazione del bene giuridico, un'altra tecnica di tutela, non penalistica perché fondata sulla *presunzione ascientifica di un rischio ignoto*. Essa, prendendo vita da una filosofia del precauzionismo generatasi a seguito di macroscopici cataclismi ambientali³⁵², ha partorito un dibattito planetario che ha interessato molto la dottrina italiana³⁵³ e non³⁵⁴ negli ultimi decenni: ci riferiamo alla *precauzione (Vorsorgeprinzip o Risikovorsorge)*³⁵⁵.

europeo, è considerato un must. Non lo è invece con riferimento al potere governativo o, in generale, quando si tratta di ampliare gli spazi di libertà (cause di giustificazione, quasi scriminanti, o scriminanti non codificate, interventi manipolativi della Consulta in *bonam partem* [Fino al 2006 la Corte costituzionale si è sempre rifiutata di ripristinare discipline più sfavorevoli che il legislatore aveva abrogato, perché trattasi di provvedimenti che estendono la punibilità. La sent. 32 del 2014 sulle droghe invece la Consulta è arrivata a far rivivere una normativa (per certi aspetti) peggiorativa] le disposizioni europeo-penalistiche favorevoli, i diritti, etc.). Una simile lettura del principio in parola non ci pare condivisibile, pertanto, non ci rimane che auspicare in questa sede un cambiamento repentino di rotta, proteso a restringere il campo d'azione del Governo in favore di un allargamento generalizzato del potere di controllo della Corte costituzionale.

³⁵² Purtroppo il numero di questi *macro-cataclismi* è assai corposo. Tuttavia, solo per citare alcuni esempi noti, si pensi alle catastrofi ecologiche (naufragio delle petroliere *Amoco Cadiz*, *Prestige*), di *emissioni* nell'ambiente di prodotti chimici o comunque tossici (*Bophal* 1984, *Seveso* 1976, *Messico* 1988, etc.), di perdite di materiale radioattivo (*Three Mile Island*, *Chernobyl*), di esplosioni di impianti industriali (*Toulouse* 2001), e così oltre.

³⁵³ La bibliografia penalistica *strictu sensu* sul punto è assai vasta. Per tutti si rinvia, in primo luogo, all'opera monografica di: CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; e a ID., *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011; e a DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 119 ss.; ma anche al contributo di: MASSARO, *Il principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?* In *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011; CONSORTE, *Principio di precauzione e tutela penale. Un connubio problematico*, Bologna, 2012; PERINI, *Il concetto*, cit., *passim*; GIUNTA, *Il diritto penale delle suggestioni del*

principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 231 ss.; ID., *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 861 ss.; FORTI, *La "luce chiara della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, v. I, Napoli, 2007, p. 573 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1743 ss.; sostiene la legittimità di tale "tecnica di tutela", fra gli altri, CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013; ID., *Principio di precauzione e diritto penale? Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, in *Forum Bio-Diritto*, 2008. Percorsi a confronto, Casonato-Pinocchi-Veronesi (a cura di), Padova, 2009, p. 433 ss. Per la manualistica: In generale, si vedano: per una lettura in lingua inglese sulle basi della principio: FRACCHIA, *Environmental law. Principles, Definitions and protection Models*, Napoli, 2015, p. 82 ss.

³⁵⁴ Sul punto si rimanda all'ampia bibliografia presente in CASTRONUOVO, *Il principio*, cit., *passim* (spec. cap. I).

³⁵⁵ Invocato inizialmente nel campo della protezione dell'ambiente marino, il principio di precauzione appare nel quadro delle conferenze ministeriali per la protezione del Mare del Nord tenutesi in seno all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) a partire dal 1984. Ma è nel Summit per la Terra, tenutosi a Rio de Janeiro nel 1992, viene consacrato in ambito ambientale. In seguito, il principio di precauzione è stato recepito tanto dalle modifiche apportate ad una nutrita serie di convenzioni preesistenti quanto da una serie di accordi successivi relativi alla gestione delle risorse naturali ed alla protezione dell'ambiente, sia sul piano universale, che sul piano regionale. In particolare, nel contesto dei c.d. accordi ambientali multilaterali (*Multilateral Environmental Agreement*), come ad esempio nel Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, addizionale alla Convenzione di Rio sulla diversità biologica del 2003 che disciplina i movimenti transfrontalieri di organismi viventi modificati prevedendo il ricorso a procedure di valutazione dei rischi volte ad assicurare, da una parte, la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica e, dall'altra, la tutela della salute umana, «conformemente all'approccio precauzionale» e nel senso di riconoscere il diritto degli Stati contraenti di vietare l'importazione nel proprio territorio di organismi viventi modificati. Nel diritto comunitario, il principio entra, seppur come *acquis* scarno e fecondo di contraddizioni, nelle sentenze della Corte di giustizia sin dal 1980 in tema di *misure restrittive del commercio intracomunitario fondate su conoscenze scientifiche incerte*. Solo dal 1993, con le modifiche del Trattato di Roma, gode di riconoscimento nell'ambito della politica comunitaria dell'ambiente. In questa prospettiva – citiamo direttamente dal documento del Comitato Nazionale di Bioetica "Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici" del 18 giugno 2004 – *le nuove disposizioni hanno esplicitamente ricondotto, da una parte, la «sostenibilità» della crescita economica tra gli obiettivi assegnati alla Comunità dall'art. 2 del Trattato di Roma ed all'Unione europea dall'art. 2 del Trattato di Maastricht, e, dall'altra, il «principio di precauzione» tra i principi fondanti la politica ambientale comunitaria, senza tuttavia definire caratteristiche e presupposti di applicazione di tale principio.*

Il leitmotiv più trendy della nostra epoca è indubbiamente <<...viviamo in una società del rischio (!)>>; espressione, questa, che, oltre a riassumere una preoccupazione già ben nota a pensatori come Condorcet, Kant, Emile De Girarden, Luhmann, Ewald, Kessler, Blaise Pascal, Gidden, Lupton, De Sadeleer³⁵⁶, etc., induce a riflettere su quella tendenza diretta a considerare la logica del rischio prevalente rispetto alla logica della produzione della ricchezza; un rapporto opposto a quello presente nelle società industriali. La società di oggi, non vi è dubbio, è costruita su di una complessità tale da renderla tecnicamente ingestibile. Di questo occorre prendere atto. Tuttavia, una cosa è ammettere l'esistenza evidente di un problema, altra cosa è dividerne la soluzione.

Una prima precisazione terminologica: *il concetto penalistico di precauzione non è sinonimo di saggezza o di prudenza, ma – almeno a nostro avviso – di gestione non seria del rischio con lo strumento penale, quindi non è prevenzione e non è tecnicamente nemmeno pericolo presunto.*

Tuttavia, il discorso si relativizza per via dell'esistenza di norme penali a contenuto precauzionale sicuramente dotate di un nucleo scientifico (anche se incerto, v. oltre) ben superiore rispetto a norme fondate sul pericolo presunto. Non è possibile in questa sede approfondire questa tematica, anche se rimane sicuramente centrale per ogni discorso sulla precauzione.

Utilizza le logiche della presunzione, ma non è pericolo. Il suo fondamento è in funzione dell'espansione di un penale caratterizzato da una causalità immaginata, senza risultati scientifici certi, e dalla

A ciò ha provveduto la comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, che, senza fornire una definizione formale del principio di precauzione, attribuisce ad esso un campo di applicazione molto ampio. Da allora, il principio di precauzione si è insinuato rapidamente in tutte le politiche comunitarie il cui paradigma è costituito dall'esposizione ai rischi inerenti agli sviluppi tecnico-scientifici. Nel campo della tutela della salute umana, ad esempio, l'attenzione delle istituzioni e degli organismi comunitari nei confronti del principio di precauzione è tale che un documento dell'European Environment Agency pubblicato nel 2001 ha voluto ricondurre le premesse di tale principio ad una serie di case studies risalenti alla fine del XIX secolo.

³⁵⁶ Lo ricorda bene il documento, già citato, del Comitato Nazionale di Bioetica "Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici".

colpevolezza ipotizzata senza fatto, giustificato dall'esistenza di un dovere solidaristico di sicurezza orientato a preservare (col diritto penale) le generazioni future. Ora, che la tutela delle persone che verranno e del loro futuro sia e debba rimanere un pensiero, oltre che un obiettivo, costante all'interno del mondo del diritto è cosa nota, quasi ovvia e doverosa. Tuttavia, il concetto di "precauzione" in parola – qui un primo punto fondamentale – pretende di attivare (anche) la macchina penale per neutralizzare, fino alla prescrizione dell'astensione da una determinata attività³⁵⁷, rischi di danno fondati non più sulla scienza normale o sulla *post-normal science*³⁵⁸, ma, lo vedremo meglio oltre, sul buio scientifico.

La positivizzazione del *principio di precauzione*, come noto, è avvenuta a livello europeo in materia ambientale, precisamente all'interno dell'art. 191, § 2, TFUE, ma la giurisprudenza comunitaria ha provveduto immediatamente ad estendere la sua operatività al di là dell'ambiente³⁵⁹.

La politica italiana, da parte sua, ha recepito di buona lena il principio applicandolo in materia ambientale (d.l. 152 del 2006, il c.d. Codice dell'ambiente e, in tema di inquinamento elettromagnetico, nella legge-quadro n. 36 del 2001, v. spec. art. 1, comma 1, let. b), ma anche alimentare³⁶⁰ e dei prodotti in genere, così come anche la

³⁵⁷ Cfr. MASSARO, *Principio*, cit.

³⁵⁸ S.O. FUNTOWICZ, *Post-Normal Science. Science and Governance under Conditions of Complexity*, in M. Tallachini-R. Doubleday (a cura di), *Politica della scienza e diritto: il rapporto tra istituzioni, esperti e pubblico nelle biotecnologie*, "Politeia" (2001). XVII, 62, pp.77-85.

³⁵⁹ Solo a titolo di esempio: Corte Giust. Com. Eur., 5 maggio 1998, C-157/96 e C-180/96, *National Farmes Union*, Trib. I ist. CE, 16 luglio 1998, T-199/96, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm Sa*; Corte Giust. Com. Eur., 9 settembre 2003, C-236/01 *Monsanto agricoltura Italia e altri*, in *FI*, 2004, IV, 245 ss. con nota di Barone, *Organismi geneticamente modificati (Ogm) e precauzione: il rischio alimentare tra diritto comunitario e diritto interno*.

³⁶⁰ Sulla tutela agroalimentare e sulla prevenzione in questo ambito non si può che rinviare all'opera più importante, e di respiro europeo, degli ultimi anni: L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO, *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Milano, 2014.

giurisprudenza³⁶¹. L'ambiente, gli alimenti, o la salute umana in generale, quali *macro*-beni di primario rilievo, consentirebbero dunque la costruzione di regole cautelari formalizzate o attratte mediante rinvio anche solo implicito all'interno di reati di mera condotta inosservante, illeciti di mera disobbedienza a *struttura variabile*³⁶².

Tuttavia, occorre oggi riflettere sul vero contenuto del concetto di precauzione.

Di recente, infatti, è stata proposta una nuova e interessante interpretazione: stando a quanto è possibile leggere all'interno delle linee guida per la riforma dei reati in materia agroalimentare elaborate dalla Commissione Caselli e presentate al Ministero della Giustizia il 14 ottobre 2015, si è davanti ad una modifica di fondo capace di rivoluzionare l'intera letteratura penalistica sul tema.

Il ragionamento – anche se il tema dovrà essere sviluppato in futuro – pare il seguente: oltre alla naturale scarsità di leggi scientifiche universali, anche queste ultime possono costituire abbagli temporanei ampiamente falsificabili.

Un'ipotesi può dirsi scientifica solo se risulta temporaneamente *condivisa* o *discussa*; in ogni altro caso (assenza di dibattito o rifiuto), no. Il concetto *d'incertezza scientifica* deve, secondo questa ipotesi, essere rivisto e precisato: con esso non s'intende individuare l'esistenza di un dibattito aperto dagli esiti discussi, ma il *buio scientifico* o, meglio, l'incapacità di selezionare una o più leggi potenzialmente utilizzabili e d'instaurare un dibattito serio sulla loro scelta. Qualcosa di non più sovrapponibile alla precauzione: nel primo caso il pericolo è incerto ma contemplato come

³⁶¹ Sul punto si rinvia per tutti a: CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni*, cit., p. 9 ss.

³⁶² Essi possono essere formalizzati con norme di divieto o d'obbligo, ma anche con l'inserimento di rischi incerti fissati con limiti soglia, procedure di autorizzazione, meccanismi di tipo ingiunzionale o di obblighi di fare (comunicazioni, richiamo, ritiro di prodotti, *etc.*) non riconducibili al modello del pericolo. Quest'ultimo, infatti, si fonda sulla presenza di rischi scientifici certi, non incerti. Così le puntuali osservazioni sempre presenti in: CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni*, cit., *passim*.

possibile per via di leggi scientifiche dall'attendibilità discussa, nel secondo è l'immaginazione che ipotizza il pericolo, non vi è un vero dibattito scientifico. Quando la legge presume la nocività di un determinato alimento, agendo su basi scientifiche in sé *concludenti ma non condivise* da tutta la comunità scientifica, sta facendo *precauzione legittima*. Chiaro è che il rispetto rigoroso di *tutti* i principi fondamentali diviene in questo campo assai delicato sicuramente un *must*.

Esempio 1 – *Radiazioni non ionizzanti e il rischio d'insorgenza del cancro*. Pare un'acquisizione scientifica ormai solida che i campi elettromagnetici, dunque anche le radiazioni non ionizzanti, interagiscono coi tessuti biologici (cancerogeni di gruppo 2B): all'avvicinarsi della fonte aumenta questa interazione che consiste nel *riscaldamento*. Ora, anche i cellulari producono campi elettromagnetici e, come noto, il dibattito sull'uso smoderato di questi e il suo rapporto con l'insorgenza di tumori alla testa e al collo è aperto³⁶³. Non vi sono dimostrazioni solide, ma il contrasto c'è.

Ebbene, nei limiti dei principi costituzionali del diritto penale, il legislatore penale potrebbe impedire penalmente l'utilizzo dei telefoni cellulari senza determinate cautele capaci di impedire alle onde non ionizzanti di raggiungere gli altri.

Esempio 2 – *Consumo di carni rosse o lavorate e insorgenza del cancro al colon-retto*. L'agenzia Internazionale per la ricerca sul cancro dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha recentemente pubblicato un articolo sulla rivista *The Lancet Oncology* in cui sostiene che il consumo di carni conservate e/o lavorate – salsicce, wurstel, prosciutti e salami – possono causare il cancro, così come, seppur con pericolo lievemente inferiori, le carni rosse in genere. Ciò è dovuto dalla presenza combinata di ferro-eme, un potente ossidante capace di danneggiare il dna, e nitrati/nitriti, utilizzati nella conservazione degli insaccati in genere. Per non parlare dei rischi insiti nella tecnica della loro cottura alla brace. Con una breve verifica interna alla letteratura scientifica sul tema è possibile scorgere, già a livello europeo, la presenza di alcune ricerche che, negli anni, hanno prodotto il medesimo risultato: ci riferiamo soprattutto alla *European Prospective Investigation into Cancer and Nutrition* (EPIC) partito nel 1993 e condotto su mezzo milione di persone di dieci Paesi europei e coordinato, tra gli altri, dal Professor Franco Berrino, epidemiologo di fama internazionale già Direttore del Dipartimento di Medicina

³⁶³ Oltre alle numerose ricerche scientifiche dello IARC (Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro), da ultimo, v.: <http://www.legatumori.siena.it/pdf/onde-elettromagnetiche.pdf>.

Preventiva e Predittiva dell'Istituto Nazionale per lo Studio e la Cura dei Tumori di Milano.

A seguire è possibile citare il *Food Nutrition, physical activity and the prevention of cancer* del Fondo Mondiale per la Ricerca sul Cancro (WCRF). Esito: limitare drasticamente l'utilizzo di carni rosse ed evitare, senza se e senza ma, quello di carni lavorate e conservate.

Non è tutto. Sette anni dopo quest'ultima ricerca il Codice Europeo, tra le dodici azioni quotidiane contro il cancro, inseriva i seguenti *diktat*: evitare la carne conservata e limitare la carne rossa. Anche qui il futuro potrebbe illuminare scenari ad oggi forse non così imprevedibili.

A nostro parere, e si conclude sul punto, *il principio di precauzione non legittima, per l'impossibilità di fondare il pericolo almeno su ipotesi fondate anche se post-scientifiche, per l'impossibilità di (ri)costruirne in questi casi la causalità materiale, per lo riempimento (costituzionalmente illegittimo) di carenze di colpa e per l'assoluto contrasto con l'offensività come principio, risulta, se così inteso, ontologicamente incompatibile con la tutela penale*³⁶⁴. Se la congettura di pericolo è totalmente ascientifica ma piuttosto seria – formulata dunque sulla base di osservazioni sperimentali anche a-tecniche in assenza di vere ipotesi scientifiche – rimane sempre il *diritto amministrativo*.

7-bis. Sul gradino più basso dell'offesa (art. 131-bis c.p.) – Tra l'*inoffensivo* e il *penalmente rilevante* è dato scorgere una situazione intermedia di grande interesse per il penalista: l'*esiguità*.

L'evoluzione³⁶⁵ e il profilo attuale della proliferazione di fattispecie incriminatrici, rendono quanto mai evidente la deriva inflazionistica del sistema penale italiano. L'allargamento preponderante degli orizzonti penalistici, impattando su di un sistema processuale già agonizzante³⁶⁶, ha da noi determinato danni profondi e difficilmente sanabili.

³⁶⁴ Alla medesima conclusione: DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 119 ss.; GIUNTA, *Ideologie*, cit., p. 861; contra: CORN, *Il principio*, cit., *passim*.

³⁶⁵ Sul punto la più completa e attenta ricostruzione storica delle origini dell'ipertrofia penale italiana la si trova in: SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, v. I, p. 710 ss..

³⁶⁶ Cfr. *Dossier n. 11*, maggio 2013, XVII legislatura, reperibile su www.senato.it.

Secondo gli ultimi aggiornamenti, è bene precisarlo subito, l'Italia "gode" di circa nove milioni di processi pendenti, a fronte di circa quindicimila giudicanti (tra magistratura ordinaria e onoraria) e spende circa quattro miliardi di Euro all'anno per la giustizia. Tra questi processi, quasi tre milioni e mezzo sono penali; ma non è tutto.

L'aumento dei "fascicoli processuali" è costante: in particolare si registra un + 2,8% con riferimento ai reati ordinari, + 1,2% per i reati di competenza della Direzione Distrettuale Antimafia e + 2,7% per i reati di competenza del giudice onorario³⁶⁷.

Ciò posto, è agevole comprendere le ragioni che hanno elevato sia la deflazione *astratta*, intesa come decriminalizzazione e depenalizzazione, che quella *concreta*, genericamente riassumibile in deprocessualizzazione e decarcerizzazione, a principali mezzi contenitivi dell'inflazione penalistica odierna.

Quanto allo spirito deflattivo *in action*, il dibattito italiano conosce anche approcci di decriminalizzazione giudiziale in ragione della particolarità dei singoli fatti e delle caratteristiche dei loro autori. Tra essi, per ciò che qui importa, meritano particolare attenzione alcuni congegni deflattivi utilizzati per affrontare fatti illeciti astrattamente rilevanti, ma concretamente esigui (bagatellari, modesti o minimi), occasionali e commessi da autori che spesso stentano a riconoscersi come devianti. Insomma, quei metodi capaci di giungere là dove anche una depenalizzazione "di massa" rimarrebbe inefficace³⁶⁸.

Come noto, il nostro codice penale conosce sia strumenti per espungere in via ermeneutica i fatti inoffensivi che una clausola generale capace di isolare le forme marginali di manifestazione dei reati astrattamente sanzionati in modo anche rigoroso, altrimenti note come bagatelle

³⁶⁷ Dati aggiornati al 14 novembre 2013 e reperibili in www.webstat.giustizia.it.

³⁶⁸ Per esempio, l'esiguità del fatto – la c.d. bagatella – viene letta come una caratteristica potenzialmente adattabile anche a realizzazioni concrete di fattispecie astrattamente gravi e non meritevoli di eliminazione. Sul tema, v.: DONINI, *Teoria del reato*. cit., 1996, p. 250.

“improprie” (*uneigentliche*)³⁶⁹; inoltre, ogni discorso sul tema deve tenere in stretta considerazione che la nostra Costituzione, fissando un tabù più che una verità indiscussa³⁷⁰, impone al pubblico ministero d’indagare su ogni *notitia criminis* fondata e, una volta ottenuto le prove sufficienti, d’esercitare l’azione penale.

In questo quadro, gli studiosi italiani, forse incoraggiati dai numerosi (seppur poco fortunati) progetti legislativi del secolo scorso³⁷¹, non hanno mai abbandonato la riflessione sull’isolamento del disvalore bagatellare mediante l’utilizzo d’indici chiari, specifici e tassativi.

Per queste ragioni, prima di analizzare le nuove soluzioni, occorrerà sunteggiare in breve i termini del vecchio dibattito *de lege ferenda* sul contenuto dell’esiguità.

³⁶⁹ Sulla distinzione, per tutti, si rinvia a: DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della particolare tenuità del fatto: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, A. Scalfati (a cura di), Padova, 2001, p. 336.

³⁷⁰ Per approfondimenti, v. CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993 p. 2658 ss.; TORRENTE, *Le storie organizzative di due procure della Repubblica tra obbligatorietà dell’azione penale e selezione del crimine*, in SARZOTTI, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Milano, 2007 p. 227 ss.; ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell’azione penale*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Prospettive di riforma*, Zanichelli, 1984 p. 3 ss..

³⁷¹ Il concetto d’esiguità del fatto, seppur in termini diversi, lo si ritrova: a) nel disegno di legge n. 4625/1998 come “...improcedibilità per irrilevanza penale del fatto”, poi divenuta causa di non punibilità nel Testo Unificato dei progetti di legge n. 411 ss., presentato dal Sen. Carotti nella seduta del 12 maggio 1998; b) nell’art. 74 del Progetto di riforma del c.p. it. “Grosso”: “Non punibilità per particolare tenuità del fatto”; nel progetto di riforma “Nordio”, con la circostanza attenuante della “particolare tenuità del fatto”; c) nei lavori della Commissione di riforma del Codice di procedura penale presieduta dal Prof. Riccio, all’interno dei quali, pur senza pronunciare una sola sillaba sui contenuti sostanziali dell’esiguità, si propone l’introduzione di un nuovo motivo pro-archiviazione quando “... il reato ipotizzato non supera in concreto una soglia minima di offensività”; d) nel Progetto di riforma del Codice penale “Pisapia”, dove compare, tra le altre cose, anche un criterio generale di non punibilità per l’irrilevanza del fatto desunta “...dalla tenuità dell’offesa e dall’occasionalità del comportamento”.

7-bis. 1. L'evoluzione della bagatella irrilevante – La limitazione del rimprovero da parte dello Stato ai soli fatti essenziali e il rifiuto della loro persecuzione se bagatellari, modesti o minimi, è un approccio che, come noto, accomuna – sebbene più sul *risultato* che sui *mezzi* – la maggior parte dei principali sistemi penali del vecchio continente. Tuttavia, nel nostro dibattito, benché entrambe tutrici dell'equità, l'esiguità del fatto – come dicevamo in apertura del § 7-bis – non coincide con la sua inoffensività.

La bagatella individua una valutazione *complessa*³⁷² e *quantitativa* di (de)selezione concreta; non un parametro *qualitativo* (come, appunto, il principio di offensività) di selezione.

Già a livello concettuale, se *un fatto è esiguo non è inoffensivo*³⁷³.

In secondo luogo, essa non si limita alla valutazione degli interessi tutelati dalla singola fattispecie incriminatrice, ma si propone di stimare la globalità del fatto concretamente considerato. In questo senso, la tenuità del reato – giudizio funzionalistico-teleologico diretto a registrare l'insussistenza del bisogno punitivo in un singolo caso concreto – non è sovrapponibile alla tenuità dell'offesa³⁷⁴.

Rinunciando a un'accurata elencazione della marea di proposte teoriche dirette a collocare e identificare il fenomeno in analisi, forse poco utili in questa sede, non rimane che sposare approcci “da dizionario” e definire l'esiguità come un criterio quantitativo di selezione, già conosciuto nel

³⁷² Si allude qui ai diversi criteri – grado della colpevolezza, opinione della persona offesa, precedenti penali, *etc.* – potenzialmente utilizzabili dal giudicante nel giudizio globale sull'esiguità, o meno, del fatto illecito.

³⁷³ Ciò in quanto, nel concetto di esiguità, anche se tenue al punto da annullare qualsiasi esigenza special-preventiva di punizione, l'offesa c'è eccome. Cfr.: DONINI, *Teoria*, p. 246; DE FRANCESCO, *L'esiguità dell'illecito penale*, in *Dir. pen. proc.*, v. II, 2002 p. 891; GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, II, *Relazione della commissione Grosso (1999)* in *Quaderni dell'indice Penale*, Padova, 2000, 31 ss.; MATTEVI-PONGILUPPI-VENTURA, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Ipsoa Ed., 2009, p. 3 ss..

³⁷⁴ Sulla distinzione si rimanda a: VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, v. II, (2077), 2078-2079, poi ripresa e utilizzata nell'acuto contributo di Caterina Pongiluppi in MATTEVI-PONGILUPPI-VENTURA, *Irrilevanza del fatto*, cit., p. 3 ss..

diritto romano³⁷⁵, dogmaticamente attinente alla categoria della non punibilità e capace – forte della sussidiarietà come principio – di cogliere l'irrelevanza sostanziale di una bagatella, sebbene tipica, lesiva e colpevole.

Oltre ai numerosi tentativi diretti a scolpire un concetto unitario di *esiguità del fatto* e agli sforzi passati diretti al suo utilizzo generale in materia criminale, la prima traduzione legislativa, seppur non troppo precisa nei termini³⁷⁶, è intervenuta con l'art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 in tema di processo penale minorile.

L'impianto delinea un parametro sostanziale di non punibilità³⁷⁷. In buona sostanza, se un giovane commette effettivamente³⁷⁸ un fatto illecito (contestualmente³⁷⁹) tenue³⁸⁰ e occasionale³⁸¹, ed esistono valide ragioni per

³⁷⁵ I Romani applicavano il “*de minimis non curat praetor*”, già circa duemilatrecento anni prima di quando i giuristi tedeschi – con Listz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1919, p. 14, § 4 – recuperavano l'idea che *der Strafrichter kümmert sich nicht um Kleinigkeiten*.

³⁷⁶ Sul punto la dottrina ha giustamente fatto notare che l'utilizzo del termine “irrelevanza” non consente di scindere la condotta *priva di qualsiasi rilievo penale* da quella *così lieve da non meritare una risposta sanzionatoria*. Cfr., fra gli altri, CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005, p. 232.

³⁷⁷ Questa, almeno, l'opinione della Corte costituzionale: cfr. Corte cost., sent. 6 giugno 1991, n. 250.

³⁷⁸ Un *presupposto implicito* di applicazione: vedi Corte cost., sent. 2 aprile 2004, n. 110.

³⁷⁹ Da ultimo, Cass., Sez. IV, sent. 12 novembre 2013, n. 45580.

³⁸⁰ Quanto alla tenuità del fatto, la giurisprudenza opta per soluzioni aperte e capaci di valutare il fatto “globalmente” (come la natura del reato, la pena edittale, l'allarme sociale provocato, la capacità a delinquere, le ragioni che hanno spinto il minore a delinquere e le modalità d'esecuzione del crimine). Sul punto, ancora una volta, Cass., Sez. IV, sent. 12 novembre 2013, n. 45580.

³⁸¹ Fra le numerose interpretazioni presenti in dottrina, la più acuta pare quella presente in: VINCIGUERRA, *Irrilevanza del fatto nel processo penale minorile*, in *Dif. Pen.*, f. 25, p. 73 ss.. Secondo l'autore l'occasionalità del comportamento va ravvisata là dove non è dato scorgere premeditazione e l'impulso del momento, vuoi per immaturità del soggetto attivo, vuoi per particolari impulsi esterni, risulta difficilmente resistibile. La giurisprudenza, invece, tende a limitare l'analisi di questo parametro alla verifica, in negativo, della presenza di precedenti penali e della futura non ricaduta nel reato [*ex plurimis*, Cass., Sez. IV, sent. 12 novembre 2013, n. 45580].

evitare un processo che si rivelerebbe solamente diseducativo³⁸², il giudice – in sede d’indagine, in udienza preliminare, in dibattimento oppure in appello – è chiamato ad emettere sentenza³⁸³ di *non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*.

Spostando l’attenzione sul diritto penale “degli adulti”, è possibile notare come il legislatore italiano abbia inteso avviare un ulteriore *laboratorio di soluzioni processuali e sostanziali*³⁸⁴ sull’esiguità, affidandone, in passato, la gestione a giudicanti che si occupano di reati minori (art. 34 d.lgs. 274/2000). In questa sede, ai giudicanti era (ed è) concessa la possibilità di mitigare la forza dell’obbligatorietà dell’azione penale, reagendo con una *causa di esclusione della procedibilità* davanti a fatti *particolarmente tenui*. Il concetto di tenuità è qui riempito di contenuto con la valutazione (congiunta³⁸⁵, sebbene gerarchica³⁸⁶) dell’esiguità del danno o del pericolo arrecato dal *reo*³⁸⁷, del grado di colpevolezza e dell’occasionalità del comportamento. Degna di nota, poi, la riproposizione di un fattore dogmaticamente esterno all’esiguità, ma altamente umanizzante: *il*

³⁸² Che il processo possa pregiudicare le esigenze rieducative del minore, almeno secondo la dottrina italiana maggioritaria, costituisce un buon argomento per sostenere con forza (in sentenza) l’irrilevanza del fatto, più che un presupposto assolutamente necessario per l’applicazione dell’istituto stesso. Infatti, non si vede come tali esigenze, seppur meritevoli di considerazione, possano incidere direttamente sull’esiguità del fatto in sé. Sul tema, ampiamente: QUATTROCCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Napoli, 2004. In senso contrario, pur non concedendo troppa importanza al parametro in parola, pare orientarsi l’opinione della giurisprudenza [cfr., *ex plurimis*, Cass. sez. II sent. 13 luglio 2010, n. 32692].

³⁸³ L’art. 3, lett. f), d.P.R., 14 novembre 2002, n. 313, impedisce alla sentenza in parola di comparire sul casellario giudiziale dell’imputato.

³⁸⁴ METTEVI-PONGILUPPI-VENTURA, *L’irrilevanza*, p. 30.

³⁸⁵ Anche nel giudizio davanti al giudice di pace, i presupposti debbono essere valutati congiuntamente, così la giurisprudenza maggioritaria [*ex multiplis*, Cass., sez. IV, 13 ottobre 2004 n. 40203].

³⁸⁶ Si veda, fra gli altri: CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, p. 228 ss.

³⁸⁷ Una valutazione, questa, protesa a giudicare la relazione tra il bene giuridico protetto e l’aggressione da esso subita. Cfr., fra i molti: SGUBBI, *L’irrilevanza penale del fatto come strumento di selezione dei fatti punibili*, in PICOTTI-SPANGHER (a cura di), *Vero una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 164; CESARI, *La particolare tenuità*, p. 330.

pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento potrebbe portare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'indagato/imputato. A differenza del giudizio minorile, questa seconda valutazione dell'irrilevanza del fatto può costituire, oltre che un'ottima ragione per separare l'imputato dal processo³⁸⁸ nel primo momento utile, già un buon motivo pro-archiviazione del procedimento³⁸⁹.

Nel nostro Paese, come si è avuto modo di evidenziare, l'espansione patologica del penalmente rilevante, vero motore dell'esigenza di recedere dall'inessenziale, ha prodotto numerosi sforzi protesi al superamento degli esperimenti settoriali qui brevemente tratteggiati e alla conseguente cristallizzazione generale dell'esiguità; obiettivo costante, questo, anche negli ultimi buoni propositi del legislatore penale contemporaneo³⁹⁰.

³⁸⁸ Dopo l'esercizio dell'azione penale la declaratoria d'improcedibilità per tenuità del fatto è subordinata alla "non opposizione" dell'eventuale persona offesa e dell'imputato. Se questa "non opposizione" della persona offesa rimane qualcosa di eventuale (nei reati sprovvisi di persona offesa – detto per inciso – l'utilizzo dell'art. 34 non è precluso. Sul punto, si v. Cass., Sez., III, 3 dicembre 2013, n. 48095; Sez. IV, 28 settembre 2007 n. 43383), quella dell'imputato è invece essenziale. In effetti l'imputato, posto che una declaratoria d'improcedibilità rimane nel casellario giudiziale e incide sull'*occasionalità* di comportamenti illeciti futuri, ben potrebbe avere interesse ad uscire dal processo con una sentenza diversa, magari di assoluzione.

³⁸⁹ Prima dell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero, a condizione che non risulti qualche interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, può richiedere al giudice l'improcedibilità per particolare tenuità del fatto. Quest'ultimo, a sua volta, potrà archiviare con decreto, ordinare la prosecuzione delle indagini oppure imporre al pubblico ministero l'imputazione coatta.

³⁹⁰ Anche la Commissione "Fiorella" per la revisione del Codice penale (istituita con decreto del Ministro della Giustizia il 14 dicembre 2012) ha inserito, fra i meccanismi deflattivi *in action* l'inclusione, per tutte le contravvenzioni e per i reati con minimo edittale non superiore ad anni tre, della non procedibilità per particolare tenuità del fatto (desunta dalla modalità della condotta, dall'esiguità del danno o del pericolo, dal grado della colpevolezza e dall'occasionalità del fatto) all'interno del capo IV, titolo IV, Libro I c.p. it., dedicato alla disciplina sostanziale della procedibilità. Da ultimo, occorre segnalare il (diverso) disegno di legge n. 1131 del 16 ottobre 2013 (*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in tema di notifiche, prescrizione del reato e recidiva, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale*) che decide, all'art. 1, d'intervenire creando (anche) l'art. 49-bis c.p. it., al fine di specificare che: "Non è punibile chi ha commesso un fatto, previsto dalla legge come reato, quando, per le

Fino a poco tempo fa, come ribadito da una sentenza assai bizzarra della Suprema Corte³⁹¹, una bagatella come il furto³⁹² di due lattine di birra commessa da un adulto incensurato³⁹³ in un moderno supermarket, rimaneva un *fatto lesivo ancorché attenuabile e sanzionato penalmente sebbene bagatellare*.

7-bis. 2. La nuova irrilevanza penale del fatto – Oggi, come noto, l’art. 131-bis c.p.³⁹⁴ ha introdotto un istituto capace di generalizzare l’espunzione del fatto *irrilevante non punibile* dal circuito penale. Vediamo di analizzare nel dettaglio quest’ultimo istituto.

«Titolo V, Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena – Capo I

modalità della condotta e per l’esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa, risultino la particolare tenuità dell’offesa e la non abitualità del comportamento. La dichiarazione di non punibilità non pregiudica, in ogni caso, l’esercizio dell’azione civile per il risarcimento del danno» e la legge 28 aprile 2014 n. 67 [“Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”] che contiene, fra le altre questioni, anche una causa di non punibilità per i casi di irrilevanza del fatto “...escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell’offesa e la non abitualità del comportamento...”.

³⁹¹ Cfr. Cass., Sez. V, sent., 17 febbraio 2014, n. 7451. Tristemente celebre, inoltre, il processo avviato (e durato circa tre anni) per un presunto furto di un ovetto Kinder, commesso da un giovane appena diciottenne ai danni di un venditore ambulante, v.: Trib. Taranto, Sez. II pen., sent. 11 aprile 2012.

³⁹² Il furto nel nostro sistema non è di competenza del giudice di pace, ma del Tribunale in composizione monocratica. Pertanto non trova applicazione la disciplina prevista dall’art. 34 del d.lgs 28 agosto 2000 n. 274.

³⁹³ Dunque, risulta esclusa anche l’applicazione dell’art. 27 del d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448.

³⁹⁴ Per i primi contributi sul tema, v.: GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)* in *Diritto penale contemporaneo*, 22 aprile 2015; TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla “particolare tenuità del fatto”*, *idem*, 16 giugno 2015; ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, *idem*, 21 maggio 2015.

Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena».

Art. 131-bis: Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: *“Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.*

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”.

La disposizione – nata di recente con il *d.lgs.* 16 marzo 2015 n. 28³⁹⁵, ma già abbondantemente studiata dalle Procure della Repubblica³⁹⁶ e applicata nei Tribunali di tutta Italia³⁹⁷ – pare riflettere una collocazione sistematica

³⁹⁵ Per una completa disamina del procedimento legislativo che ha portato alla riforma in parola, v.: SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, p. 2 ss.

³⁹⁶ Si vedano le c.d. “linee guida” delle Procure della Repubblica presso il Tribunale di Trento [http://www.procuratrento.it/allegatinews/A_5353.pdf] e presso quello di Lanciano [http://www.ristretti.it/commenti/2015/aprile/pdf1/articolo_gatta.pdf] o anche <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1428045961Direttiva%20tenuita%20del%20fatto.pdf>], di Palermo [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/4034-esclusione_della_punibilit__per_particolare_tenuit__del_fatto__le_linee_guida_della_p_rocura_di_palermo/]

³⁹⁷ Ad esempio, con riferimento al Tribunale di Milano, rib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3937, giud. Tremolada (maltrattamento di animali); Trib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3936,

– *causa di non punibilità in senso stretto e non condizione di procedibilità*³⁹⁸ – affine a quanto suggerito in passato dalla dottrina più attenta³⁹⁹ e quindi, anche perché più favorevole al *reo*, applicabile retroattivamente *ex art. 2, comma 2, c.p.*⁴⁰⁰. D’altro canto la sentenza di non doversi procedere è predisposta solo per le pronunce *pre-dibattimentali* senza efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi e pronunce emesse in dibattimento o nel giudizio abbreviato (con efficacia di giudicato).

Un problema sostanziale e processuale non di poco conto concerne l’intervento o meno dell’*abolitio criminis* e la polverizzazione dei “giudicati bagatellari”.

Al netto di queste ultime riflessioni, al fine di poter trovare applicazione la causa di non punibilità necessita dell’esistenza congiunta di tre *macro-requisiti*, uno quantitativo e oggettivo e gli altri due parzialmente discrezionali: a) un *quantum* di pena, detentiva o pecuniaria, massimo; b) la particolare tenuità dell’offesa; c) la non abitualità del comportamento.

In primo luogo, il *requisito quantitativo* – quello forse meno problematico – prevede una pena detentiva (o anche pecuniaria) massima non superiore a cinque anni. In tale computo – da effettuare laddove la fattispecie rende compatibile in astratto l’art. 131-*bis* c.p.: ad esempio non l’art. 570, comma 2, n. 2 c.p. – rientrano, senza potersi bilanciare *ex art. 69 c.p.*, solo le circostanze che stabiliscono una sanzione diversa e quelle ad effetto speciale, dunque con un aggravio superiore ad 1/3 della pena-base.

Si tratta di un “modello” ormai classico: queste due tipologie di circostanze, nonostante rimangano formalmente *quid pluris* con effetti meramente sanzionatori, contribuiscono a creare un *fatto concretamente diverso*, questa è la ragione principale della loro esclusione.

giud. Tremolada (tentato furto in supermercato); Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 4195, giud. Tremolada (truffa e sostituzione di persona).

³⁹⁸ Cfr.: Corte cost., sent. n. 26 del 2015.

³⁹⁹ Cfr., ancora: Trib. Milano, per approfondimenti v. sopra sempre § 7-*bis*.

⁴⁰⁰ Cfr.: Cass. pen., sent. n. 15449 del 8 aprile 2015.

Una piccola nota. Le circostanze ad effetto speciale dovrebbero individuare un *fatto* diverso, si tratta di un concetto generale capace di orientare una futura riforma sistematica del Codice penale, non di una regola applicabile *de lege lata*. Esistono circostanze ad effetto speciale che, almeno a nostro parere, non creano appieno un fatto diverso: molte tra quelle previste dal 625 c.p., ad esempio. Un furto, almeno a nostro parere, non diviene davvero qualcosa di diverso sotto il profilo del disvalore interno del tipo se commesso nei confronti di una persona che si trova nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro. Altra cosa, invece, è il furto commesso con mezzi fraudolenti o su oggetti esposti per necessità alla pubblica fede.

Le uniche due osservazioni che ci sentiamo di dover fare concernono il carattere *disomogeneo* dei reati che potrebbero in astratto riguardare l'art. 131-*bis* c.p. e l'utilizzo del criterio del "massimo edittale". In effetti, il giudice onorario può, *ex art.li* 4, 6, 7, 34 d.lgs 274/2000, estendere in modo omogeneo i parametri conferitigli dalla legge. Più complessa, invece, è la posizione del giudice togato: egli, per via del carattere assolutamente eterogeneo delle fattispecie potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione del 131-*bis* c.p. (delitti, contravvenzioni, beni individuali, collettivi, danno, pericolo, *etc.*), godrà di massima discrezionalità.

Quanto ai margini edittali sarebbe stato più opportuno livellare la soglia di rilevanza sui minimi, piuttosto che sui massimi. In tal modo si sarebbero evitati seri imbarazzi: ad esempio, osserva Padovani⁴⁰¹, il minimo edittale della sottrazione e del trattenimento di minori all'estero è superiore del minimo previsto dal sequestro di persona. Tuttavia, essendo la selezione focalizzata sui massimi (rispettivamente: 4 anni e 8 anni), il sequestro non risulta in astratto applicabile alla nuova disciplina in commento.

Esistono poi delle ipotesi non disciplinate dal legislatore che necessitano di una ricostruzione ermeneutica.

Ci riferiamo, in primo luogo, ai rapporti tra l'art. 131-*bis* e l'art. 56 c.p. Il legislatore avrebbe potuto inserire il segmento "*reati consumati o tentati*",

⁴⁰¹ PADOVANI, *Un intendo deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida Diritto*, 2015, p. 15 ss. (spec. p. 18).

ma non lo ha fatto; si riapre così il noto dibattito che, negli anni passati, ha provato ad approfondire la compatibilità fra *tentativo* e *circostanze*. Pur non essendo questa la sede per ripercorrerlo integralmente⁴⁰², basterà qui proporre la nostra soluzione: il nuovo istituto pare astrattamente compatibile col tentativo di delitto *ex art. 56 c.p.*

Nonostante l'evidente discrasia che l'opzione contraria provocherebbe immancabilmente, sia in astratto – *bagatelle non punibili solo se consumate* – e in concreto – *come incentivo a consumare ad ogni costo un illecito potenzialmente ravvisabile come esiguo per ottenere una disciplina più favorevole* –, di per sé comunque non decisiva⁴⁰³, l'autonomia tipica del tentativo⁴⁰⁴ consente di affermarne senza timore di smentita la compatibilità con l'art. 131-*bis* c.p. Al netto di ciò, in casi di bagatelle tentate caratterizzate dalla presenza di una circostanza c.d. "ostativa", l'istituto in analisi risulterà comunque applicabile se quest'ultima dovesse riferirsi a circostanze tentate che non si sostanziano all'interno degli atti effettivamente posti in essere⁴⁰⁵.

Quanto al calcolo quantitativo della pena massima rilevante ai sensi dell'art. 131-*bis*, comma 1, c.p., la giurisprudenza ha di fatto esteso il suo ambito di applicazione ritenendo la pena-base strutturabile sui margini edittali del delitto tentato di riferimento: in questo modo, ad esempio, il furto tentato aggravato dall'utilizzo di un mezzo fraudolento –

⁴⁰² Per un recente commento al dibattito in parola, ci permettiamo di rinviare al nostro: DIAMANTI, *Sulla circostanza che non c'è. Limiti teorici e problemi pratici di un'invenzione ermeneutica*, in *Ind. pen.*, v. 1/2, 2015, p. 73 ss.

⁴⁰³ Sul tema si richiama l'antico problema della compatibilità del *tentativo* con le *circostanze*; questione che si ripresenta in caso di bagatella potenzialmente tentata caratterizzata da circostanze di specie diversa o ad effetto speciale, almeno se concernenti l'evento.

⁴⁰⁴ Il punto è pacifico sia in letteratura che in giurisprudenza. Per tutti: Cass. pen., sez. I, sent. n. 37562 del 16 maggio 2001.

⁴⁰⁵ Sul tema, da ultimo, ci permettiamo di rinviare al nostro: DIAMANTI, *Sulla circostanza che non c'è. Limiti teorici e problemi pratici di un'invenzione ermeneutica*, in *Indice penale*, v. 1, 2015, p. ss. e all'ampia bibliografia presente. La giurisprudenza prevalente è contraria.

aggravante, questa, che innalza il margine edittale da uno a sei anni – rientra potenzialmente nel novero delle bagatelle non punibili⁴⁰⁶.

In secondo luogo, non ci pare che sussistano pericoli di depenalizzazione di fatto per gli illeciti contravvenzionali. Come sottolineato in un recente contributo⁴⁰⁷, l'offesa particolarmente tenue al bene giuridico non deve essere confusa con il maggiore o minore spessore di quest'ultimo: esiguo deve risultare il fatto, non la fattispecie. La scarsa rilevanza della contravvenzione rispetto al delitto e l'inferiore importanza dei beni giuridici da essa protetti, in altre parole, non producono effetti sull'applicazione del 131-*bis* c.p. Chiaro è che leggendo alcune contravvenzioni – così come alcuni delitti – con la lente delle presunzioni assolute di pericolo si esclude dalla valutazioni *ex art.* 131-*bis* c.p. i parametri di cui all'art. 133, n. 2, c.p. (gravità del danno o del pericolo) per valorizzare quelli di cui ai n.ri 1 e 3 (profilo oggettivo e profilo soggettivo della condotta).

In terzo luogo, è opportuno spendere alcune parole sulla compatibilità del 131-*bis* c.p. con gli illeciti che contengono elementi-soglia che rilevano l'offesa. L'esempio più immediato concerne i reati tributari o quelli ambientali.

Per i reati fiscali puniti con pena massima inferiore ai cinque anni e, contemporaneamente, caratterizzati da valori-soglia concernenti un determinato importo minimo di imposta evasa, ad esempio, occorre comprendere se tali valori siano elementi costitutivi del reato o condizioni obiettive di punibilità intrinseche. Nel primo caso il superamento della soglia, che il contribuente deve volere, potrà, se irrisoria, godere del 131-*bis* c.p. In caso contrario, la condizione obiettiva di punibilità riflette una scelta quali-quantitativa effettuata *ex ante* dal legislatore e, pertanto, non discutibile.

Nessun problema di compatibilità con la causa di non punibilità in parola, invece, presentano i reati generalmente obblazionabili o definibili con

⁴⁰⁶ Cfr. la già citata: sent. del Trib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3936, giud. Tremolada.

⁴⁰⁷ Sul punto v.: SANTORIELLO, *La clausola*, cit., p. 42.

modalità analoghe, quelli che presentano cause estintive all'esito del rilascio di atti amministrativi in sanatoria e quelli che prevedono la confisca obbligatoria del profitto.

Sul contenuto del concetto di *particolare tenuità dell'offesa*, invece, i dubbi aumentano vertiginosamente. Diciamo subito che l'art. 131-bis, comma 2, c.p. aiuta l'interprete indicandogli per questa valutazione, sempre congiunta⁴⁰⁸, di tre parametri: due positivi e parzialmente discrezionali e uno negativo-tassativo.

I primi due concernono le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo (*ex art. 133, comma 1, c.p.*).

Ora, le modalità della condotta concernono profili oggettivi – ci riferiamo agli indici fattuali di commisurazione di cui all'art. 133, comma 1, n. 1 c.p.: la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo il luogo, *etc.* – e soggettivi (intensità del dolo e grado della colpa) prevalentemente retributivi⁴⁰⁹, non preventivi. In questa fase il giudicante dovrà valutare il carattere bagatellare, o meno, di un ipotetico fatto senza considerarne davvero l'autore. D'altro canto, se il legislatore avesse voluto concentrare l'attenzione sull'assenza di esigenze di prevenzione speciale avrebbe vincolato la grande discrezionalità del giudicante anche ai parametri di cui all'art. 133, comma 2, c.p.

L'esiguità del danno o del pericolo, invece, costituisce il parametro più delicato dell'intera disposizione. Esso concerne, come noto, l'art. 133, comma 1, n. 3 c.p. La sua valutazione, seppur di natura discrezionale, deve essere effettuata con riferimento all'offesa penalistica, non civilistica; si tratta di un danno penale, non civile. Allo stesso modo l'intensità del pericolo decrescerà a seconda di quanto la tecnica di tutela si allontana dalla lesione effettiva: sotto un'angolazione teorica, mettere un bene giuridico *concretamente* in pericolo sarà sempre qualcosa di più grave

⁴⁰⁸ Del resto anche con riferimento ai procedimenti davanti al Giudice di Pace i requisiti debbono sussistere congiuntamente: cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2008.

⁴⁰⁹ Sul punto si rimanda, per tutti, a: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2014, p. 796 (spec. nota 9).

rispetto alla creazione di uno *presunto*, e così oltre. Entrambi i controlli, però, debbono rimanere concreti, relativi al caso specifico, non solo astratti.

Assai importante risulta poi il profilo soggettivo: in esso, in primo luogo, decisivo pare il ruolo della consapevolezza in ordine all'illiceità dal fatto all'interno del giudizio sulla rappresentazione. Chiaro è che l'analisi sull'intensità del dolo deve essere condotta soprattutto tramite l'indagine sul livello di volontà esistente: da una volontà piena (dolo intenzionale, di primo grado) alla mera accettazione dell'evento (dolo eventuale). Stessa procedura per il grado della colpa: qui sarà fondamentale la quantificazione del livello di esigibilità della condotta doverosa non mantenuta e di divergenza tra la *condotta tenuta* e la *regola cautelare* di riferimento.

Il terzo, invece, comunica in quali casi, a prescindere da una loro indicazione nel singolo capo d'imputazione⁴¹⁰, non può comunque essere considerato tenue: *"... quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona"*⁴¹¹.

Sull'abitudine del *comportamento* l'orientamento si perde definitivamente. *Il comportamento è abituale* – dice il legislatore – *nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato (giudizialmente⁴¹²) delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.*

⁴¹⁰ Cfr. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida Diritto*, 2015, p. 15 ss. (spec. p. 24).

⁴¹¹ Per un'analisi completa (anche se di stampo prevalentemente giurisprudenziale) delle singole voci, v.: SANTORIELLO, *La clausola*, cit., p. 57 ss.

⁴¹² Il punto non può essere messo in discussione: si parla di situazioni soggettive, di status, che necessitano una dichiarazione giudiziale così come stabilito da Cass. pen., Sez. Un., del 27 marzo 2010.

In primo luogo, la legge ha specificato la presenza di reati “della stessa indole”; concetto fumoso, questo, che necessita di un intervento deciso delle Sezioni Unite. Ad ogni modo, tale segmento codicistico induce l’osservatore a concludere, col supporto della relazione di accompagnamento, per l’insufficienza della recidiva dichiarata ed effettivamente applicata, se non reiterata e specifica, perché in tal caso questi reati (della stessa indole) sarebbero certamente ricompresi. Parimenti, anche nel caso in cui le condotte integranti più reati della stessa indole all’interno del medesimo procedimento nel quale venga in rilievo l’applicabilità del 131-*bis* c.p. quest’ultimo andrebbe escluso: la formulazione palesemente generica non consente limitazioni di sorta.

Il legislatore, però, è andato oltre ritenendo impossibile non punire ipotesi di reati che abbiano ad oggetto condotte *plurime, abituali e reiterate*. A nostro parere, vedremo subito in quali termini, le tre aggettivazioni concernono situazioni diverse.

Abitualità: posto che l’esclusione opera evidentemente per i reati obbligatoriamente abituali (ad esempio l’art. 612-*bis* c.p.)⁴¹³, rimane da verificare ciò che accade in presenza di reati solo eventualmente abituali (art.li 348, 660 c.p. e altri). Sul punto, stando al tenore della norma, sembrerebbe doversi escludere un impedimento generale in queste ultime ipotesi: del resto, se gli illeciti eventualmente abituali possono sussistere anche a fronte di una sola condotta, allora il vaglio non potrà che rimanere di tipo concreto, *case by case*. L’abitualità della condotta, poi, verrebbe a nostro avviso in riferimento nei casi di concorso materiale di reati: in questo caso il 131-*bis* c.p. risulterebbe comunque inapplicabile solo a fronte di diverse condotte caratterizzate da *abitualità*, quindi fuori dal concorso formale e dal reato continuato.

Pluralità e reiterazione: arriviamo dunque alla parte più complessa, forse una delle più oscure di tutta la normativa, concernente le “condotte *plurime e reiterate*”. In primo luogo, ci sentiamo di escludere l’ipotesi

⁴¹³ In senso conforme, tra i primi commentatori, v.: SANTORIELLO, *La clausola*, cit., p. 72.

dell'inapplicabilità della causa di non punibilità nel concorso formale di reati ai sensi dell'art. 81, comma 1, c.p.: esisterebbe una sola azione (od omissione) giuridicamente rilevante, non una pluralità di condotte. Senza contare poi che a ragionare diversamente occorrerebbe argomentare in ordine all'irragionevole esclusione della recidiva non reiterata e specifica (qui le condotte risultano comunque plurime) e all'inclusione dell'astrattamente più mite concorso formale di reati (una sola condotta)⁴¹⁴.

Allo stesso modo riteniamo che l'istituto rimanga (sempre astrattamente) applicabile anche in caso di *reato continuato* ai sensi dell'art. 81, comma 2, c.p.,⁴¹⁵ esclusione fatta per i casi in cui le condotte plurime (A e B) risultino effettivamente reiterate (almeno una seconda condotta A e una seconda condotta B) all'interno del medesimo contesto, o disegno, criminoso.

"Plurime" non può essere sinonimo di "reiterate", altrimenti si tratterebbe di una *ripetizione senza senso* utilizzata per esprimere il concetto, già di per sé estremamente chiaro, della pluralità.

Assai rilevante pare anche il rapporto tra la nuova bagatella e alcuni istituti di parte generale: il concorso eventuale di persone nel reato, la legittima difesa e i reati plurioffensivi.

In prima battuta, l'esistenza di elementi personali tra i parametri (anche indiretti o impliciti) previsti dal legislatore – pensiamo, ad esempio, alla presenza di precedenti condanne – induce ad escludere qualsiasi automatismo in tema di applicabilità del 131-bis c.p. a tutti coloro che concorrono in un illecito potenzialmente esiguo.

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, il fatto bagatellare non punibile rimane tecnicamente offensivo, dunque l'eventuale aggressione prodotta dall'azione illecita potrà senza dubbio alcuno essere oggetto di

⁴¹⁴ La questione è stata assegnata dalla III Sezione alle Sezioni Unite nell'ambito del procedimento n. 2787 del 2015. Esse dovranno verificare: "...se il concorso formale di reati escluda l'applicabilità dell'istituto della non punibilità per la particolare tenuità del fatto in relazione alla previsione di cui all'art. 131-bis, comma 3, ultima parte, c.p.".

⁴¹⁵ Contra: SANTORIELLO, *La clausola*, cit., p. 73.

una reazione difensiva ai sensi dell'art. 52 c.p. D'altro canto, non è immaginabile un sistema penale dove al soggetto passivo di furto, pur potendo, non è concesso di reagire con le forme e nei limiti dell'art. 52 c.p. per proteggere il proprio bene, in ragione del basso valore dell'oggetto o dell'assenza di precedenti del *reo*, o altro.

Arrivando al problema della plurioffensività del reato, in accordo con quanto già detto al § 6.2., l'unica plurioffensività costituzionalmente legittima rimane, nonostante la presenza snervante uno sgradevole orientamento giurisprudenziale, quella *cumulativa*. Così ragionando, l'applicabilità dell'istituto in questione risulterebbe possibile anche a fronte di un'offesa particolarmente tenue a uno dei beni protetti dalla fattispecie di riferimento (abuso d'ufficio, ad esempio).

Giunti alla fine della disamina dell'art. 131-*bis* c.p. non possiamo astenerci dall'effettuare qualche considerazione critica conclusiva. Nonostante la legge n. 67 prevedesse quattro deleghe, solo quella relativa alla particolare tenuità del fatto è stata esercitata troppo velocemente e con eccessiva prepotenza dall'esecutivo. La critica pare cogliere bene sia le gravi mancanze della norma così come cristallizzata nel Codice penale, sia le significative modifiche intervenute per mano del governo che, pressato dalle varie associazioni, Commissioni di giustizia, *etc.*, ha dovuto rivoluzionare il decreto legislativo presentato in origine alle Camere. Queste modifiche sono intervenute prepotentemente sui limiti interni (o qualitativi) – del resto quelli esterni o quantitativi erano "bloccati" alla fonte e poco manovrabili se non nell'area dell'eccesso di delega – della disposizione: si pensi al riferimento all'art. 133, primo comma, c.p. e i due commi dell'art. 131-*bis* c.p. inerenti l'abitualità del comportamento e le ipotesi che escludono l'applicabilità dell'istituto (condotta crudele, per motivi abietti o futili, in danno di animali, *etc.*).

Ciò nonostante, la situazione più grave rimane l'assenza assoluta di dibattito in ordine a questioni teoriche e pratiche di grande rilevanza per il penalista: dalla compatibilità dell'articolo in parola col tentativo di delitto,

con i limiti-soglia, e così oltre. Nessuna parola, nonostante tale auspicio fosse stato espresso da entrambi i rami del Parlamento⁴¹⁶, è stata spesa in ordine ai rapporti tra l'art. 34 d.lgs n. 274/2000 e il 131-*bis* c.p. Tuttavia, abbiamo l'interpretazione autentica: il legislatore delegante, in sede di parere, ha auspicato l'estensione applicativa dell'istituto ai procedimenti davanti al giudice di pace.

8. Un esempio: il decreto-legge – L'esempio che ci permettiamo d'indicare (*decreto-legge*) risulta inscindibile da una delle tematiche maggiormente rilevanti della presente ricerca: il valore della Costituzione nella produzione, nello studio e nell'applicazione del diritto penale.

Non riteniamo possibile, né tantomeno utile, approfondire la materia penale con disquisizioni ultra-tecniche, magari colorate da approfondimenti storico-filosofici, senza chiarire la nostra posizione in ordine alla decretazione d'urgenza.

Come abbiamo già avuto modo di specificare (v. § 3.7, spec. nota 16), la nostra Carta costituzionale è, oltre che rigida, *condizionante* per i legislatori (governo e Parlamento). Questo significa che il rispetto dei principi, dei diritti, dei doveri e dei limiti, lì espressi deve essere approfondito, considerato e garantito. Procediamo con ordine.

La *ratio* più antica della riserva di legge, la ragione storica che precede addirittura il problema dei limiti dell'ermeneutica, è la volontà d'impedire ai più di legiferare su tematiche delicate quali quelle concernenti la limitazione della libertà personale⁴¹⁷.

⁴¹⁶ In questo senso: SANTORIELLO, *La clausola*, cit., p. 139 ss.

⁴¹⁷ Sulla riserva di legge quale principio diretto alla tutela delle minoranze, v.: DE VERO, *Introduzione al sistema penale*, p. 129, ma, seppur con riferimento alla tematica delle norme *extra*-penali richiamate da elementi normativi del tipo, anche: RISICATO, *Gli elementi*, cit., p. 166.

Quest'idea era ben chiara, come abbiamo già sottolineato (v. § 2), già prima del Novecento; anzi, nasce nella monarchia costituzionale tedesca, più che del primo limite all'imposizione tributaria⁴¹⁸.

È nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale che la riserva di legge diviene infatti qualcosa di più di uno *slogan* specifico "No taxation without representation", essa si trasforma in una "riserva di disciplina parlamentare"⁴¹⁹: il Parlamento rappresenta il popolo, dunque solo esso può emanare ordini generali e astratti, mentre chi governa da solo può poco o niente; già allora ne facevano una *questione di organo* legittimato ad assumere decisioni.

È possibile affermare che il *decreto-legge*, nonostante la presenza attuale in numerosi altri Paesi⁴²⁰, germogli in Italia come prassi illegittima:

⁴¹⁸ Non vi è dubbio, infatti, sull'origine "tributaria" (*no taxation without representation*) del progenitore, più che del luogo di nascita, della riserva di legge nel periodo in cui venne sottoscritta la *Magna Charta Libertatum*; principio, questo, poi ribadito in tutti gli atti successivi [cfr. sull'origine storica nel diritto tributario: BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1207; poi sulla tematica in generale, anche FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, IV ed., Padova, 2003, p. 125; ANTONINI, *L'art. 23*, in Bifulco-Celotto-Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Artt. 1-54, Torino, 2006, p. 485 e ss. L'origine vera, la culla della riserva di legge è da rintracciarsi all'interno della monarchia costituzionale tedesca [per questa lettura da noi pienamente condivisa: FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 14 ss.].

⁴¹⁹ Riconoscono comunque questo dato negandone però la qualità di culla della riserva, anche: BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva*, cit., p. 1212 ss.

⁴²⁰ La possibilità per il Parlamento di delegare il governo per l'adozione di normative specifiche (*regulations, rules, orders, etc.*) è conosciuta anche in Inghilterra con l'istituto della *delegated legislation*. A parte i più classici *orders in Council*, ordinanze reali del sovrano dietro parere del Consiglio Privato e del ministro di competenza, troviamo i decreti legislativi (*statutory instruments*) approvati su delega parlamentare dai ministri con l'*enabling act*. In quel sistema è dato scorgere la presenza di alcuni controlli da parte di Westminster sulla legislazione delegata previsti dal celebre *Statutory Instruments Act* del 1946. In breve: strumenti raramente utilizzati a parte (*confirmation act*, e altri), lo *statutory instrument* o un progetto (*draft*) presentato non è reso operativo per al massimo quaranta giorni. Periodo, questo, nel quale il singolo parlamentare può proporre l'annullamento dello stesso (*negative resolution*). Se ciò non avviene allora può essere attivato e produrre effetti. Esiste anche una procedura a parte, adottata nei soli casi di "urgenza", con la quale la normativa opera da subito, prima di essere presentata, con un controllo di tipo *ex post*: esso perderà efficacia solo se nei quaranta giorni successivi interverrà la *negative resolution*. Un dato di grande rilevanza è la presenza di un *Joint Committee on Delegated*

nonostante l'articolo 6 del vecchio Statuto, essa accompagnò sin da subito l'attività del re.

Già il Cavour, nel lontano 1852, sostenne, non senza imbarazzo, la disposizione (per decreto) del governo in ordine alle fortificazioni di Casale, senza però nascondere il carattere "non strettissimamente legale" di tale atto. La sua argomentazione – poi ripresa dalla giurisprudenza

Legislation, formato da sette membri di ogni Camera con poteri di verifica preventiva di ogni *statutory instrument*: prima controllano se i requisiti sono soddisfatti, poi, nel caso, li presentano al Parlamento. Negli Stati Uniti d'America, posto che la delega dello Stato centrale ai singoli Paesi e viceversa risulta incostituzionale, esiste per il Parlamento la possibilità di delegare (*delegation*) il Governo su materie non riservate dalla Costituzione al Congresso e nei puntuali limiti scolpiti dalla giurisprudenza della Corte Suprema. Ben meno limiti esistono per i regolamenti (*regulations*), chiaramente subordinati alla legge (*legislation*) emanati dalla maggioranza per coprire vuoti legislativi. *In Case of Emergency* è anche qui possibile che l'esecutivo ampli i suoi poteri d'intervento. Oltre alla invidiabile rigidità irlandese (art. 15, comma 2, n. 1 Cost. irl.) del "...nessuna autorità (eccetto il Parlamento) può emanare leggi dello Stato", si affiancano i sistemi sud-americani che ammettono l'intervento del governo nei soli casi di eccezione o, addirittura, di assedio ufficialmente dichiarati e quelli che legittimano, nei limiti della riserva di legge almeno formale per alcune materie, (esplicitamente o implicitamente) il *decreto-legge*: Italia (art. 77 Cost.), Danimarca (art. 23 Cost.), Grecia (art. 44, comma 1, Cost.), Spagna (art. 86 Cost.), Islanda (art. 28 Cost.), Romania (art. 114, commi 4 e 5 Cost.), Albania (art. 28 u.c.), Estonia (art. 109 Cost.), e così oltre [Per approfondimenti, tra gli altri, v.: KRAMER-CHABERSTER, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America*, Torino, 1994; APANERO, *Lineamenti di diritto costituzionale spagnolo*, Torino, 1992; PALICI DI SUNI, *La funzione normativa tra governo e parlamento. Profili di diritto comparato*, Padova, 1988; AA.VV., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, (a cura di) Palici di Suni, Padova, 2011; VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, VIII ed., I, Padova, 2011; PEGORARO-LINELLA, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013; AA.VV., *Diritto costituzionale comparato*, P. Carrozza-A. Di Giovine (a cura di), Bari, 2009]. La Spagna, ad esempio, memore dell'esperienza franchista, prevede esclusioni per i decreti-legge (i diritti, i doveri, le libertà civili, le istituzioni fondamentali dello Stato, il regime delle comunità autonome, il diritto elettorale *lato senso inteso*, etc.) di rilevanza tale da aver indotto il *Tribunal Constitucional* ad attenuare nel 1983 tale rigore [cfr.: Trib. Const., sent. n. 111, 2 dicembre del 1986]. Le peculiarità della maggioranza dei Paesi citati sono almeno due: a) la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare il requisito – quasi costante – dell'urgenza/necessità dell'intervento governativo; b) la possibilità per il Parlamento di approvare, o meno, l'atto avente forza di legge, vuoi con parere negativo vuoi per il decorso del tempo, in termini piuttosto ristretti.

successiva dell'Italia unita⁴²¹ – passò alla storia: le condizioni politiche di un Paese – disse – possono risultare talmente drammatiche da obbligare il governo ad agire senza interpellare un Parlamento che verrà comunque successivamente chiamato in causa.

Nei primi decenni del Novecento, gli scrittori – all'epoca quasi tutti uomini di potere inseriti pienamente nell'attività politica del Paese – propendevano per la legittimità degli atti in analisi solo in casi di rara ma ineluttabile necessità⁴²². Esso consentì, ad esempio, di fronteggiare lo stato di assedio civile o politico (sospendere le guarentigie statutarie delle libertà in momenti di grave turbamento dell'ordine pubblico) e di utilizzare i celebri *decreti-catenaccio* in materia finanziaria il cui vantaggio economico, essendo spesso strettamente collegato all'anno di riferimento, non avrebbe potuto attendere complessi dibattiti parlamentari⁴²³.

Le sue origini riflettono quindi una mappatura genetica particolare: esso interveniva *raramente* – si parla di non più di duecentocinquanta decreti dal 1848 al 1914, compresi i decreti di stato d'assedio – e solo a fronte di *macro-cataclismi* imprevedibili capaci di generare un bisogno d'intervento assolutamente urgente⁴²⁴.

Il rapporto tra governo e *decreti-legge* si modifica durante le due guerre mondiali: in quel periodo i decreti incominciano ad essere emessi senza reali o comprovabili ragioni d'urgenza per la regolamentazione di materie eterogenee.

⁴²¹Cfr.: Cass. pen., 17 novembre 1888, in *Foro it.*, 1890, I, p. 8 dove è possibile leggere: “.. il governo anticipa solamente l'azione futura del Parlamento medesimo e, simultaneamente, gli impegna la duplice sua responsabilità morale e politica”. Pertanto, questo il punto, all'attività giudiziaria non compete la valutazione di tali atti.

⁴²² Il ragionamento di essi, come si è detto, si concentrava sullo stato di necessità legittimante. Per tutti, si vedano i lavori di: RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*; S. ROMANO, *Sui decreti-legge in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pub.*, 1909, I, p. 250; CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 55; V.E. ORLANDO, *Sui decreti-legge*, in *Riv. dir. pub.*, maggio 1925; LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, *ivi*, 1909, p. I.

⁴²³ Cfr.: SOLAZZI, *I decreti legge*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Calamandrei-Levi (a cura di), Firenze, 1950, pp. 98.

⁴²⁴ Molto chiaro sul punto: SOLAZZI, *I decreti legge*, *cit.*, p. 99.

I dati più attendibili a disposizione parlano di una proliferazione senza precedenti: dai mille prodotti solo nell'anno 1919⁴²⁵ ad alcune leggi di conversione (17 ottobre 1923, 17 aprile 1925, 18 e 21 marzo, 26 giugno e 15 luglio 1926) contenenti migliaia decreti. Gli interventi legislativi del '26 e del '39 rivolti alla riduzione di tale pratica⁴²⁶ – è qui che venne impostato per iscritto, per la prima volta, il requisito dell'*urgenza* – contribuirono altresì a cristallizzare la legittimità di una pratica ormai consuetudinaria⁴²⁷; arrivarono, in altre parole, a quella positivizzazione – poi anche codicistica relativa ai suoi effetti: art. 2, comma 6, c.p. del 1930 – già ormai presente nell'impostazione di una parte della dottrina e, soprattutto, in una rassegnata giurisprudenza⁴²⁸.

E' ben vero che il principio in analisi avrebbe dovuto imporre un generale divieto diretto a tutti gli "altri" organi dello Stato, ma la sua vera essenza, il suo *dna*, lo costringeva a rivolgersi soprattutto al governo. La *riserva* avrebbe dovuto costituire un principio non derogabile – se non in stato di necessità – di garanzia dei diritti delle persone e della libertà⁴²⁹ capace di assicurare una provenienza controllata della legge, una fideiussione sulla natura dell'organo (il popolo, l'assemblea eletta, *etc.*) capace di emanarla; la società richiesta dal principio oggetto del presente saggio è precisa: ogni tema deve essere discusso pubblicamente con le minoranze tenendo conto della scienza, un *micro-cosmo* in cui l'opposizione anima il confronto e l'informazione libera lo rende accessibile alla popolazione.

⁴²⁵ Dati presenti in apertura a: SIOTTO-PINTOR, *Correnti*, cit., p. 3, poi ripresi da: SOLAZZI, *I decreti legge*, cit., p. 97.

⁴²⁶ Su questi tentativi si veda il lavoro di: SCIALOJA, *Sulla conversione dei decreti legge*, in *Scritti giuridici*, V, 1936, p. 15 ss.

⁴²⁷ Sul punto v.: Il discorso del guardasigilli on. Rocco alla camera dei deputati nella seduta del 20 giugno 1925, in A.P., C.d.D., VVVII Legisl., Discussioni, p. 4390 richiamato opportunamente in FERRARI, *Il regime fascista italiano*, Roma, 1983, p. 123 (spec. nota 47).

⁴²⁸ D'importanza storica rilevantisima la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 9 luglio 1922, in *Foro it.*, 1922, I, p. 1098, dove è possibile leggere "...ormai acquisito il diritto del governo ad emanare decreti-legge".

⁴²⁹ Cit.: CARLASSARE, *La riserva di legge*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Aljs Vignudelli (a cura di), Modena, 2011, p. 107.

Nel dopoguerra l'Europa usciva da una parentesi assai buia, caratterizzata da cataclismi inimmaginabili generati (anche) da governi senza limiti e dalla presenza di regole spesso svincolate dai principi. Nota è, ad esempio, l'eclissi del divieto di analogia nella Germania nazista⁴³⁰; ma quando è in crisi questo divieto (analogia, almeno in *malam partem*) è in crisi anche la riserva di legge: i due principi sono legati indissolubilmente da un substrato culturale unitario e inscindibile.

Era il 1948 e l'Italia, così come la Germania, si allontanavano definitivamente dal regime autoritario malconce per via di atrocità consentite soprattutto dalla presenza di una maggioranza (fascista/nazista) senza vincoli e con pieni poteri di scelta. La nostra situazione giuridica, per amor di verità, non era delle peggiori, almeno se paragonata all'esperienza tedesca⁴³¹; tuttavia, quello costituiva il principale problema e, al tempo stesso, la fonte dell'entusiasmo che avrebbe generato una Costituzione orientata all'inequivocabile esaltazione della tutela delle

⁴³⁰ E' noto come il nazionalsocialismo intervenne sul divieto di analogia con la legge del 28 giugno 1935 [cfr., per tutti: VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in tema di analogia*, in *Riv. it.*, 1937, p. 907; NUVOLONE, *La riforma del §2 del codice penale germanico*, 1938, ora in *trent'anni di diritto e procedura penale*, v. I, Padova, 1969, p. 1 ss.; NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, in *Rechts in historischer Perspektive*, Munchen-Wien, 1981, p. 71 ss.]. Anche l'art. 16 del Codice penale sovietico del 1926 abilitò il giudice all'analogia [v., tra gli altri: ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale sovietico*, in *Scuola positiva*, 1930, I, p. 444; ID., *L'analogia nel diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1934, p. 1171; T. NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale sovietico*, Milano, 1963; sui successivi sviluppi v., DE SANCTIS, *La nozione materiale di reato e la concezione di legalità sostanziale nel sistema penale dei paesi socialisti. Aspetti problematici e rilievi critici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 885 ss.; ma anche, seppur più in generale: MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 156 ss. Non possono non citarsi sull'analogia anche i lavori essenziali di: BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; ma anche quelli più penalistici di BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Milano, 1942; F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; ma anche il lavoro decisamente più recente di SORRENTINO, *Il dilemma del divieto di analogia nella materia penale*, Napoli, 2001.

⁴³¹ Per un'interessante analisi dei provvedimenti repressivi che hanno scardinato le fondamenta del sistema giuridico-costituzionale tedesco si v., tra i tanti: KLEMPERER, *Ich will Zeugnis ablegen bis zum letzten: Tagebuchen 1933-1945*, Berlino, 1995, tradotto anche in lingua italiana ID., *Testimoniare fino all'ultimo. Diari 1933-1945*, Milano, 2000.

minoranze, anche a costo della governabilità. Scelta, questa, opposta a quella tedesca⁴³².

Già l'art. 48 della Costituzione di Weimar (1919) conferì al Presidente della Repubblica il potere di adottare le disposizioni "necessarie" al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, sospendendo, nel caso, l'efficacia dei diritti fondamentali. Fermo restando, però, l'obbligo di trasmissione di tali atti al *Reichstag* che poteva disporre la revoca⁴³³.

Quale regola generale, come base di partenza, la Costituzione tedesca prevede *ex art. 80* che il Governo o un ministro o i governi dei Länder possano essere autorizzati per legge, la quale deve specificare contenuto, scopo ed estensione della delega, ad adottare

⁴³² La comunità tedesca del '900 non ha mai mostrato particolare interesse per il rapporto *Verfassungsgrundsätze/Strafrecht*: ciò almeno dai primi anni Sessanta, quando si liquidava la questione sostenendo che la Costituzione avesse dimenticato il diritto penale [Cfr.: SCHLOSSER, *Der Grundsatz "keine Strafe ohne Schuld, als Verfassungsnorm*, pp. 2 e 104 ss. Solo negli ultimi decenni pare che qualcosa, seppur trascurando l'esperienza italiana, stia lentamente cambiando, v.: Ciò è vero sia in materia penal-processuale [cfr., per tutti: ROXIN, *Strafverfahrensrechts*, München, 25 Aufl., 1998, § 2A, 9] sia in quella sostanziale [tra i pochi, già: KLOSE, *Ius puniendi und Grundgesetz*, in *ZStW* 86, 1974, p. 33 ss.; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 3 Aufl., 1997, I, 15; WOLTER, *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, GA, 1996, p. 207 ss.; ma anche TIEDEMAN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991]. Tuttavia, un tale disinteresse nei principi e confronti del *decreto-legge*, quindi alla legalità nella declinazione di questa *riserva di legge* non può essere spiegato solo mediante l'incapacità degli intellettuali d'individuare lo statuto costituzionale del diritto penale. Esso, probabilmente, trae anche origine da una scelta storico-politica ben precisa in favore della governabilità del Paese: in altre parole, non volevano esporsi al rischio di ripetere Weimar.

Il declino della società nell'autoritarismo trova infatti la sua fonte in Italia, così come in Germania, (anche) nel problema dell'ingovernabilità del Paese a causa dell'instabilità politica tipica del *post*-prima guerra mondiale; la Repubblica di Weimar, costituendo la sintesi dell'impotenza dell'esecutivo, consentì al nazionalsocialismo di assumere il potere nel 1933 cavalcando il malcontento di un popolo affaticato da un Parlamento *ultra*-frammentato dove ogni decisione nasceva *ab origine* irraggiungibile. I costituenti tedeschi ben conoscevano il problema e, durante la scrittura della nuova Carta fondamentale, hanno provato ad immaginare, a differenza nostra, una macchina legislativa incapace d'implodere sotto immobilismi autoindotti. Nonostante ciò – qui il dato per noi più interessante – i padri costituenti d'Oltralpe riuscirono nel Novecento a bilanciare la governabilità con la libertà e a dotarsi di una riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*) "scalare"; una struttura sorretta dall'art. 20 GG e dal § 1 *StGB* generalmente forte e ben più garantista rispetto a quella che si registra nell'esperienza italiana dal 1919 in poi.

⁴³³ Così AA.VV., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, cit., p. 136 ss.

regolamenti (c.d. ordinanze giuridiche/*rechtsverordnungen*)⁴³⁴. Per tematiche concernenti pene *non privative* della libertà il criterio classico *ex* § 104, comma 1, prima parte, GG: “... la libertà personale può essere limitata solo in base ad una legge formale e con l’osservanza delle forme ivi descritte”. Anche in questo caso, però, i tedeschi non concepiscono una legge penale formata dal solo governo e per un periodo di tempo “x” assolutamente valida ed efficace: il loro sistema costituzionale contempla un legislatore-atipico (ordinanze legislative da parte dei ministri federali o del governo federale o dei governi dei *Länder*), ma lo abilita solo *post-delega* specifica e completa concernente la determinazione del contenuto, lo scopo e la misura delle autorizzazioni concesse.

Quanto ai temi che coinvolgono direttamente la privazione della libertà (la pena detentiva, *die Freiheitsstrafe*), la loro Costituzione impone il rispetto quasi assoluto del 104 GG per i presupposti fondamentali della disposizione (*precetto + sanzione*), lasciando spazio a mere integrazioni del precetto concretizzabili mediante un’ordinanza legislativa comunque bisognosa di previa delega.

Esiste poi un’altra procedura assai interessante sotto un profilo teorico, ma di fatto mai applicata: l’art. 81 della Legge Fondamentale tedesca disciplina lo stato di emergenza legislativa. Ovvero, il Presidente federale, su proposta del governo, può dichiarare tale stato con l’assenso del *Bundesrat* se il *Bundestag* respinge un progetto di legge dichiarato urgente dal governo. Se dopo tale dichiarazione il *Bundestag* respinge ancora una volta il progetto o lo approva con modifiche inaccettabili per la maggioranza, la legge può essere approvata con il solo consenso del *Bundesrat*⁴³⁵.

In altre parole, la maggioranza d’Olttralpe è perennemente sotto scacco ma non paralizzata⁴³⁶. In questo quadro, il *decreto-legge* non esiste nelle forme che noi conosciamo e, di conseguenza, le paure della dottrina, così come quelle della Corte costituzionale tedesca, si dirigono verso orizzonti più affini al controllo sull’operato del giudice.

⁴³⁴ Da non confondere con le *Verwaltungsverordnungen*: ovvero, ordinanze amministrative ad efficacia amministrativa interna che non necessitano di autorizzazione legislativa.

⁴³⁵ Richiama questa procedura: AA.VV. *Diritto costituzionale dei paesi*, cit., p. 142 ss.

⁴³⁶ Corre l’obbligo di ricordare brevemente come, oltre a non concepire il concetto di *decreto-legge* in materia penale e a sottoporre l’ordinanza legislativa a regole ferree e inequivocabili, il *Deutscher Bundestag* dispone di strumenti formidabili di controllo del governo. Oltre alle domande che ogni deputato può porre per iscritto (e una risposta puntuale è d’obbligo), anche i numerosi dibattiti parlamentari (anche quelli di c.d. “di attualità”) e le commissioni d’inchiesta (convocate su richiesta di almeno centoventi membri del *Bundestag*) dove i deputati obbligano i rappresentanti del governo a fornire risposte, spesso anche davanti ai media nazionali.

All'interno della Costituzione del '48 i *decreti-legge* fecero ingresso a fatica: se in un primo momento le opinioni dei costituenti, consce del passato, furono per l'espunzione degli stessi dal testo definitivo della Carta, durante le discussioni in Assemblea i Padri costituenti decisero comunque di disciplinarli all'art. 74-*bis* del progetto, poi divenuto l'attuale art. 77 Cost.

Diciamo subito che l'art. 77, comma 2, non specifica i casi in cui il *decreto-legge* può essere emanato, ma si limita a ricomprenderli, queste le parole esatte, in quelli di "*straordinaria necessità e urgenza*". Tale indicazione, sebbene apparentemente generica, ha un peso e un significato storico profondo, oltre che condizionante.

Proveremo a specificare meglio questo punto. La *necessità* e l'*urgenza* non sono, a nostro umile avviso, parametri *politici*, ma *scientifici* relativi al contenuto del provvedimento e quindi risultano bisognosi di una motivazione⁴³⁷ giustiziabile anche *ex ante*. Con un'interpretazione contraria alla storia, al profilo genetico della Costituzione e ai principi (oltre che ai valori) che la compongono, una certa dottrina ha tentato di sostenere come i requisiti di *straordinaria urgenza* e *necessità* dovessero "*inerire al provvedere e non necessariamente al contenuto del provvedimento*"⁴³⁸. Se così fosse allora il governo avrebbe assoluta libertà sostanziale, contenutistica, nel legiferare (anche) in materia penale, perché il ritardo tecnico che caratterizza l'attività politica del nostro Paese impedisce all'osservatore d'immaginare, anche solo concettualmente, provvedimenti legislativi di qualsiasi tipo non accompagnati da una qualche necessità e urgenza del provvedere.

⁴³⁷ Sul bisogno di motivare la legge penale, v.: DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius* 17@unibo.it, n. 2/2009, p. 15 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 83 ss.; conferma anche MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2010, p. 85 (spec. nota 5).

⁴³⁸ ESPOSITO, voce *Decreto-Legge*, in *Enc. Dir.*, Roma, 1962.

Ebbene, i due termini di cui si discute informano gran parte del mondo del diritto. In un'accezione generica ma umanizzata (*necessitas* per i latini o *Ανάγκη* per i greci) la parola "necessità" richiama l'idea di una forza superiore alla volontà dell'uomo che ne determina inevitabilmente l'azione: *necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*, dicevano i romani.

Le fonti di una simile forza possono essere numerose, ma non è qui il caso di approfondirle tutte. In alcuni ambiti, ad es. nel diritto penale, essa è riconosciuta come parte della *ratio* storica del principio di offensività, declinato anche nella sussidiarietà se vogliamo o, addirittura, come elemento indispensabile per far coincidere una reazione di per sé illecita ad un diritto *ex ante* incerto (è il caso della legittima difesa o dello stato di necessità).

Con riferimento al decreto-legge, però, tale concetto assume declinazioni specifiche: in primo luogo individua *l'esistenza di situazioni non prevedibili dal, o improvvise per il, soggetto, l'organo o l'istituzione*. I *bisogni* debbono essere immancabilmente discussi in presenza delle minoranze e dell'opinione pubblica, le urgenze possono (momentaneamente e nei limiti costituzionali) giustificare il sacrificio delle esigenze tipiche del bisogno non urgente.

Ad ogni modo, anche sotto un profilo storico (v. § 3.4.) il *decreto-legge* ha fatto ingresso nella Costituzione per limitare un abuso in corso non più tollerabile, non per favorirne lo sviluppo. Di fatto fu un fallimento, perché l'idea dei Padri Costituenti, la finalità di quel secondo comma dell'art. 77 Cost., era appunto il ritorno ad un uso *pre-bellico* dello stesso inerente la prassi rimasta attiva fino al 1919.

Doveva trasformarsi in un mezzo eccezionale da utilizzare in situazioni in cui le circostanze fattuali consentissero d'individuare una reale emergenza nei confronti della quale l'intervento immediato costituisse un'azione doverosa. Anzi, l'inserimento di tredici lettere, di cui sei vocali e sette consonanti, in più: "straordinaria", fuori dall'ordinario, *extra ordinem* (necessità e urgenza), serve proprio a specificare la volontà di "andare oltre" a tutto quanto abbiamo fin qui osservato; ciò significa, in buona

sostanza, che non è sufficiente la presenza di una “qualsiasi situazione d’urgenza”, ma occorre anche, e forse soprattutto, *l’improrogabilità del provvedere*. Serve una dimostrazione in ordine a quelle conseguenze, comunque peggiori, che potrebbero derivare dall’astensione o dall’attesa. La nostra posizione, è chiaro, deriva da una profonda diffidenza verso l’arrogante potere della maggioranza nella costruzione delle disposizioni (in materia penale).

La storia parla chiaro in proposito; d’altra parte, anche la letteratura critica del primo Novecento individuò bene, esplicitamente o implicitamente, il momento in cui l’uso divenne abuso e noi oggi, con quella ironia tipica di coloro che “...dopo, sapevano tutto prima”, possiamo confermare le paure che muovevano le loro denunce: l’eccesso, perpetrato già all’interno dei gabinetti di Giolitti, Bonomi e molti altri, si è rivelato in linea con la strategia più intima della nuova egemonia fascista sul diritto e sui diritti delle minoranze. La legge “è” in quanto lo Stato “dichiara”; un governo utile, in quella logica, deve poter produrre regole senza impicci, guazzabugli di minoranza, proteste o, più in generale, bastoni fra le ruote (*sic!*).

Tanto diffusa era quella pratica che quando il governo Mussolini, fresco della marcia romana, chiese al Parlamento una delega in bianco per riformare l’organizzazione burocratica dello Stato (oltre che dei tributi), il popolo lesse la stessa come un omaggio doveroso al duce, ma non è tutto. Tramite *decreti* furono disegnati dal fascismo alcune esclusioni dai diritti – ad es., quello di cittadinanza (cfr. 10 gennaio 1926 n. 16) – fu limitata la libertà di stampa, e altre nefandezze simili. Nonostante la presenza di una legge come la n. 100 del 31 gennaio 1926, che formalizzava e legittimava parte di questi scempi giuridici⁴³⁹, il governo di Mussolini andò oltre il limite delle materie specificamente ivi stabilite: incominciò a legiferare sul

⁴³⁹ Anche se il dato è assai noto, ci pare doveroso ricordare come la legge del 31 gennaio del 26 n. 100 costituisse, tra le altre cose, la legittimazione formale dei provvedimenti per la difesa della razza italiana assunti con *decreto-legge* il 17 novembre 1938 (n. 1728).

regime delle società per azioni rovesciando il sistema del Codice del commercio, a predisporre un controllo rigido sulle manifestazioni pubbliche non politiche, stabilire il monopolio statale dell'istruzione e dell'educazione della gioventù, fino ad annullare completamente i poteri autonomi del Parlamento stesso, *etc.*

Dopo il suo ingresso ufficiale nel sistema giuridico dell'epoca – accompagnato da fanfare e olifanti⁴⁴⁰ – il *decreto-legge*, conoscendo come oggi ben pochi limiti⁴⁴¹, ha prodotto un clima politico-criminale in cui il Governo, in vari casi, gode del potere d'intervenire sulle materie più diverse e sui diritti fondamentali senza pubblicizzare il dibattito interno e senza confrontarsi con le minoranze politico-sociali del Paese, mediante l'utilizzo di atti dotati di forza ordinaria e che operano come, o modificano/abrogano le, leggi.

Quest'affermazione, se trasformata in negativo, rappresenta l'essenza più profonda di tutto ciò che la riserva di legge intende evitare sin dai tempi della monarchia costituzionale tedesca.

Uno studente di giurisprudenza non avrebbe dubbi nel ricondurre la *ratio* della riserva nella volontà di evitare che il Governo, in qualsiasi caso di normalità⁴⁴², goda del potere d'intervento (anche in *malam partem*) in materia penale senza una pubblicizzazione dei

⁴⁴⁰ Per un riassunto completo degli entusiasmi del primo Novecento si rimanda ancora a: SIOTTO-PINTÒR, *Correnti*, cit., *passim*.

⁴⁴¹ Quanto ai decreti legge essi non possono in alcun modo essere emanati senza valide ragioni di straordinaria necessità e urgenza, né essi possono più subire iterazioni o reiterazioni senza modifiche sostanziali e senza nuove e dimostrabili ragioni di urgenza [cfr., tra le altre: Corte cost., sent. n. 29 del 1995; n. 161 del 1995; n. 360 del 1996; n. 161 del 1995 e ord. n. 197 del 1996]. In tema di decreto legislativo, allo stesso modo, la legge delega deve essere formata con rigore, chiarezza e analiticità [cfr. Corte cost., sent. n. 250 e n. 259 del 1991, per la dottrina M. ROMANO, *Commentario, sistematico*, cit., art. 1/12, p. 35; ID. *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, G. Vassalli (a cura di), Napoli, p. 35 ss.]. Per una illuminante ricostruzione di questi *micro-limiti* imposti dalla Consulta, almeno fino al 2006, v. ancora: M. ROMANO, *Corte costituzionale*, cit., p. 32 ss.

⁴⁴² Sul punto è interessante notare come la Consulta abbia ridotto la sua competenza nel controllo dei presupposti per l'emissione di un *decreto-legge* alla "assoluta mancanza" dei requisiti di necessità ed urgenza. Ogni altra valutazione rimane politica e concerne il momento parlamentare di conversione in legge. Cfr. Corte cost., n. 83 del 2010.

dibatti interni e senza un confronto diretto con le minoranze del Paese. Rimarrebbe stupito nel constatare l'esistenza di una loro produzione diffusa e svincolata da casistiche di assoluta (e oggettiva) necessità e urgenza. Uno stupore, questo, che evidentemente sfuma con l'avanzare dell'età.

L'agile resoconto appena esposto non consente certo di apprendere molto sull'intera storia e sull'evoluzione di una materia complessa come quella in parola; tuttavia, quanto detto ci pare sufficiente per comprendere come la presenza del *decreto-legge*, così come impostato oggi nella realtà – circa centonovanta *decreti-legge* solo nel 2014, più di sessanta dall'inizio della legislatura del Presidente del Consiglio dei Ministri Renzi – costituisca una minaccia per la stabilità di una Repubblica fondata sulla divisione dei poteri e che il suo abuso rifletta la presenza d'incognite strutturali assai profonde.

La prassi attuale risulta, come abbiamo avuto modo di verificare, in perfetta continuità con il ventennio fascista. Esiste però una speranza sconosciuta durante i primi decenni del Novecento: l'esistenza di una Costituzione *condizionante* e di una Consulta dotata di qualità tecniche sufficienti per interrompere definitivamente gli abusi del nostro tempo; oltre che, come noto, un substrato culturale idoneo a supportare interventi penetranti di quest'ultima nella sostanza oltre che nella forma.

La nota premessa "legittimante" l'istituto analizzato – il vaglio successivo del Parlamento – sconta poi l'esistenza di un segmento temporale più o meno prolungato (sessanta giorni per il *decreto-legge* e un tempo non determinabile *ex-ante* per il *decreto legislativo*) in cui ciò che ha deciso autonomamente il Governo in materia penale diviene vincolante per la generalità dei consociati, anche per quelle minoranze che non hanno contribuito alla formazione della disposizione.

Ora, ammesso che il *decreto-legge* non venga reiterato⁴⁴³, sessanta giorni costituiscono un lasso tempo già inammissibile per quanto ci riguarda⁴⁴⁴:

⁴⁴³ Vero è che la sentenza 360 del 1996 ha ridimensionato il fenomeno, ma è altrettanto vero che esso non è stato debellato del tutto.

⁴⁴⁴ CARLASSARE, *La riserva*, cit., p. 110.

l'affermazione "se non convertito il *decreto-legge* si considera mai entrato in vigore" è teoricamente ineccepibile, ma concretamente inesatta e fuorviante. In circa otto settimane, in caso di mancata conversione, è possibile giustiziare persone, inibire diritti, attivare misure carcerarie preventive, sentenze definitive, perseguire autori-tipo, innescare pratiche di suicidio assistito, *etc.*, salvo poi chiedere "scusa", quando va bene, e dimenticare tutto.

Esempio 1: se il governo, al fine di fronteggiare un periodo di forte criminalità, decidesse d'introdurre nuovamente la pena capitale con *decreto-legge*, il Presidente della Repubblica – almeno questa è la speranza – userebbe i pochi e blandi mezzi a sua disposizione per ritardare (non bloccare) la procedura, ma sessanta giorni potrebbero – magari con l'aiuto di qualche magistrato non particolarmente celere in sede di q.l.c. o con l'aiuto di una Consulta oberata di lavoro – essere sufficienti per giustiziare un essere umano.

La maggioranza può dunque adottare provvedimenti assai pericolosi per la libertà che entrano in vigore dopo un (quasi) inutile vaglio del Presidente della Repubblica⁴⁴⁵ e che risultano potenzialmente idonei a generare disorientamento politico, oltre che effetti tragicamente irreversibili.

Esempio 2: Il governo, al fine di evitare l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione di Eluana Englaro ha provato ad emanare un *decreto-legge ad personam* palesemente carente dei requisiti richiesti dall'art. 77 Cost., ma, non senza minacce d'*impeachment* da parte del centro-destra, è stato respinto dal Presidente della Repubblica. Dato questo precedente, disorientante ma comunque non produttivo di effetti irreversibili *strictu sensu* intesi, chi potrebbe escludere uno sforzo simile da parte di un governo futuro? Magari di segno contrario, diretto a stabilire – sempre con *decreto-legge* – la liceità del (o, peggio, di un) suicidio assistito.

Il *decreto-legge*, si dice, è potenzialmente verificabile dalla Corte costituzionale, alcune fonti subordinate no.

⁴⁴⁵ Il primo cittadino d'Italia non gode di poteri condizionanti all'interno dell'*iter* legislativo. Ciò, si badi, non significa che se ne siano sempre disinteressati, tutt'altro: negli ultimi vent'anni, ad esempio, i Presidenti hanno manifestato grande interesse per il rispetto delle regole per una buona normazione [sul punto si rinvia a: PICCHI, *L'obbligo*, p. 41 ss.].

Ora, che questa sia una garanzia non vi è dubbio. Maggiori incertezze sussistono invece sul suo carattere di “giustificazione”: con l’assetto attuale del nostro vaglio di legittimità costituzionale (solo *ex post*, temporalmente imprevedibile, solitamente lento e pieno di limiti autoindotti) la mera possibilità di sottoporre un atto all’attenzione della Consulta non equipara quest’ultimo alla legge ordinaria, almeno non sotto il profilo delle garanzie.

Una provocazione: assai più garantista pare francamente l’atteggiamento di coloro che ammettono senza giri di parole il possibile intervento (penalistico) del solo *regolamento*, che per la sua natura di fonte secondaria mai potrebbe modificare, abrogare o incidere su leggi ordinarie approvate pubblicamente e insieme alle minoranze. Il regolamento incostituzionale, poi, potrebbe essere disapplicato direttamente – e con ben minore attesa – dai giudici ordinari o, nel caso, annullato da quelli amministrativi⁴⁴⁶. Il punto è che il governo vuole incidere e non rischiare una disapplicazione diretta sicuramente imbarazzante.

In altri termini, e concludiamo, né la *temporaneità del rischio* né il *controllo della Corte* possono essere argomenti decisivi a favore di deroghe non conformi a Costituzione.

9. La declinazione astratta dell’offensività nelle paure della Consulta: dalla selezione politica a quella scientifica – Che la Consulta risulti da sempre almeno in parte ristretta all’interno di un *self restraint* autoindotto è un dato noto.

Per quanto concerne offensività – qui il punto per noi più interessante – essa la considera un limite di valore costituzionale, quindi teoricamente sindacabile, alla libertà politica di selezione del penalmente rilevante⁴⁴⁷. Ciò posto, oltre all’assenza più assoluta di un vaglio sulle modalità di lesione (v. § 9.1.), in tema di sindacato sulla “selezione” dei beni giuridici e delle tecniche di tutela legittime effettuata dal legislatore penale la Corte

⁴⁴⁶ Allo stesso modo il pensiero di: CARLASSARE L., *Le fonti*, cit., p. 168; idea riportata anche da CUPELLI, *La legalità*, cit., p. 128 (spec. nota 11).

⁴⁴⁷ Sul punto si rinvia, per tutte, a: Corte cost, sent. n. 519 del 2000.

pare confondere volutamente i rapporti di priorità che intercorrono tra *offensività, ragionevolezza e proporzionalità*⁴⁴⁸.

Questo un coerente riassunto del *leitmotiv* in analisi: “... il sindacato sulle scelte contenutistiche del legislatore penale è limitato al relativo esercizio distorto o arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza ... tale criterio si fonda sul principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. ed, in stretta connessione con il criterio di proporzione, esige che la scelta legislativa rispetto al bene e rispetto alla predisposizione di tutela penale dia razionalmente argomentabile e controllabile”⁴⁴⁹. La Corte, richiedendo alla politica il rispetto di una mera razionalità procedurale⁴⁵⁰, ha sempre optato per un *self restraint* motivato dall’estraneità delle sue funzioni a considerazioni *ideologiche o politiche*⁴⁵¹, come quella della selezione di beni ormai molto dematerializzati⁴⁵².

In questo modo la scienza perde ogni possibilità di dialogo con la Corte costituzionale: laddove la decisione sulla selezione dei beni non è considerata più tecnica ma politica è la discussione parlamentare che conta, null’altro.

Rileggendo l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale ci si accorge di due questioni fondamentali: a) la Corte ha ragionato in termini di offensività anche prima di riconoscere il principio esplicitamente nel 1986 (v. nota 299); b) tuttavia, non riesce a svilupparne a dovere il contenuto più attuale per via, almeno a nostro parere, di alcuni errori metodologici centrali da analizzare *step by step*. Procediamo per gradi.

⁴⁴⁸ Questa confusione è chiarissima nelle sentenze: Corte cost., sent. 262 del 2005; n. 250 del 2010 e 447 del 1998.

⁴⁴⁹ La citazione che riassume magistralmente la complessa situazione è di: G. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa University Press, 2014, p. 139.

⁴⁵⁰ Così FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 124 ss.; ripreso, tra gli altri, anche da STEA, *I principi*, p. 140.

⁴⁵¹ Esemplare in questo senso Corte cost., sent. n. 409 del 1989.

⁴⁵² Così: CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 218 ss.

Il “ragionamento” dei giudici costituzionali è caratterizzato da una riflessione costante sull’offensività come principio⁴⁵³: già nelle sentenze emesse qualche anno dopo l’inizio ufficiale dei lavori è dato scorgere ragionamenti di questo tipo. Ci riferiamo chiaramente alle sentenze n. 74 del 1958, n. 65 del 1970 e la n. 108 del 1974. In esse la corte – vuoi in tema di contravvenzioni di manifestazioni fasciste, vuoi sull’art. 414 c.p., vuoi in tema di 415 c.p. – pensa in modo conforme all’offensività considerando un *out-out* rigido e non discutibile: se il fatto previsto dalla legge non è caratterizzato da un pericolo di offesa per il bene giuridico di riferimento quest’ultima è da ritenersi illegittima.

Non è tutto, la Corte è tornata più volte su questo tema con Renato Dell’Andro in punto di offensività di un’arma ad aria compressa (sent. n. 131 del 1986), col relatore Granata in tema di pericolo astratto-presunto/stupefacenti (sent. n. 333 del 1990, n. 133 del 1992 e 360 del 1995) e con Neppi Modona sugli art.li 182 e 183 c.p.m.p. (sent. n. 519 del 2000 e poi nel 2005 con la sent. n. 267), fino alle pronunce redatte da Mezzanotte che ritengono per la prima volta nella storia della Corte il principio in parola pienamente costituzionalizzato nell’art. 25, comma 2, Cost. (sent. 263 del 2000 e nella celebre n. 324 del 2002).

Tuttavia, come noto, queste sentenze, pur ragionando in termini di offesa, solo raramente (ad es. si v. le sent. n. 108 del 1974, 324 del 2002, e poche altre tra le quali la nota sent. n. 49 del 2010) produssero effetti rilevanti in ragione dell’offensività in astratto intesa quale limite al legislatore in tema di selezione dei beni e delle tecniche di tutela legittime. Gli interventi della Corte furono piuttosto protesi, in un primo momento, a nascondere il principio pur utilizzandolo e, in un secondo momento, a riconoscerlo ma, contemporaneamente, a supportare un *self restraint* ingiustificato, oltre a sovrapporre l’offensività in astratto al solo rifiuto delle logiche d’autore.

⁴⁵³ In questo senso già VASSALLI, *Introduzione a “Diritto penale e giurisprudenza costituzionale”*, in *Dir. pen. e giurisprudenza costituzionale*, nella Collana “I 50 anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana”, v. 22, Napoli, 2006, p. IX ss, poi confluito in ID., *Ultimi scritti*, Milano, 2007, p. 156 ss. (spec. 221 ss.).

Un'altra precisazione: l'offensività, è vero, pare il riflesso di una preferenza naturale verso l'applicazione di un diritto penale orientato prevalentemente al fatto, ma non si risolve solamente in ciò. Sovrapporre l'offensività al solo *diritto penale del fatto*, è attività che s'inserisce, seppur indirettamente, in un processo distorto di oggettivizzazione patologica (anche) in *malam partem* ben conosciuto. Il legislatore contemporaneo, così come la giurisprudenza ordinaria e costituzionale, non si fidano troppo di giudizi sulla personalità di un popolo orientato alla regola del "*fatta la legge, trovato l'inganno*"⁴⁵⁴: ciò accade solo nel diritto penale minorile e in pochi altri ambiti. Solitamente, la mancanza di fiducia nel prossimo conduce all'oggettivizzazione di tutto l'oggettivizzabile: dalla capacità d'intendere e di volere mediante l'irrelevanza di tutto ciò che non rientra in manuali psichiatrici pre-determinati, la colpa (es.: inosservanza obiettiva della regola cautelare da sola sufficiente, almeno se abbinata alla capacità d'intendere e di volere, per l'affermazione della responsabilità penale), le scusanti, come l'ignoranza inevitabile, prendendo come punti di riferimento evidenze solo oggettive (incertezza palese sulla declinazione ermeneutica di una disposizione penale, contrasti giurisprudenziali evidenti, appartenenza a culture differenti, *etc.*) e molto altro ancora.

Frequentemente – questo è un punto centrale – l'oggettivizzazione non coincide solo con una garanzia; con esso possono essere promosse prassi in *malam partem*. Parte del c.d. *diritto penale d'autore* è infatti oggettivizzabile e, in molti casi, patologicamente oggettivizzato: si pensi, solo a titolo di esempio, alla dichiarazione di cui all'art. 99 c.p. e all'irrelevanza processuale della personalità di colui che ricade nel reato. Un sotto-fascicolo contenente un elenco di reati precedentemente commessi e un capo d'imputazione costituisce forse un compendio sufficiente per conoscere l'autore? Per adattare l'istituto alla colpevolezza (per il fatto) non basta restringere – seppur *de lege ferenda* – l'aggravio di pena all'interno della cornice edittale, ma occorre personalizzare il giudizio e impedire gli automatismi oggettivizzanti tipici della prassi giudiziaria.

Un simile "*misunderstanding*", a nostro parere, ha radici politiche, prima che giuridiche. Breve: se una *Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri* (1983) espunge completamente l'offensività dai criteri principali di selezione tra *tutela penale* e *tutela amministrativa*, ribadendo, seppur con qualche differenza, tale omissione nel rapporto *delitti/contravvenzioni* tre anni dopo (1986), significa che vi è stata una chiara presa di posizione, una "scelta" precisa, anche se più o meno consapevole, diretta a dar spazio alla *proporzionalità* invece che all'*offensività* nel dialogo tra scienza e politica.

⁴⁵⁴ In questo senso, v.: DONINI, *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 266.

Ciò, d'altro canto, può dipendere dall'assenza dell'offensività come principio nell'ordinamento di riferimento⁴⁵⁵ o, più probabilmente, da una sua non valorizzazione intenzionale: così facendo, infatti, si riesce a mantenere il potere sulla *scelta penale* – assai comoda per acquisire consensi tramite una criminalizzazione “a tappeto” – e *cedere* (parte del-) *la struttura* della disposizione.

Quanto alle aporie tecniche esistenti nel rifiuto della valenza prescrittiva del principio di offensività in astratto, dicevamo, si nota come, sin dal 1989, mantenendo fede al contenuto dell'art. 28, L. 87 del 1953,⁴⁵⁶ abbia inteso estromettersi da ogni valutazione sugli interessi tutelabili penalmente⁴⁵⁷; in quanto, a parer loro, *intrinsecamente politica*. Solamente laddove la discrezionalità del Parlamento in tema d'individuazione di condotte punibili o sanzioni applicabili raggiunga livelli tali da contrastare col diverso principio di ragionevolezza il suo intervento risulterà giustificato.⁴⁵⁸

Questo, dunque, il ragionamento di fondo in tema di offensività come *controllo sulla scelta di tutela penale*⁴⁵⁹; oltre che come *criterio di preferenza fra*

⁴⁵⁵ Questo è il caso della Spagna e della Germania: sul punto si veda S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in *Fest. Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 521 ss.;

⁴⁵⁶ Il famoso testo dell'articolo in parola recita: “*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.*”

⁴⁵⁷ Numerose le denunce della dottrina sul punto, tra le numerose e autorevoli voci si rimanda, per tutte, alla critica di quasi diciassette anni orsono cristallizzata nel contributo DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione.*, Cedam, 1996, p. 29 ss.

⁴⁵⁸ Fra le numerose sentenze in tal senso si vedano: C. cost., 5 dicembre 1998, n. 447; C. cost., ord., 20 giugno 2005 n. 262; C. cost., 5 luglio 2010, n. 250. Il medesimo parametro di ragionevolezza è utilizzato in sede di depenalizzazione (*ex plurimis*, cfr. C. cost., ord. 9 maggio 2001 n. 144) e in tema di entità e tipologia delle sanzioni accessorie (cfr. C. cost., ord. 27 ottobre 2006, n. 345).

⁴⁵⁹ Il riferimento è al concetto che la Corte esprime con le parole “*...spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma in particolare interpretata, il bene o i beni tutelati, attraverso l'incriminazione di una determinata fattispecie tipica, determinare in concreto ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante*” [Cfr. C. Cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *questa rivista*, 1986, p. 1702, con nota di

*penale o amministrativo*⁴⁶⁰ e di *selezione delle tecniche di tutela legittime*.⁴⁶¹ L'unico ambito nel quale la Consulta sembra avvertire la necessità di rifarsi esplicitamente all'offensività per intervenire con decisione sulle scelte del legislatore è quello dei reati che ricalcano la struttura tipica di un diritto penale c.d. "d'autore". Solo in presenza di illeciti costruiti esclusivamente su quei modelli, unicamente soggettivistici, o su circostanze aggravanti per veri e propri *tipi di autore*⁴⁶² la Corte apre il

PALAZZO, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi* (spec. p. 1694 ss.). L'assunto – e lo stesso riconoscimento esplicito dell'offensività come principio – è stato poi costantemente confermato dalla giurisprudenza successiva, fra le numerose si ricordano: C. cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in *questa rivista*, 1989, p. 186 s., con nota di Sorrentino, *L'interesse minorile e il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale*; C. Cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *questa rivista*, 1995, p. 2820, n. 1679 con nota di Amato, *Nuovi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*; Ord. n. 144 del 1991, *ivi*, 1991, p. 1550; Ord. 437/1989, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 725 con nota di INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività*.

⁴⁶⁰ Nell'alternativa fra sanzione penale e amministrativa la Corte, eccezion fatta per qualche caso davvero sporadico [Cfr. C. cost., 5 dicembre 1998, n. 447], ritiene da sempre di non poter effettuare alcun apprezzamento concreto, se non a livello di mera direttiva di politica criminale tesa a sottolineare l'importanza dei principi di proporzionalità [Cfr. C. cost., 23 ottobre 1989, n. 487] e sussidiarietà propri della legge penale.

⁴⁶¹ Anche in tema di struttura dell'illecito penale la Corte costituzionale ha deciso di abbandonare ogni valutazione sia sulla scelta fra *danno* e *pericolo* che sulle tipologie stesse del pericolo. Da qui la possibilità per la politica di costruire fattispecie di pericolo presunto col solo limite che esse non appaiano totalmente irrazionali. Molto indicativa pare la sentenza n. 333 del 1991 con cui la Consulta, in materia di stupefacenti, ha affermato – dopo un'ampia premessa sulla compatibilità del pericolo presunto col dettato costituzionale – che il parametro idoneo per valutare l'irrazionalità della presunzione è la mancanza di collegamento della stessa con *l'id quod plerumque accidit*.

⁴⁶² Ad esiti diversi, invece, approdano quei reati ispirati alla modellistica dei reati d'autore ma che, in qualche modo, possono essere interpretati secondo il principio di offensività in concreto. Si pensi al c.d. "reati di sospetto" come l'art. 707 c.p. che, conformemente con quanto stabilito dalla C. cost., 11 giugno 2008, n. 225, pur non essendo censurabili dai Giudici delle Leggi, debbono subire l'influsso decisivo dell'offensività in concreto.

dialogo col legislatore, sfoderando argomentazioni tese a valorizzarne il contrasto col principio di offensività.⁴⁶³

Una piccola parentesi. L'esistenza nel mondo di politiche-criminali orientate (non all'autore ma) al *tipo di autore*, è un fatto dolorosamente attuale, soprattutto in Ungheria⁴⁶⁴. Dopo la vittoria politica folgorante del 2010, il nuovo governo di destra, guidato dall'ex moderato Viktor Orbán, ha messo prontamente mano alla Carta costituzionale (2012) limitando il potere giudiziario, la libertà di stampa (art. IX) e i diritti fondamentali in generale. Queste ed altre manovre *dichiaratamente illiberali* stanno rivoluzionando, in peggio, anche il sistema penale interno. Tra le modifiche sconcertanti per noi di grande interesse – modifiche, queste, spesso bocciate da una Corte costituzionale che domani, grazie ad ulteriori modifiche in questo senso, dovrà limitarsi al controllo sulla forma – è dato scorgere la formazione di un vero e proprio tipo di autore: non il mendicante (*bettler, beggar, mendicante*), o non solo, ma il senzatetto (*homeless, heimatlos, sin hogar, sem-teto*). Qui non si tratta unicamente di una carenza, già di per sé tragica, di solidarietà perché il punto non è l'indigenza, non si persegue l'accattonaggio, né s'intende colpire solo chi chiede l'elemosina; con questa legge liberticida intende punire con lo strumento penale chi, per scelta o per evidente carenza di alternative, passa la notte (o il giorno) in un luogo pubblico come, ad esempio, una panchina, un parco o una stazione dei treni, e così oltre. L'Ungheria, nonostante 3,7 milioni di poveri⁴⁶⁵ (circa il 40%), e circa 100.000 senzatetto⁴⁶⁶, nell'anno 2010 il Parlamento ungherese ha prodotto una normativa locale concernente, tra le altre cose, "... *l'uso inadeguato degli spazi pubblici*" con una sanzione di Euro 156, 00 (56.000 HUF). Due anni dopo, l'art. 186 di una nuova normativa (*Act n. 2 del 2012*) ha stabilito l'aumento della sanzione per i "recidivi" (da 156,00 a 500,00 Euro) e il carcere in caso di mancato

⁴⁶³ Sul punto si vedano due sentenze storiche sotto questo profilo. La prima è la n. 354 del 2002 sullo stato di ubriachezza dopo l'intervento dell'art. 54 *D.lgs.* 30 dicembre 1999 n. 507 sull'art. 688, comma 2, c.p.. La seconda, ben più incisiva della prima, è la n. 250 del 2010 in tema di *status* di clandestino come aggravante, introdotta per "urgente bisogno di pubblica sicurezza" dall'art. 1, comma 1, lett. *f*) del d.l. 23 maggio 2008 n. 92 e abbattuta per contrasto con i principi di uguaglianza e *offensività* di cui all'art.li 3 e 25, comma 2, Cost.

⁴⁶⁴ Sul tema si veda il recente lavoro di: BENCE-UDVARHELYI, *The growing Criminalization of Homelessness in Hungary – A Brief Overview*, in *European Journal of Homelessness*, v. 7, n. 2, dicembre 2013, p. 133 ss. (spec. p. 137 ss.).

⁴⁶⁵ Qui "povertà" è intesa come vita accompagnata da un quantitativo di denaro abbondantemente sotto i livelli minimi di sussistenza. Per la statistica richiamata si veda BENCE-UDVARHELYI, *The growing*, cit., p. 135.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 136.

pagamento anche della prima sanzione pecuniaria, ma è stata prontamente abbattuta da un intervento repentino della Corte costituzionale ungherese. La sentenza ha parlato – in termini decisi, seppur inconsciamente – di carenza assoluta di offensività, non vi era evidentemente alcun danno o pericolo per beni giuridici di rilievo tale da limitare in quel modo la libertà di movimento del singolo.

La maggioranza – dotata di ben pochi limiti – ha pensato dunque di modificare la Costituzione nel 2013 incorporando la possibilità di penalizzare residenze abituali in spazi pubblici, con buona pace dei principi cardine dell’Unione Europa e della Dichiarazione Universale dei diritti umani.

Ad ogni modo, è possibile affermare quanto segue: sebbene “*l’alternativa irrazionale*” e l’utilizzo stesso della *ragionevolezza* quale declinazione eccessivamente prudente della necessaria lesività in astratto costituiscano più limiti che problemi – come anche lo scaricare la responsabilità sulle capacità ermeneutiche della magistratura ordinaria⁴⁶⁷ – il *leitmotiv* della Corte contiene aporie scientifiche sicuramente interessanti.

Esiste poi una profonda differenza fra il vaglio di *offensività* e quello di *ragionevolezza*. Quest’ultimo principio costituzionale “di carattere generale”, per dirla con Vassalli, è l’origine, tra gli altri, anche dell’espansione a macchia d’olio di un concetto di *proporzionalità* dai contorni ormai inafferrabili. Essa (la *ragionevolezza*) ha informato, quale valore autonomo⁴⁶⁸, gran parte della materia penale⁴⁶⁹; mai da sola, s’intende, ma sempre abbinandosi ad altri principi fondamentali quali

⁴⁶⁷ La critica deriva dall’atteggiamento irresponsabile della Corte costituzionale che, pur di non intervenire utilizzando gli strumenti che ha a disposizione in tema di offensività in astratto (selezione dei beni e tecniche di tutela) sponsorizza il buon funzionamento dello stesso sul piano ermeneutico. Cfr., tra le tante, Corte cost., sent. n. 205 del 2005 in tema di 707 c.p.

⁴⁶⁸ Per l’autonomia del principio di *ragionevolezza* (una volta concettualmente agganciato all’uguaglianza) v.: G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, pp. 286-302; ID. *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio*, Torino, 2000.

⁴⁶⁹ La *ragionevolezza* guida qualsiasi giudizio. Cfr.: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss., in particolare paragrafo 1.

l'uguaglianza⁴⁷⁰, la finalità rieducativa della pena⁴⁷¹, la materialità, la retroattività della *lex mitior, etc.*, ... e quindi anche l'offensività come

⁴⁷⁰ In questa cornice, il giudizio di ragionevolezza sulle norme penali è stato dunque utilizzato secondo il paradigma della *ragionevolezza-eguaglianza* (art. 3 Cost.), consentendo alla Corte di censurare le incriminazioni fondate in termini discriminatori sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche, sulle condizioni personali o sociali. Ipotesi comunque rare (ma importanti, v. n. 131 del 1979: l'illegittimità dell'art. 136 c.p. sulla conversione della pena detentiva in pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato, è stata spiegata con parole meravigliose che meritano di essere qui riportate: «finisce infatti per attuarsi soltanto a carico dei nullatenenti, dei soggetti cioè costretti alla solitudine di una miseria che preclude anche ogni solidarietà economica e reca, perciò l'impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali la cui illegittimità è apertamente, letteralmente proclamata dall'art. 3 Cost.», ma anche la sent. n. 119 del 1970; n. 126 del 1968, la n. 147 del 1969, etc.). Ma così anche la sentenza n. 440 del 1995 sull'art. 724 c.p., primo comma (la bestemmia come reato), ma anche la sentenza n. 329 del 1997, sul 404 c.p.

In questa dimensione, peraltro, il controllo sulle norme penali centrato sull' stanza di eguaglianza-ragionevolezza ha incontrato anche temperamenti pronunciati (*ex plurimis*, sentenza n. 94 del 2009; ordinanze n. 212 del 2008, n. 170 del 2009; n. 61 del 2010, e, da ultimo, n. 223 del 2011), dettati anche dal limite dell'additiva con effetti in *malam partem* (ad eccezione del sindacato sulle norme penali di favore cfr. n. 148 del 1983; n. 394 del 2006).

⁴⁷¹ Su questa linea evolutiva è stato riconosciuto il principio di proporzione *illecito/sanzione* come altra implicazione della *ragionevolezza* (questa volta interna alla fattispecie). Così le parole maggiormente significative della Corte: «il principio di uguaglianza (...) esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali ... le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato (...) soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza» [Cfr. sentenza n. 409 del 1989, ma anche 391 del 1994, sull'illegittimità del minimo edittale dell'oltraggio ex art. 341 c.p. La progressiva autonomia riconosciuta alla proporzionalità nasce dal suo riconoscimento sia nella giurisprudenza della Corte EDU (e della stessa Corte di giustizia), sia nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ad ogni modo il self restraint a lei familiare le impedisce di rivedere *ex novo* l'assetto delle sanzioni (anche a fronte di sperequazioni "evidenti") senza punti di riferimento capaci di condurre a *situazioni costituzionalmente obbligate* (Cfr. sent. n. 22 del 2007). Tutt'al più può consigliare – dice – un intervento politico sul punto (così la n. 22 del 2007; n. 47 del 2010) con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità, in riferimento ai principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'art. 372 c.p., nella parte in cui prevede il minimo edittale di due anni di reclusione per il delitto di falsa testimonianza.

selezione *dei beni* delle modalità e delle *tecniche di tutela*. A nostro parere le *ragioni* di un tale approccio rimangono nobili e ammirevoli: ragionare sul parametro di ragionevolezza, così come fa la Corte, significa voler andare oltre un'analisi sistematica fondata sulla logica della coerenza o della conformità coi precedenti, *etc.* Significa superare la mera razionalità e non cedere ad alcuna semplificazione di sorta.

Tutto ciò, come abbiamo anticipato, è positivo: si cerca la complessità della valutazione (quali sono i fini? sono finalità legittime? c'è nesso di causalità tra il mezzo e il fine perseguito? quali sono le conseguenze? la legge presenta dannosità sociale? in quale misura?, e così oltre) e si rifiutano categorizzazioni-limitanti quali quelle esistenti, ad esempio, nel *Judicial Review* statunitense (progressisti e conservatori, originalisti, *etc.*).

Tuttavia, elogiare l'impossibilità di standardizzare il lavoro della Corte non significa negare la presenza di equivoci generalizzanti.

Su questa linea, infatti, si è deciso di abbandonare l'offensività e puntare l'attenzione sul diverso principio di proporzionalità; ma la proporzione, qui intesa appunto come *parametro quantitativo per verificare l'equilibrio precetto-sanzione*, non riflette alcuna capacità davvero selettiva su ciò che può o non può essere penale. Potrà aiutare l'interprete che, consapevole di maneggiare una scelta d'intervento costituzionalmente legittima, si accinge a verificare l'opportunità di una risposta punitiva più o meno consistente. In altre parole, verificare la proporzionalità di una sanzione (il suo *quantum*) rispetto ad un precetto di per sé costituente una scelta d'intervento illegittima (il suo *an*) non è, sotto un profilo strettamente logico, cosa diversa dal controllare l'assenza di una scriminante a fronte di un fatto soggettivamente atipico: un'attività inutile, in entrambi i casi. Ebbene, *limitare il vaglio alla sola verifica del ragionevole equilibrio tra precetto e sanzione rimane un giudizio di mera proporzionalità che segue quello d'offensività, non lo precede né lo sostituisce davvero.*

Una breve riflessione provocatoria. Riteniamo esistano forti analogie tra l'utilità di una scomposizione analitica del reato – quella concernente lo sviluppo delle categorie (teoria bipartita classica, bipartita, bipartita moderna, *etc.*) – e quella di suddividere in almeno quattro *macro*-fasi complesse ma essenziali per l'attività penalistica di una Consulta

inserita in un contesto *a rete* tipico delle democrazie *neo-costituzionaliste*: (ir)ragionevolezza → principi generali in materia penale → offensività (beni, tecniche di tutela e modalità di lesione) → sussidiarietà → proporzionalità in *sensu stretto*.

Discutere d'*irragionevolezza* – intesa come irrazionalità manifesta o irrefutabile – significa per noi parlare di un giudizio così evidente da non richiedere alcuna giustificazione o dimostrazione scientifica. Ci si trova *oltre* i confini della sciocchezza, si parla del nonnulla. Questo parametro può trovare applicazione a fronte di tutele penali così bizzarre e/o maligne da contrastare *direttamente* già coi valori di base della nostra civiltà.

Immaginiamo un'attenuante generale o un delitto di questo tipo:

Es. 1. Art. 62, comma 1, n. 4-*bis* c.p. – “L'aver il colpevole commesso un delitto contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio, ai danni di un soggetto complessivamente meno abbiente secondo i parametri ISEE”.

Es. 2. Titolo IX-*ter* “DEI DELITTI CONTRO L'INTEGRITÀ ETNICA” – Art. 544-*septies* “Chiunque, di origine caucasica, intrattiene rapporti sessuali finalizzati alla procreazione con esseri umani di altra etnia è punito con la reclusione da nove a vent'anni”.

Disposizioni codicistiche come queste, risultando contrarie sia all'idea della piena realizzazione della persona umana concretantesi nella sua inevitabile relazionalità e nella sua intrinseca solidarietà che alla tutela incondizionata degli esseri umani in situazione di minoranza, risulterebbero senza dubbio irragionevoli. Servirebbe forse una motivazione scientifica di alcun tipo per dichiararle incostituzionali? No.

Disposizioni legislative possono poi risultare *irragionevoli* per *macro-violazioni* formali come nel caso di una legge regionale che predisponesse una fattispecie di reato *ad hoc*. Ma questi sarebbero comunque *easy-cases*.

Se la disposizione *non costituisce una scelta palesemente insensata*, il secondo vaglio dovrebbe essere governato dalla verifica dei principi costituzionali (e generali) che costituiscono lo sfondo culturale presupposto dell'offensività. Un controllo di compatibilità specifica, questo, necessario per una verifica utile *sull'oggetto dell'intervento penalistico*. Ciò significa che, ancor prima di verificare la legittimità del bene protetto e delle tecniche di tutela ipotizzate, è opportuno collaudare la disposizione sui principi capaci di conferire un volto al costituzionalismo penale contemporaneo: la materialità, la frammentarietà, la determinatezza-tassatività, la laicità, il rifiuto di logiche d'autore, il diritto penale del fatto, *etc.* Solo dopo l'esito positivo di questo vaglio complesso sarà possibile ragionare dell'opportunità scientifica dell'utilizzo della scelta penale.

Su questo livello si gioca la coerenza del sistema, perché quanto fino ad ora visto nel panorama penalistico (non solo) italiano non distrugge ogni speranza di una sua ristrutturazione, ma ne polverizza proprio l'idea: nel

nostro tempo i problemi sono troppi e il *self-restraint* classico da parte della Consulta non pare più tollerabile.

Il fatto è che produciamo navi coi buchi per poi dedicare il giorno a evitare di affondare. Seppur in linea generale, è nota l'abilità del politico nello strutturare divieti in protezione di beni creati *ah hoc* dall'opinione pubblica, non di rilievo costituzionale, vaghi e inafferrabili, spesso caratterizzati da cornici edittali irrimediabilmente infettate da una prevenzione generale ingiustificata, di strutturare migliaia di precetti a condotta neutra fondati sulla mera disobbedienza ad una qualche amministrazione, arretrare la tutela criminale fino ad un punto in cui non sappiamo più chi stiamo proteggendo e da cosa, *rendere colpevoli* tipi di autore normalissimi, focalizzarsi sulla retribuzione, *etc.*

Parimenti noto è il paradosso che segue: la predisposizione d'istituti politici *pro reo* – anche processuali – quali la prescrizione breve, i procedimenti deflattivi, molte cause di non punibilità, il patteggiamento allargato, robuste misure alternative, imponenti riduzioni di pena *post-condanna*, estensioni in *bonam partem* d'istituti inesistenti e così oltre.

Per uscire da questo guazzabuglio politico la magistratura è poi portata ad andare *aldilà* della legge che considera ingiusta con *escamotage* tecnici o con l'assorbimento d'impostazioni dogmatiche da "giustificare" con sentenze-monografie sul caso singolo⁴⁷². Tutto ciò *al solo fine di alleviare sofferenze autoinflitte*. Siamo davanti ad un minestrone concettuale che mette in seria difficoltà qualsiasi intento anche solo ricostruttivo-razionalizzante di sistema.

Solo il rispetto generale dei principi (*tutti*) di rango costituzionale consente di superare questo *impasse*. Fatto ciò occorrerebbe verificare la legittimità della tecnica di tutela utilizzata per proteggere un bene giuridico – a questo punto – già ritenuto compatibile con la Costituzione della

⁴⁷² Non è un caso che la produzione di sentenze monografiche, sostanzialmente micro-opere dottrinali, abbia provocato dissesti assai seri, affrontati, tra le altre, anche da un recente protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione e il CNF sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale.

Repubblica e della pregnanza offensiva della modalità di lesione selezionata.

Si arriverebbe così al controllo della legittimità del *mezzo*. Intendiamo dire che dopo aver constatato la *ragionevolezza*, la *conformità con tutti i principi presupposto e con l'offensività in astratto* stessa della norma penale, assumerebbe grande importanza verificare – con *metodo scientifico* – che non tutelando, o tutelando in modo diverso (civile, amministrativo, *etc.*), non si riuscirebbe a migliorare la protezione del bene giuridico di riferimento da condotte specifiche. Questo discorso concerne un'*esigenza di sussidiarietà* che non deve essere confusa con vecchie concezioni ulteriormente sanzionatorie del diritto criminale: non si chiede infatti al legislatore di sanzionare obbligatoriamente in via amministrativa o civile una condotta prima di punirla penalmente – il che sembrerebbe assurdo oggi – ma di spiegare il perché la non protezione o la protezione più blanda non raggiungerebbe lo scopo. Che l'obiettivo prefissato debba concretizzarsi con il minor sacrificio dei diritti costituzionalmente protetti è un dato acquisito da tempo.

Il principio in parola, forse più degli altri, prende vita solo all'interno di un sistema caratterizzato da un obbligo di motivazione – *tecnico-scientifica*, non *politica* – della legge penale giustiziabile con un controllo di costituzionalità anche *ex ante* (v. § 13). Qui – come già nel vaglio inerente l'offensività e i suoi presupposti – raramente l'osservatore percepisce direttamente la necessità o meno dell'utilizzo dell'arma penale. Non è un dato avvertibile *ictu oculi* o, in altre parole, evidente: abbiamo bisogno di un documento (di una motivazione) giustiziabile già *ex ante* (oltre che *ex post*) che contenga specifiche tecniche ulteriori, un ragionamento ricco di acquisizioni scientifiche e capace di convincere la scienza penale della necessità dell'intervento.

Se tale operazione dovesse risultare opportuna, inderogabile e improrogabile, allora occorrerebbe verificare la proporzionalità *precepto/sanzione* e, nel caso, apporre il timbro "costituzionalmente legittima" sulla nuova normativa.

Da ultimo occorre specificare che il *Judicial Review* nasce e si sviluppa come un controllo tutto *scientifico, non politico*. Esso, a dire il vero, può essere considerato ancora tale nella misura in cui si assumono come verificabili quantomeno due premesse centrali: a) *il diritto penale e la Costituzione appartengono anche alla scienza, non solo alla politica*; b) *alcune sue acquisizioni tecniche di base non possono essere superate con scelte politiche scientificamente cieche*.

10. Non tutto è politica. Scienza e Diritto Penale: un confronto diretto ma immaginario – Se condividessimo l’idea di una sostanziale coincidenza tra diritto (penale) e politica dovremmo abbandonare qui l’intera ricerca. Tuttavia, il nostro parere rimane fermo sulla sponda opposta: *partendo dalla concezione più avanzata di scienza è possibile affermare che esistano componenti scientifiche interne ed esterne al diritto penale e, pertanto, sottratte all’onnipotenza decisionale del legislatore*. Per non usufruire troppo della pazienza del lettore, daremo atto delle ragioni di quest’affermazione, e dei suoi limiti, servendoci di un dialogo irreal tra *scienza e diritto penale*. Prima di lasciar loro la parola, però, occorre descrivere i due interlocutori.

Il primo è il *diritto* (penale) che nasce dal concetto *pre-moderno* di *ius*⁴⁷³, quello che deriva lessicalmente dal medievale *directum*, risulta strutturalmente autonomo dalla morale e non trova corrispondenti lessicali nelle culture orientali.

Nella maggior parte del mondo esso (*halakha, shari’a, dharma, fa, e oltre*) è nato e rimasto strettamente collegato alla religione; non nel mondo occidentale però (*diritto, Rechts, droit, law, derecho, e oltre*). Certo, di separazione tra diritto e morale s’incomincia a parlare davvero solo nei

⁴⁷³ Ad eccezione del diritto greco che non consente, almeno per l’epoca pre-moderna, di trovare una corrispondente vero di *ius*: esistono parole come *themis, dike, dikaion, etc.*, inclini a comprendere, insieme, i concetti di giustizia giuridica e morale. Cfr. ZANETTI, *Introduzione al pensiero normativo*, Reggio Emilia, Diabasis, 2004, p 95 ss.

Codici sette-ottocenteschi, ma nella tradizione europeo-continentale fu la religione ad imitare il “diritto, *ius*” sin dall’inizio, non viceversa.

La Rivelazione cristiana ha trovato un diritto romano già ampiamente formato e consolidato, mentre in altre culture *diritto* e *religione* hanno conosciuto origini (e in parte anche sviluppi) *non davvero distinguibili da quelle dei testi sacri*. Così come la riscoperta della compilazione giustiniana è avvenuta prima della compilazione del diritto canonico, anche il “metodo” tipico delle Università medievali per maneggiare qualsiasi diritto (anche il *common law*⁴⁷⁴) consisteva nell’applicazione di un formalismo – deduzione *solo dai testi giuridici* di ogni soluzione necessaria – che avrebbe contribuito alla creazione di una sorta d’autonomia metodologica primordiale tra diritto, religione e morale. Se il diritto romano (giustiniano) appariva dunque ai glossatori come una *ratio scripta*, nei lavori dei commentatori, degli umanisti, dei rinascimentali e dei filosofi settecenteschi esso diveniva perfezionabile all’interno di un quadro naturalistico-razionale. Come noto, furono poi vari giusrazionalisti come Hobbes, Pufendorf, Thomasius, *etc.*; i quali, pur con posizioni assai differenziate, sezionarono il concetto di *ius* in *diritto* (regola di condotta esterna) e *teologia morale* (regola di condotta interna) consentendo a Immanuel Kant di scindere tra *legalità dell’azione*, propria dell’osservazione giuridica, e *moralità dell’azione*, qualcosa di interno.

Il nostro “personaggio” non è dunque sovrapponibile ad un concetto generalizzato di diritto penale (ogni nazione ne ha uno più o meno sviluppato: *Strafrecht, derecho penal, criminal law, drejtë penale, dret penal, droite criminelle, kriminala Leço, кримінальну Право, 刑法, ... etc.*), ma è piuttosto la declinazione italiana di un agglomerato di ricerche europeo-continentali caratterizzate da un ceppo culturale unitario: la separazione dalla morale, da non confondere con l’esistenza di un diritto senza morale, il che è un assurdo. Esso, da sempre in perenne contrasto con le spesso

⁴⁷⁴ Cfr. Padoa Schioppa, Italia ed Europa, cit. p. 149 ss.; poi ripreso anche nell’interessante lavoro di BARBERIS, *Europa del diritto. Sull’identità giuridica europea*, Il Mulino, 2008, p. 81 (spec. nota 42).

contrapposte istanze dei suoi attori naturali (dottrina, giurisprudenza ordinaria e costituzionale, inquisitori, avvocati, *etc.*) pare ultimamente affetto da quella monopatia capace di far perdere l'orientamento.

La seconda, invece, è l'*episteme* classica intesa come conoscenza scientifica definitiva, stabile non disponibile, imperturbabile e immune dal capriccio umano. Quella che Platone contrapponeva all'opinione [*Doxa* (δόξα)] per intenderci. Esiste una differenza profonda tra la scienza-*verità* e la scienza-*opinione*: fisica, astrofisica, chimica, biologia, medicina, diritto, *etc.* costituiscono oggi i *macro*-temi di ricerca della *scienza instabile*, applicazioni di congetture, di dotte e utili opinioni scientifiche. Esse non hanno più la pretesa di riflettere conoscenze epistemiche nel senso in cui Platone intendeva questa parola; incominciano a riconoscere i loro limiti, come direbbe W. Heisenberg. Tuttavia – qui il punto – parte degli scienziati contemporanei, stanchi di registrare fallimenti continui, sembrano aver abbandonato l'*iper*-specializzazione di cui diremo fra poco per approdare nell'universo della *scienza integrata* e "libera da Nietzsche". Un *risorgimento della sapienza* conscio dei limiti della ricerca ma consapevole della complessità, un "procedere per tentativi" verso verità assolute che non è dato conoscere.

Questa è la Scienza, almeno quella che intendiamo noi.

Terminate le presentazioni ci pare opportuno approfondire il concetto summenzionato di *iper*-specializzazione. In breve: oltre alla sociopatia e alla psicopatia, conosciamo oggi un'altra patologia riassumibile magistralmente con il neologismo monopatia, o *monopath* in lingua inglese.

Questa parola si propone di strutturare il profilo psichico del *super*-specialista, di *quello che studia la composizione del particolare ignorando la sua connessione col tutto e si concentra sulla soluzione delle anomalie tralasciando la loro prevenzione*. Ci riferiamo ad una conseguenza tragica di visioni scientiste del mondo che, preoccupate per l'esistenza di un passato gonfio di metafisica, hanno creato un dialogo fondato sull'esclusione. Nessuno spazio rimaneva più per asserzioni non verificabili empiricamente, nessuna dignità per quelle conquiste, massima attenzione solo alle

osservazioni *di superficie* e ripudio della profondità: era questo l'antico programma *neo-positivista* del Circolo di Vienna. *Dalla verificabilità l'unico metodo*, nient'altro. Lo stesso Heidegger⁴⁷⁵ - noto avversario di quella cultura - descriveva le discipline umanistiche, quindi anche il diritto, come *scienze c.d. inesatte*, in quanto i loro risultati apparivano dipendenti da troppe precomprensioni (culturali, storiche, politiche, *etc.*). Tale tentativo, seppur apprezzabile se inserito in quel contesto storico, risulta falsato agli occhi del contemporaneo da una vecchia concezione di *scienze esatte* che non trova, come vedremo, riscontro nella realtà.

Ad ogni modo, i filosofi, i sociologi, i criminologi, i teologi, *etc.*, e con essi anche i giuristi, divenivano altro: dotti portatori sani di opinioni asettiche perché non verificabili, quasi intrattenitori, menestrelli o uomini *del potere*, ma non intellettuali, non scienziati. In questo accumulo di "poeti e disonesti" tutti, chi più chi meno, decisero di abbandonare la ricerca dell'*intuizione complessa* per dedicarsi alla *comprensione specifica*: i filosofi, accantonata la *ricerca del tutto* e ogni metafisica, si concentrarono sull'analisi semantica e sintattica del linguaggio specializzandosi in filosofia della scienza, del diritto, dell'economia, *etc.*, la dottrina penalistica, e quella giuridica in generale, decisero di correre subito ai ripari costruendo un metodo nuovo, rigoroso e quanto più libero da richiami giusnaturalistici inafferrabili sovrapponendo concettualmente il *diritto* alla *legge*. Iniziò proprio così quel grande cantiere del tecnicismo positivista del '900 - una composizione di finissime impalcature dogmatico-induttive (anche) feconde di risultati positivi - che per rientrare nella *scienza* fu costretta a tralasciare la ricerca della giustizia. Osservando silenziosa questa perenne corsa al "primato della propria concezione del sapere" e del suo utilizzo distorto da parte del *potere* la *Scienza* dev'essersi divertita molto. Il diritto penale sicuramente meno.

⁴⁷⁵ M. HEIDEGGER, *L'epoca dell'immagine del mondo*, in *Sentieri interrotti*, Firenze, 1968, spec. 74 ss. Sul punto di veda anche la riflessione di DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2015, p.

Esisterà un tempo in cui quest'ultimo, disgustato definitivamente da un suo utilizzo sconsiderato, riscoprirà il vuoto esistente tra ciò che è e ciò che potrebbe essere; solo allora deciderà di abbandonare ogni timore reverenziale e di sostenere un dialogo diretto con la Scienza (*episteme*). In quell'incontro i due si affronteranno e ciò che ne uscirà sarà senz'altro qualcosa di utile per il futuro di entrambi. Fino a quel giorno non possiamo che immaginare questo loro ritrovo, magari ambientandolo in piena notte, dentro l'antica biblioteca capitolare di Verona, giusto qualche minuto dopo l'ora della riflessione: quando il frastuono delle certezze dei colti cede il passo ai dubbi consapevoli della cultura ...

SCIENZA: Pensavo non arrivassi più, ti ho aspettato per secoli ma come immaginavo non è stato tempo perso. Devo ammettere che nel corso del '900 ho seriamente temuto di essermi sbagliata e di aver largamente sopravvalutato le tue doti, ma eccoti qua (!).

DIRITTO: Voi dite bene gentile Maestra e per questa lunga attesa non posso che prepararmi ad espiare colpe che non mi appartengono. Immaginavo un Vostro tono velatamente ironico, forse un poco me lo merito, ma prestatemi qualche minuto della vostra attenzione.

Vedete, io dipendo dagli uomini; voi capite la situazione, riuscite a cogliere l'entità di questa mia condanna.

Gli esseri umani mi perseguitano da sempre e purtroppo hanno confuso sin da subito la mia natura: nasco da comuni esigenze di giustizia per riparare mali innaturali generati dall'avidità, dall'odio e dalla bramosia di potere tipica della loro specie, ma sono divenuto un mezzo per la concretizzazione di nefandezze ben peggiori dei problemi che intendevo risolvere. Per la verità

...

SCIENZA: Tu credi di conoscerla?

DIRITTO: A che cosa Vi riferite?

SCIENZA: Alla *verità*. Credi davvero in lei? Questo è un punto fondamentale che avrei fatto emergere a breve, ma visto che l'hai citata ... Forza, parلامي dei vostri rapporti.

DIRITTO: Il tema è per me assai complesso. Per molti secoli ho creduto ingenuamente d'avanzare con il suo benessere; ultimamente però, dopo aver compreso che è stata fonte di tutti i miei peggiori crimini, l'ho abbandonata continuando il cammino da solo. E' stato un rifiuto deciso e consapevole, non fatico ad ammetterlo.

Tutta questa corsa inutile verso obiettivi altissimi ma dai contorni poco chiari e comunque sporcati dalla confusione umana mi ha francamente seccato. Voglio portarle un esempio a sostegno di quanto dico: ricordate quel lungo periodo durante il quale, ignorando il concetto di reato, intervenivo sul peccato incidendo sulla vita degli uomini che con l'ingiuria più impercettibile o molestia più blanda turbavano "precetti divini"? Ebbene, in quei tempi gli uomini avevano convinto le mie armi a scagliarsi addirittura contro il mero sospetto nella sciocca speranza di uniformare col terrore non solo le azioni (o le omissioni), ma anche i pensieri dei loro simili. Mi ero accorto quasi subito di non contare nulla né nell'uno né nell'altro caso, ma gli uomini l'hanno compreso solo qualche secolo fa e poco gli importa del dolore che ho provato e che provo tutt'ora. Poco contano le vite che ho contribuito a distruggere, tanto loro dimenticano e passano oltre attendendo il successivo violento attacco d'ira. Conviene allora, Vi chiedo, continuare a fidarsi di metafisiche inafferrabili che riaccendono in me il ricordo di periodi tragici?

SCIENZA: Ricordo bene la tua storia e condivido i tuoi rimorsi, credimi.

Tuttavia, non comprendo. Le parole che scegli, a dirla tutta, mi confondono. Ad esempio: continui a far riferimento ad una sorta di *costrizione*, quasi tu fossi l'ultimo degli schiavi sottomesso al volere del più malvagio fra i padroni.

DIRITTO: Gli uomini, oh mia Maestra, gli uomini! Ogni mio rimpianto deriva da un loro capriccio, ogni mia malvagità dalla loro avidità e bramosia di potere. A brevissimi segmenti temporali illuminati sono sempre seguiti secoli interminabili di violenza e sopprusi. Loro sono fatti così, alle sanguinose guerre per il dominio di un inutile fazzoletto di terra sostituiscono ciclicamente belligeranze economiche parimenti distruttive. La pace è sempre stata breve, spesso finta e qualche volta solo strumentale ad interessi poco limpidi. Pensate che negli ultimi decenni alcune potenze mondiali hanno addirittura deciso di "esportarla" con la forza militarizzando Paesi più deboli.

SCIENZA: Quest'ultima è davvero bella! Ti prendi gioco di me, vero?

DIRITTO: No, sono serio come mai lo sono stato. Che io sappia, il mondo non ha mai conosciuto periodi completamente privi di genocidi, sopprusi, crimini contro l'umanità, schiavitù o corruzioni varie. Ultimamente – diciamo dal XVIII Sec. in poi – presi dall'enfasi di positivizzare ciò che considerano diritti naturali hanno scritto (quasi) tutto in cristalline norme-principio, anche di respiro internazionale, salvo poi disinteressarsi parzialmente della loro attuazione. Pensate che riconosce esplicitamente le atrocità commesse nel Novecento il preambolo dello Statuto di Roma: ... *memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità*, queste sono le esatte parole. Tutti dati e statistiche

tragiche che ho appreso leggendo, ma ce ne sarebbero altre; la lista ufficiale delle nefandezze è assai lunga. Anzi, è così ricca che dovrei dedicarmi alla sola lettura per tentare di approfondirla davvero tutta.

SCIENZA: Continui a confondermi. Tu, il diritto penale, devi “leggere” per conoscere l’esistenza di questi crimini? E dov’eri mentre queste persone mettevano a repentaglio la sopravvivenza della loro specie? *Di cosa*, ma soprattutto *di chi*, ti sei occupato?! Eri forse intento ad illuminare la strada agl’interpreti sull’autonomia di qualche categoria dogmatica?

DIRITTO: Capisco le Vostre perplessità e apprezzo molto la vostra ironia, ma il fatto è che non frequento quei luoghi: lì non c’è spazio per me. Durante le grandi rivoluzioni o i violenti colpi di stato io servo poco, soprattutto a coloro che insorgono. Del resto ditemi, in coscienza, di cosa dovrei occuparmi in momenti simili? Dovrei forse trovare il modo per proceduralizzare esecuzioni “di piazza”(?), abbinare il sapere ad un potere politico temporaneo che non può in alcun modo immaginare limiti? No. Io, pur auspicando di non dover assistere mai a tali scenari, potrei assistere gli uomini nei luoghi di *resistenza*, ma non in quelli di rivoluzione. Vedete, come ricorda con grande lucidità uno storico italiano – Giorgio Giannini – nel suo scritto *Il diritto di resistenza nella Costituzione italiana*, durante la rivoluzione, o colpo di stato che sia, il popolo insorge per soverchiare un sistema costituito abbandonando un diritto (anche penale) che non condivide; al contrario, nella resistenza collettiva, quale strumento di garanzia estrema previsto ora esplicitamente⁴⁷⁶ ora

⁴⁷⁶ Questo è il caso della *Dichiarazione d’indipendenza degli Stati Uniti d’America* del 5 giugno 1776 o dell’art. 2 della *Dichiarazione* del 1789, piuttosto che dell’art. 33 della Costituzione francese del 1793 (mai entrata in

implicitamente, si difende la democrazia e, dunque, l'essenza delle Costituzioni. Io sarei lì, non potrei mancare (!).

Ad ogni modo posso dire di conoscere bene i sistemi "avanzati", i paesi c.d. civilizzati e caratterizzati da un sistema politico più o meno stabile, quelli dove l'ingiustizia non si diffonde in massa e con rumore, ma singolarmente e in grande silenzio. In quei luoghi svolgo un ruolo di primaria importanza, anche se spesso sono chiamato a raddoppiare un male già provocato – anzi, diciamo pure a *triplicarlo* se contiamo il processo – disinteressandomi completamente della logica del perdono, della riparazione e del rapporto *autore/vittima*.

Vedete, illustre maestra, millenni di violenze, esecuzioni, processi sommari, torture, guerre, genocidi, crimini contro l'umanità, *etc.*, mi hanno insegnato che per coloro che non conoscono il perdono vivere è una punizione assai peggiore di morire.

SCIENZA: Capisco e condivido parzialmente ciò che dici. Allo stesso tempo, però, credo tu stia esagerando un poco. Credo di conoscere abbastanza bene la storia del tuo sviluppo, almeno quella *in the books*, e mi pare quantomeno doveroso riportare alla tua attenzione alcune tra le consistenti opere che gli uomini hanno prodotto in tuo onore, descrivendo la parte di te che più li affascina. Devi riconoscere, caro amico, gli sforzi intellettuali di coloro che, pur temendoti o usandoti per scopi politici, hanno dedicato la vita alla tua persona, alle tue capacità, alle tue paure, ai tuoi errori, ma, soprattutto, ai tuoi limiti. Fra questi ultimi ricordo con piacere Tiberio Deciani e il suo *Tractatus Criminalis* del 1590 (la prima *Parte generale* della storia

vigore) o dell'art. 20, comma 4, della Costituzione della Repubblica federale tedesca e così oltre. Sul punto v. GIANNINI, *Il diritto di resistenza*, cit., *passim*.

occidentale), la lungimiranza di Cesare Beccaria, quella di Feuerbach, di Romagnosi, di Giovanni Carmignani, di Pellegrino Rossi, di Enrico Pessina, di Enrico Ferri e di Franz von Liszt e così oltre; ma anche l'invidiabile precisione metodologica di Rocco, di Vincenzo Manzini, di Francesco Carrara, di Giacomo Delitala, di Francesco Antolisei o di Giuliano Vassalli e di molti altri contemporanei. Non ti consento di dimenticare la buonafede che muoveva gli animi di costoro, non in mia presenza almeno.

DIRITTO: Voi fraintendete le mie parole, rinomata Maestra. Non è certo mia intenzione tralasciare ciò che di buono è stato fatto in mio nome e in mio onore. Tuttavia, fatico oggi a distinguere quel che mi fece crescere da ciò che mi fece regredire.

Pensate solo alla storia dell'800 e al quel fastidioso istante in cui la riduzione dell'uomo alla sua realtà empirica fece vacillare l'idea del libero arbitrio. Fu Arthur Schopenhauer che, confluendo in strettoie di questo tipo, intese distinguere tra *libertà di azione* e *libertà di arbitrio*. Un ladro nella medesima situazione, diceva lui, ripeterà esattamente il furto commesso in precedenza a meno che qualche fattore non agisca sulla sua *cognizione*, l'unica davvero malleabile. Egli, questo il punto, è libero di scegliere ciò che vuole ma non di volere ciò che vuole. Immaginando un essere umano la cui volontà non cambia in circostanze identiche e con le medesime cognizioni, s'introduceva nuovamente – in questo senso, già Feuerbach – il tema della punizione penale come prevenzione generale pura, qualcosa di veramente incisivo per la sola *rappresentazione* dell'autore futuro.

E' questo il clima in cui si è inserito Franz Von Liszt. Egli – focalizzando l'attenzione sul sistema che sull'onda dello *Scopo del diritto* di Jhering (1872) riuscì a creare col *Programma di Marburgo* (1882), poi confluito nel celebre saggio del 1883 *La*

teoria dello scopo nel diritto penale – non ha voluto affatto separarmi dalla retribuzione per ragioni liberali protese a dimostrare la finalità intrinsecamente ingiusta di quella lettura della pena, ma solo perché studi statistico-criminologici la ritenevano inefficace nella lotta contro il crimine e contro il delinquente abituale o, addirittura, *non recuperabile*. Con la sua *idea dello scopo* mi ha indotto a riflettere sulla correttezza di tutto il mio operato precedente ma allo stesso tempo anche a concentrare l'attenzione sull'autore, oltre che a dosare la forza a seconda di soggetti migliorabili, egoisti rieducabili e non migliorabili da rendere "innocui". Riscoprendo l'autore ho aperto una delle breccie più pericolose di tutta la mia storia, ho spianato la strada al diritto penale della volontà e del tipo d'autore, ho consentito ad ottimi scienziati come Freisler (lui era più un politico a dire la verità⁴⁷⁷), Mezger⁴⁷⁸, Friedrich Schaffstein e Georg Dahm, e tanti altri di sostenere opinioni politiche indesiderabili, inevitabilmente poi penetrate, seppur in misure davvero differenti, nella loro dogmatica.

SCIENZA: Mio caro, il tuo (comprensibile) senso di delusione adultera in parte l'evidenza. Le peripezie che tu porti alla mia attenzione devono essere contestualizzate. Ad esempio: ogni giudizio sul valore umano e letterario di Franz von Liszt cieco del contesto filosofico di quel tempo e ingenuo sulla capacità di alcuni storici di mistificare i fatti rimane un parere, per quanto mi concerne, troppo semplice da falsificare. Da te pretendo un

⁴⁷⁷ Cfr. F. MUNOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre cusalismo y finalismo*, II ed., Valencia, 2001, p. 24.

⁴⁷⁸ Per tutti, v.: F. MUNOZ CONDE, *Edmund Mezger*, cit., 101 dove riporta (in Spagnolo) il pensiero sull'antigiuridicità materiale di Metzger: «... instrumento llamado especialmente en manos del Führer a configurar y conformar la voluntad política alemana. A él se le ha transmitido la formación consciente de las sanas concepciones del pueblo como una misión especial y con ello es un factor decisivo para determinar lo que se entiende por antijuridicidad material».

sforzo in più nella ricostruzione della *verità*. Ne faccio una questione di principio!

DIRITTO: Della *verità*?

SCIENZA: Non interrompermi, se avremo tempo decifrerò il tutto. Ora mi preme continuare la riflessione, se me lo consenti.

Probabilmente ti sarà sfuggito, ma quando v. Liszt ti chiese di focalizzare l'attenzione sull'autore erano in corso industrializzazioni e urbanizzazioni così repentine da far sembrare inutile il tuo intervento anche nei paesi che chiami "civili". Non so se te ne sei reso conto, ma l'improvviso collasso economico del 1873 mise a repentaglio il senso della tua esistenza. Nella società dell'epoca in cui tu hai portato la nostra chiacchierata, parte di me era sulla bocca di tutti, tanto che un inguaribile entusiasta di nome Ernst Haeckel – uno fra i più noti darwinisti tedeschi, ma comunque un brav'uomo – avrebbe addirittura sostenuto nel suo *Die Welträtsel* di poter risolvere tutti i misteri universali. Questo empirismo dilagante avrebbe presto inghiottito tutto: dalla religione alla letteratura, fino alla filosofia. Se il positivismo comtiano diveniva punto centrale per il sociologo adulto e disincantato, il positivismo giuridico dilagava tra i giuristi, con la *Normentheorie* di Binding, quale unico metodo capace di abbandonare nozioni trascendentali e fornire al legislatore penale lo scettro del potere nell'illusione che quest'ultimo lo avrebbe utilizzato alla luce delle migliori scienze naturali, psicologiche e sociologiche disponibili. Tu hai assunto i caratteri di quell'oggettivismo estremo capace di focalizzare la costruzione della diposizione sulla precisione e sull'espunzione di ogni elemento soggettivo diverso dal dolo come imputazione, dall'incoscienza o dal disturbo psichico. Ma questo tuo atteggiamento di dubbio spessore filosofico non ti ha permesso di affrontare la crisi tedesca del XIX Secolo. E' in

questo quadro che occorre inserire Franz von Liszt e gli scrittori che influenzarono il suo pensiero, come Arthur Schopenhauer, Rudolf v. Jhering ed Emil Kraepelin (soprattutto), ma anche Richard Wagner Thomas Mann, Friedrich Nietzsche e molti altri ancora.

A Liszt stava piuttosto stretto il pensiero positivista del suo tempo: si è accorto della tua incapacità d'affrontare quel momento e ha incominciato ad avanzare per tentativi ipotizzando di manovrare una verità che sapeva incerta.

DIRITTO: La vostra precisazione riduce certamente un poco i miei rancori; tuttavia, questo non salva l'autore oggetto del mio esempio dall'accusa di avermi iscritto senza consenso alla *Stoßtruppfakultät* costringendo in tal modo la mia intelligenza a sottomettersi al *tipo di autore*. Senza contare l'umiliazione che dovetti sopportare guardando il legislatore nazionalsocialista emanare la *legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di sicurezza e miglioramento* del 1933 e con essa prevedere abomini come – e non li cito tutti – la castrazione forzata, l'inasprimento delle pene per i recidivi, la semi-imputabilità e la custodia di sicurezza per i delinquenti abituali. Quasi tutti progetti Lisztiani, dovete ammetterlo.

SCIENZA: Questo sarebbe stato il secondo punto del mio ragionamento e se avrai pazienza proverò a spiegarti il perché di questo tuo secondo *misunderstanding*. Accostare Liszt al nazionalsocialismo denota, in prima istanza, assenza di prudenza.

Parlando con alcuni storici del diritto ho scoperto che uno dei più grandi punti interrogativi nelle loro ricerche è l'adesione "diretta" e "generalizzata" alle logiche del nazionalsocialismo tipica anche dei colti addetti ai lavori (professori, magistrati, avvocati, filosofi, *etc.*) della prima metà del Novecento. E' altresì

difficile comprendere – m’illustravano gli esperti – come mai Martin Heidegger sia passato alla storia come esponente universitario del nazionalsocialismo per alcuni discorsi dubbi (*L’autoaffermazione dell’università tedesca* e *l’Appello agli studenti tedeschi*) tenuti dal 1933 al 1934 all’Università di Friburgo in Brisgovia e che Santi Romano, dopo la sua adesione al fascismo nel 1934 condivise pienamente anche le leggi razziali del 1938, venne per sempre ricordato come un’intellettuale senza macchia, “uno dei migliori” del ‘900. Il suo, però, è il primo nome che compare nella lunga e triste lista – compaiono, addirittura nel Consiglio di redazione, anche il Prof. Pier Silverio Leicht, a cui è dedicato oggi il nome di una via romana e Angelo De Marco, giudice della Corte costituzionale dal ‘68 al ‘77 – del Comitato scientifico della rivista *Il diritto razzista*, diretta dal 1939 da un avvocato cassazionista dell’epoca, un certo Mario Cutelli. Suo è il passo della lettera di adesione alla rivista riportato da Cutelli nella presentazione ai lettori, provo a citarlo a memoria “... mi pregio di comunicarvi – dice Santi Romano – che accetto di buon grado di far parte del comitato scientifico del nuovo periodico *Diritto razzista*, rivista di dottrina, diritto e giurisprudenza della razza, da voi così autorevolmente diretta”.

Vedi, caro amico, la storia è spesso ingiusta: questo è il punto. Pertanto è opportuno diffidare da ricostruzioni storiche apprese nei libri di testo. L’esperienza di ricerca dovrebbe essere diretta, personale; se ciò è possibile, chiaramente.

Ricorderai che ventiquattro anni dopo la scomparsa di v. Liszt (1918) alcuni tra i suoi migliori allievi – tra questi ricordo Eberhard Schmidt ed Eduard Kohlrausch, ma anche altri –

declinarono – forzandole – le idee del maestro in un modo quantomeno discutibile⁴⁷⁹.

Che il celebre pensatore avesse voluto sopprimere fisicamente i soggetti non migliorabili, ad esempio, essendo indimostrabile perché non scritto in alcun tratto della sua produzione scientifica, è un'affermazione sciocca. Il suo studio sull'autore è il frutto di un pensiero complesso infarcito di influenze filosofiche, criminologiche e sociologiche che non hanno nulla a che vedere coi progetti della Scuola di Kiel e con le basi del nazionalsocialismo. Effettuare accostamenti di questo tipo non mi pare meno grave del paragonare il *Mein Kampf* di Hitler a *Essere e tempo* di Heidegger: in entrambi i casi si tratta di una follia. Non dimenticare, caro amico, che fu Liszt a suggerirti per la prima volta quell'approccio *multitasking* e *integrato* che oggi in molti riconoscono come il migliore disponibile, esattamente come fu lui ad introdurre (seppur sottovoce) il concetto di antiggiuridicità materiale e ad aprire la giustizia allo studio del soggetto agente. Se oggi gli uomini si sono accorti che *il tuo intervento non costringe la libertà dei fatti ma degli autori* è merito soprattutto suo. Si era accorto di come il positivismo dell'epoca continuasse a guardare il tuo intervento come qualcosa di automatico, preciso, indolore e impersonale. Quasi come se tu incidessi su circuiti meccanici, non su persone.

Non voglio andare oltre sul punto, forse ti annoierei, ma se mi trovassi a dover riassumere in poche sillabe ad uno scolaro l'insegnamento Lisztiano porrei sicuramente l'accento sulla capacità di *non delegare mai il sapere, di liberarsi dalle grinfie ruffiane del potere e di affrontare il mondo rifiutando approcci iperspecialistici ignari della sua complessità*.

⁴⁷⁹ Oltre alle opere principali degli autori, ricorda questo dato: VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., Cedam, Padova, p. 220 (poi note 89 e 90).

DIRITTO: No, proseguite! Ve ne prego. Quando parlate di non delegare il sapere ma il potere e di affrontare il mondo coscienti della sua complessità vi riferite ad un metodo ... scientifico?

SCIENZA: Non esattamente. Il passo compiuto da Franz v. Liszt – per rimanere sul nostro esempio, ma ce ne sarebbero tanti altri – non è *il metodo in sé*, ma una parte non sostituibile di esso. Vedi, lui aveva gli strumenti per comprendere una verità che solo ultimamente, e ti parlo degli ultimi trent'anni, numerose altre scienze stanno riscoprendo. Mi riferisco alla *complessità*.

Con questo vocabolo intendo dire, in primo luogo, che la capacità di approfondire ciò che è in superficie senza abbandonare la ricerca sulla profondità è essenziale. Nella lista di materie che l'umanità, almeno da Darwin in poi, ha considerato appartenenti alla mia persona vi sono troppi assenti. Questo è un dramma del nostro tempo. Quando dico che egli – mi riferisco sempre a Liszt – aveva gli strumenti per comprendere tutto questo mi riferisco più che altro a ciò che *non* aveva, ovvero la necessità di superare mentalmente un dogma. La sua fu un'*intuizione libera* e come i grandi protagonisti di intuizioni rivoluzionarie non aveva coscienza delle reali potenzialità del suo progresso: né di quelle positive, né di quelle negative.

Pensa al punto di vista aristotelico-scolastico dell'*allgemeine Rechtslehre*, pensa alla volontà di racchiudere ogni singolo gruppo di problemi all'interno di concetti generali onnicomprensivi: un solo concetto di dolo, di colpa, d'imputabilità, di causalità, *etc.* L'azione (!), pensa alla ricerca incessante di un concetto d'azione unico: oggi appare una follia ai nostri occhi. Tutte queste ricerche, poi riprese anche dalla *Verbrechenslehre*, cercavano di semplificare concetti geneticamente complessi e, pertanto, non riducibili ad asettiche concezioni unitarie.

Prendiamo, per rimanere su tematiche leggere (*sic!*), la ricerca sull'origine della vita. Charles Darwin diede un contributo formidabile a questo dibattito, tuttavia i suoi discenti accettarono come verità, come *episteme* nel suo significato classico, l'idea che io potessi spiegare qualsiasi cosa utilizzando la meccanica, persino l'origine della vita.

Assunsero come prima conseguenza, ad esempio, che io e la *religione* fossimo caratterialmente incompatibili, spesso rifiutando la sfida della complessità e adombrandone i sostenitori. Se facessimo un sondaggio, mio caro amico, scopriremmo ad esempio che la maggior parte degli uomini di scienza ignorano una fetta consistente della produzione letteraria di Newton, quasi tutto il mio sviluppo in oriente, e molto altro.

DIRITTO: Quest'affermazione è assai forte, ve ne rendete conto (?). Le cattedre delle principali Università del mondo sono coperte da menti acutissime, tutt'altro che sprovviste.

SCIENZA: Non ho mai parlato d'*intelligenza*, ma di *conoscenza*. Se ti dicessi che Isaac Newton, uno studioso dal valore scientifico degno della *Royal Society*, ha scritto quasi più sull'Apocalisse che di fisica, mi crederesti?

DIRITTO: ... quindi stiamo parlando di un metodo simile a quello utilizzato da un giudice che, già convinto della colpevolezza dell'imputato, ascolta i soli testimoni del Pubblico Ministero o di un giurista che legittima con un *ipse-dixit* scelte che non condivide di un autore più anziano, *etc.*?

Incomincio a comprendere dove intendete arrivare col vostro ragionamento. Per un attimo ho temuto che la vostra attenzione fosse stata attratta da materie sicuramente più serie, più "scientifiche".

SCIENZA: Non dire stoltezze. Tu sei un mio allievo, dunque la tua è *principalmente* una scienza.

DIRITTO: Chiedo scusa, gentile maestra, ma non comprendo: se io “sono scienza”, allora ...

SCIENZA: Lascia che ti spieghi. Il termine con cui mi identificano (scienza) è assai generico e varia a seconda di colui che intende definirmi. Tuttavia, vi è qualcosa che si modifica in questo senso solo per errore dell’osservatore: il meccanismo, il funzionamento o, se preferisci, le logiche della ricerca del sapere.

Isaac Newton, come ti dicevo, era un uomo dall’intelligenza sopraffina, ma non ha mai scoperto un fantomatico insieme di leggi fondamentali della natura: tutti, in quel secolo, credevano di sì. Saggi e studiosi non osavano nemmeno immaginare la possibile falsità delle acquisizioni newtoniane, ma il XX secolo ha distrutto le fondamenta di questa fede nel paradigma: Einstein e Heisenberg non hanno aggiustato una falla, non hanno rivisto alcuni dettagli, qualche equazione, *etc.*, ma scardinato le basi di quelle certezze. Hanno falsificato un dogma presentando al mondo una teoria che in un primo momento suonava come una “sciocchezza”.

Vedi, da una mera *ipotesi* si crea un *paradigma* che spesso rimane centrale per la produzione scientifica di decenni o di secoli non per le difficoltà incontrate nella sua falsificazione, ma per l’incapacità di modificare le basi dei ragionamenti successivi. Questo è il *paradosso del paradigma*: il dogma serve per fondare la ricerca su verità momentanee e in questa sua funzione non è sostituibile, ci mancherebbe, ma spesso si è portati a credergli troppo e ogni ragionamento autonomo s’interrompe bruscamente.

Prendi anche Da Vinci. Spesso si trascura il fatto che Leonardo non fosse mai andato a scuola. Egli ha vissuto tutta la giovinezza in campagna con un tutore, passava ore ad osservare e descrivere la natura. La sua "qualità" di figlio illegittimo – oltre ad impedirgli di godere delle attenzioni di una madre – comprometteva la sua istruzione. Un percorso pratico, "di bottega", pareva più consono ai suoi genitori. Un'altra cosa: non dimenticare che lui, fino ad un'età abbastanza avanzata, rimase completamente analfabeta. Ma questa, da un certo punto di vista, fu la sua fortuna (!): gli illustri detentori dell'"episteme" non riuscirono a fossilizzare il suo intelletto all'interno di paradigmi incontestabili.

Inoltre, l'idea di "scienza" non consiste solo in calcoli matematici, equazioni, dimostrazioni o creazione di prototipi capaci di generare predizioni testabili; queste ultime sono qualcosa di diverso, sono tecniche che lavorano sulla scienza normale, su dogmi temporanei.

Appiattare la scienza normale sulla scienza in generale è un vizio metodologico tipico degli uomini moderni: essi si sforzano di far rientrare le cose (e i fatti) nelle *loro* leggi fisico-matematiche o scientifiche, anche se non seguono quella logica. La scienza, quella vera, è molto altro: essa, più di ogni altra cosa, consiste nel risolvere problemi utilizzando le conquiste migliori diffidando della loro veridicità.

Questa diffidenza, poi, non può non accompagnarsi ad una essenziale coscienza della complessità.

Senza riporre attenzione a questo secondo aspetto, ad esempio, si cade nella metafisica della concezione meccanicistica del mondo: la realtà come costruzione matematica è divenuta un presupposto essenziale dell'ipotesi, dell'osservazione e dei modelli interpretativi. Gli uomini hanno preteso d'*identificare la razionalità con l'ambito generale nel quale mi muovo, svolendo il valore del mio aiuto*. Quanto tempo ho passato a osservarli, quasi

divertita, mentre avanzavano nel sapere accorgendosi di essere sempre più lontani dall'obiettivo. Nella *micro*-biologia e nella chimica, ad esempio, le cellule si facevano sempre più piccole, nell'astrologia l'universo appariva sempre più grande, così come nella genetica i "codici" di accesso al sapere sempre più numerosi, addirittura infiniti: in quale misura questa *complessità* poteva essere riconducibile alle singole molecole di idrogeno, all'elettrone o al neutrone? Se lo sono mai chiesto?

Per decenni il dogma della biologia molecolare – orientato all'idea antica⁴⁸⁰ dell'*Homme-machine* di Julien Offray de La Mettrie e d'Holbach – ha regnato incontestato nel panorama scientifico. Questo ha permesso ad alcuni genetisti di decifrare il genoma umano (il famoso D.N.A.) suddividendolo in circa tre miliardi e trecento milioni di battute – e, credimi, non è finita qui! – che se prese singolarmente non dicono niente ma tutte *insieme* consentono la vita. Questo è un punto tutto sommato semplice, quasi banale: l'organismo vivente, unitario e complesso, non si presta ad essere suddiviso senza cessare di essere tale.

Lui se ne frega della tecnica (!).

Gli uomini fanno fatica a metabolizzare questi dati, ma in futuro non potranno che procedere smettendo di presupporre l'esistenza di un meccanismo riducibile in parti semplici, chiare e precise. Ammetteranno prima o poi che ricostruendo ciò che si è suddiviso si ottiene null'altro che un oggetto diverso da quello di partenza.

Tu, mio caro allievo, non sempre hai saputo utilizzare un "metodo" scientifico, ma i tuoi errori sono errori che hanno commesso (e commettono oggi) anche molte scienze naturali. Ecco, dunque, la ragione dei miei esempi.

⁴⁸⁰ SINI, *L'uomo, la macchina, l'automa*, Torino, 2009; ma anche LOSANO, *Storie d'automi. Dall'antica Grecia alla Belle époque*, Torino, 1990.

In Italia hai troppo spesso imitato la biologia molecolare arroccandoti su castelli dogmatici avalutativi e privi di qualsiasi contatto critico con la politica-criminale, con la filosofia, con la criminologia, *etc.*, non rendendoti conto che *il tuo know how, più che separare nettamente i poteri, ha isolato internamente i saperi.*

DIRITTO: Questo è vero, ma furono gli italiani a imprigionarmi nel metodo tecnicista, fu Arturo Rocco e la sua prolusione sassarese della prima decade del '900 a impormi quelle logiche. Intendevano avvicinarsi a Voi, fino a supporre di potersi pienamente confondere con la vostra persona. I "metodi" delle grandi scuole dell'800 vennero abbandonati nell'approccio teorico – vuoi per scrostarli da vecchie concezioni metafisiche, vuoi per allontanarli da interferenze antropologiche e sociologiche o vuoi per paura di un potere poco disposto alla critica – e con essi tutte le grandi acquisizioni giuridiche passate, anche di respiro europeo. Vincenzo Manzini e Arturo Rocco ebbero l'autorevolezza per confinare (nuovamente) l'oggetto dei miei pensieri nella legge, creando un paradigma perfettamente riassumibile nelle parole di apertura dello studio di Eduardo Massari del 1928: *"La scienza del diritto penale ha per oggetto lo studio sistematico del diritto vigente, ossia il diritto positivo. Non esiste altro diritto penale all'infuori di quello raccolto nella legislazione dello Stato e alla nostra scienza non può dunque assegnarsi oggetto diverso. Non possono ammettersi un diritto penale filosofico, ideale, razionale, naturale: essi non sarebbero che semplici astrazioni"*⁴⁸¹. Sotto l'etichetta del "diritto naturale da evitare" s'intendeva in realtà, anche se più o meno coscientemente tra i vari studiosi, separarmi dallo studio dei principi generali che avrebbero dovuto orientarmi. Allo stesso modo, sotto il segno

⁴⁸¹ MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Spoleto, Arti Grafiche Panetto e Petrilli, 1928.

dell'isolamento da una filosofia inafferrabile (ma anche dalla sociologia, dalla politica-criminale, dalla psicologia giudiziaria, dalla medicina legale, *etc.*) si celava e si cela oggi una diffidenza assoluta verso saperi non maneggiabili dal penalista-tipo. Poi ...

SCIENZA: Perdonami se ti interrompo (!), ma a questo punto non posso trattenermi dal richiamare la tua attenzione su questioni d'importanza centrale per il nostro ragionamento: non ti pare che in campo giuridico, soprattutto nei confronti della tua persona, gli uomini abbiano imitato la *super*-specializzazione tipica delle scienze naturali di quel tempo?

Ormai quasi un secolo addietro, in una biblioteca di Roma e con una manciata di minuti liberi, decisi di (ri)leggere un contributo di Alessandro Malinverni. Fui rapito dal titolo: *La Scuola Dogmatica del Diritto Penale*. In essa – ricordo bene come fosse ora – trovai un segmento testuale che riassumeva perfettamente il clima culturale dell'epoca tecnicista. Provo a citartelo a memoria: “...Nella scienza deve essere applicato quel principio fondamentale della divisione del lavoro per cui ogni persona si specializza in un determinato ramo dello scibile e può così giungere ad una sistematica e completa conoscenza, elaborarla e migliorarla metodicamente [...] ognuna di queste scienze ha un campo d'azione particolare e determinato, propri e caratteristici metodi di studio e non può invadere il campo di un'altra scienza senza creare una deplorabile confusione di sistemi, oscurità e contraddittorietà di conclusioni”.

Controlla pure: pagine 30 e 31, se non ricordo male.

DIRITTO: Ricordo bene quello scritto.

SCIENZA: Ebbene, non ti pare anche l'apparente meccanicistica (e riduzionistica) visione della tua persona sia stata il frutto di un autoconvincimento altamente ipocrita?

Dalle tue parole sull'origine del *tecnicismo* mi sorge il dubbio che non fossi in Francia nel XIX° secolo ad osservare le origini politiche della scuola dell'esegesi e della loro sovrapposizione della legge al diritto, così come credo che tu non fossi lì a Sassari ad ascoltare le parole di Arturo Rocco o, piuttosto, che tu abbia sentito ma non ascoltato quel discorso. In quella prolusione c'è più filosofia che in Schopenauer. Questo è inevitabile perché, citando Bettiol, il diritto penale è (anche) filosofia.

Io ero lì e mi sono subito accorta del fatto che le sue espressioni tradivano in partenza il messaggio (politico) che intendeva promuovere: con toni *sub specie aeternitatis* egli presentava all'Italia letture profonde di concetti quali bene, interesse, utilità, desiderio, danno, male, materia, forma, e così oltre. Di quale diritto positivo asettico stava parlando di grazia? Quando nel suo "progetto" strutturò l'imputabilità, la pena, la responsabilità e le sue funzioni, da dove assorbì quei concetti? Quando il Manzini, uno tra i più noti anti-filosofi, giustificava il libero arbitrio – "*... il fondamento dell'imputabilità è soltanto la coscienza che il soggetto ha del proprio atto e la di lui autonomia volitiva*" – come premessa al suo ragionamento⁴⁸² cosa faceva di preciso se non appoggiarsi alla filosofia che poche righe prima rinnegava? Non ti pare che questo "metodo", forse nato dalla pregevole intenzione di avvicinare un poco la teoria alla realtà si sia poi velocemente trasformato in un *mezzo* per astenersi dal compiere scelte di valore, scelte etiche, o per criticare opzioni politico-penali palesemente ingiuste?

D'altra parte, quell'epoca, oltre ad essere stata ampiamente criticata già dagli anni Sessanta del Novecento, mi pare ormai superata. Se ci rifletti, uno dei primi attacchi decisivi per la

⁴⁸² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II ed., Torino, 1920, v. I, p. 479.

lenta dissoluzione del tecnicismo giuridico è quello concernente l'esistenza dei celebri *fatti inoffensivi conformi al tipo*: con quell'idea si diffuse il realismo dell'insufficienza della tipicità formale. Occorreva un'interpretazione critica diretta a verificare la presenza di dati essenziali che la tipicità spesso non riusciva ad esprimere: l'offesa (lesione o effettiva messa in pericolo) al bene giuridico tutelato, ad esempio. Così il *tipo* geneticamente incapace di accogliere letture orientate al principio di offensività diveniva *criticabile esplicitamente in quanto scelta politica cieca della Costituzione e del progresso scientifico costruito su di essa*.

DIRITTO: Avete ragione. Nonostante la massiccia presenza di grandi conquiste, in quei tempi gli uomini commisero un errore fatale: *lo sviluppo di un (finto) rifiuto della complessità*; fu questo a muovere gli animi di coloro che mi studiavano pretendendo spesso di conoscermi davvero. Queste finzioni, però, generano ciclicamente danni pressoché catastrofici. Uno su tutti: la *politica* ha lentamente monopolizzato il mio intervento. Prima visitando di tanto in tanto i saperi – non perché davvero interessata alle loro elucubrazioni spesso incomprensibili, ma per ricambiare il favore – per poi abbandonarli definitivamente sulla *Torre della Fame*⁴⁸³ e attendere la loro autodistruzione. Il punto è che le altre scienze, quelle naturali, hanno basi forti, paradigmi solidi, di fondo e largamente condivisi sui quali costruire. Io no, avevo il diritto naturale ma quando ho creduto di potermi adagiare su di esso gli uomini hanno convinto la mia persona a perpetrare le più atroci delle azioni; quando, invece, perduta ogni speranza, ho deciso di sovrapporre il diritto alla

⁴⁸³ Torre "della Fame" o "della Muda", dove – nel 1289 – morì il Conte Ugolino Della Gherardesca con i figli e nipoti, protagonista della Divina Commedia di Dante (Inferno, XXXIII).

legge sono finito in balia di legislatori folli, disonesti e sconsiderati.

SCIENZA: Comprendo, ma quelli non furono che fallimenti dettati dall'assunzione di paradigmi parzialmente scorretti; tutte rovine, delusioni, tragedie o conquiste da me ampiamente previste. Esse fanno parte del mio "*metodo*". Vedi, credo di poter affermare con certezza di non aver mai conosciuto un singolo uomo interessato alla mia persona mosso dall'intento di peggiorare il suo mondo: io sono *sviluppo* non *decadenza*.

Anche il paradigma ha una funzione essenziale nel progresso scientifico; ma, allo stesso momento, per *l'osservatore libero* non vi è nulla di più debole di un dogma che pretende di essere considerato *episteme* nel senso classico del termine. Esso assolve solo umili *funzioni-filtro*, per selezionare problemi solubili e, dunque, "scientifici".

Nulla di più.

DIRITTO: [...] Vi chiedo scusa ma tutti quei problemi che, sebbene individuati (anche in precedenza) non promettono dall'inizio una soluzione possibile coi mezzi strutturati su dogmi già formati?

SCIENZA: Quelli finiscono spesso (e purtroppo) nel vecchio sacco della metafisica o nelle discipline limitrofe, quelle considerate erroneamente dagli uomini *distrazioni non degne della mia attenzione*. Ciò è accaduto alle scienze naturali e anche nei tuoi confronti mio caro. Il sapere libero dalle "distrazioni" fonda la c.d. scienza normale e i suoi problemi *interni* (dei rompicapo anche molto impegnativi ma spesso superabili con regole e procedimenti noti).

Precludersi il confronto con altri saperi e accantonare le domande che, al netto dei mezzi a disposizione, non

promettono una risposta è ciò che di più sbagliato si possa fare. Questo atteggiamento produce *iper-specializzazione*: se si rifiuta la *complessità* si è portati a perdere l'orientamento e ad approfondire oltremisura elementi che si credono erroneamente conoscibili senza aiuti esterni. Una caratteristica che l'assenza di complessità porta spesso con sé è l'ossessione patologica alla soluzione del problema piuttosto che alla prevenzione.

Occorre evitare che il *progresso scientifico* divenga *involuzione sociale*. Questo è un altro punto.

Ti propongo qualche esempio: userò la medicina, ma la stessa costruzione logica è utilizzabile anche all'interno dello *Strafrecht*.

Nonostante l'essere umano abbia cambiato *radicalmente* alimentazione da circa settanta/ottanta anni, solo negli ultimi dieci la materia, comprendendo l'importanza della prevenzione, ha incominciato – contrastata spesso dalla politica – ad approfondire la tematica concernente la relazione tra il cibo e le malattie in generale, soprattutto oncologiche.

Fino a qualche tempo fa questa branca della scienza mi preoccupava assai, quasi non dormivo la notte. Vedevo masse infinite di menti brillanti lavorare senza tregua al fine di risolvere problemi che avrebbero potuto essere parzialmente evitati: pensa che moltissimi Dipartimenti di Gastroenterologia del mondo ancora oggi non parlano di alimentazione agli studenti.

Così, solo rimanendo nella prevenzione “negativa” (*creazione di medicinali sempre più potenti + somministrazione sempre più massiccia*), si consentiva ai malati di tumore all'apparato digerente (stomaco o intestino) di mangiare grosse quantità di carne rossa e latticini, per poi aspettare di dover distruggere la metastasi con chemioterapie tecnologicamente avanzatissime ma spesso assai dolorose e vane. Così anche per la cura del diabete si ometteva di distogliere il paziente dall'assumere

“destrosio” – in realtà glucosio, spesso presente nel pane di cattiva qualità – riso bianco, sciroppo di glucosio, *etc.*

Oggi la c.d. medicina alternativa si sta piano piano fondendo con quella classica generando la c.d. *medicina integrata* – molto simile all’idea della *scienza penale integrata* di Franz von Liszt – e la formazione del medico del domani sulla base (anche) di essa con la predisposizione di appositi insegnamenti universitari all’interno di alcuni Dipartimenti di Medicina (in U.S.A., ad oggi, sono circa cinquantadue le Università con un insegnamento *ad hoc*), *master* specifici, *etc.* L’ingresso dell’agopuntura, dell’omeopatia, della fitoterapia e, soprattutto, della cura dell’alimentazione all’interno della medicina “tradizionale” è il riflesso di un necessario recupero della prevenzione, la cui mancanza è a sua volta un prodotto della *complessità* smarrita. Non si impedisce solo un carcinoma ma soprattutto l’esposizione dell’uomo a quella patologia, esattamente come non si previene solo un furto ma anche l’esposizione dell’autore a quel delitto.

DIRITTO: Sono d’accordo con Voi, però a me sembra di procedere al buio in mezzo ad un frastuono assordante di opinioni inconciliabili. Anche la tipologia di scienza penale che voi suggerite (integrata, critica, progettuale, *etc.*) non avrebbe, come le altre scienze naturali hanno, punti di riferimento solidi e potenzialmente condivisibili da tutti.

SCIENZA: Io, invece, non sono affatto d’accordo con te: ci sono le Costituzioni, non ti pare? Hai sotto mano i migliori agglomerati di valori fondamentali per l’attuazione di principi (di matrice chiaramente giusnaturalista, ma) già positivizzati, disponi di criteri-guida di qualità. Che altro vorresti in più, di grazia?

DIRITTO: Non me ne parlate, ve ne prego. Siate gentile, non c'è per me tema più doloroso.

SCIENZA: Cosa intendi dire? Da quel che ricordo conosci progetti che intendono fondare la tua essenza sulla Carta fondamentale. Ricordo male?

DIRITTO: Vi riferite all'esperienza italiana, certo. Gli anni Settanta del Novecento, che bel ricordo. In quel periodo credevo di essere davanti ad una rivoluzione: sin dai tempi di Birnbaum la sua creatura (il bene giuridico) mi ha indotto a intervenire con maggior frequenza sulle persone: in più situazioni e su più autori. Certo ci sono state stagioni diverse e qualche volta ho conosciuto anche momenti (quasi) felici e un poco spensierati, ma un fatto è sicuro: dal 1884 in poi non ho mai potuto prevedere l'arrivo di momenti di quiete né la loro durata. Fino a quando uno studioso bolognese, Franco Bricola, non capì il valore dei vincoli, più o meno espressi, della Costituzione italiana nell'evoluzione dei limiti al mio intervento.

SCIENZA: Vedi, dunque? Di cosa vai lamentandoti esattamente?

DIRITTO: Le critiche a quel progetto sono state distruttive. Hanno sostenuto l'impossibilità di vincolare il mio intervento ai soli beni giuridici di sicuro rango costituzionale *espressi* e *inespressi* poiché, a parer loro, insufficienti i primi e incerta la selezione dei secondi.

Devo ammettere che Franco Bricola, impostando il progetto su di un positivismo estremo, si è "legato" intimamente alla lettera della Carta.

SCIENZA: E perché lo fece?

DIRITTO: Perché da illustre uomo di scienza temeva i riflessi negativi di un'impostazione legata ai valori. Il suo *progetto* non giustificava l'esistente, non era una costruzione dogmatica classica strutturata *sulla* legge. Parlava di principi, di persone, egli sentiva la necessità d'interagire col legislatore per portare a termine le riforme, ma abbandonando un positivismo di fondo parte della comunità scientifica (e tutta la politica) lo avrebbe liquidato con qualche sorriso ironico e sentenzioso. Eravamo negli anni Settanta, non dimenticatelo.

SCIENZA: Cosa accadde di fatto?

DIRITTO: Una parte di quel progetto, quella più rivoluzionaria se vogliamo, fu abbandonata e i più incominciarono a nutrire troppi dubbi sulla veridicità di alcune sue premesse. Non avendo parametri per fondare la prognosi sui suoi potenziali sviluppi, la comunità scientifica si concentrò sulle critiche ritenendola troppo politica e poco scientifica. Questo atteggiamento, inutile dirlo, incise profondamente sui miei rapporti con la politica e, di riflesso, anche con la Corte costituzionale. La prima continuò a godere di pochissimi vincoli negativi, la seconda implementò sempre di più quel *self restraint* tipico di una Corte dimentica delle origini e ossessionata dalla separazione dei poteri.

SCIENZA: Davvero interessante questa tua ultima affermazione: una Corte "*...dimentica delle origini e ossessionata dalla separazione dei poteri*". Però, vedi, prima di chiederti qualche spiegazione in più su questi ultimi due punti lascia che ti confessi due cose: in primo luogo non credo che l'eredità di Franco Bricola risulti "abbandonata". Alcuni suoi allievi diretti, ad esempio, hanno messo in luce i tratti di quel progetto geneticamente non predisposti all'abbandono: l'idea di (*ri*)disegnare il volto

dell'illecito all'interno dei limiti sostanziali imposti dalla Carta fondamentale, come prima cosa. Ma anche parte del suo *metodo* scientifico – l'unione continua di conoscenze di dogmatica classica + dogmatica per principi + scienze empiriche + altri saperi – e didattico, piani per egli giustamente inseparabili, rimangono attuali. L'abbandono totale di un'idea solo parzialmente irrealizzabile è abbaglio che le scienze naturali non avrebbero mai preso.

Vedi, loro partono spesso da idee rivoluzionarie contrarie all'esperienza quotidiana e all'intuizione dei più.

Scomodiamo per qualche attimo il Prof. Albert Einstein e la sua *Teoria della Relatività Speciale* e chiediamo indulgenza ai luminari della fisica per la volgarità con cui ora tratteremo un tema assai complesso. Come ti ho già detto, l'edificio costruito dalla meccanica da Newton riuscì per molto tempo a conciliare perfettamente spiegazioni scientifico-matematiche con l'esperienza comune, ecco una delle ragioni principali della loro fortuna. Alla fine del 1800, però, il nuovo elettromagnetismo (elettricità, luce, onde elettromagnetiche, *etc*) rifiutava spiegazioni fondate su quelle basi. Studiando queste incongruenze Albert Einstein riuscì ad immaginare un paradigma diverso: tutta la fisica, ipotizzò, si deve basare su *spazio, tempo* e deve esistere una *velocità* che a 299.792.458 m/s (velocità della luce) rimane costante, non varia più.

Dalla conferma di questa ipotesi sarebbe derivata una conseguenza inconsueta: all'aumentare della velocità relativa lo spazio si sarebbe dovuto contrarre e il tempo dilatare. Parlo del famoso "paradosso dei Gemelli", per intenderci. Il problema, però, è che questo fenomeno era (e in parte rimane) lontano dall'esperienza comune e sicuramente difficile da verificare. Ciò diviene chiaro se si riflette sul fatto che una variazione "sensibile" di *tempo* e *spazio* si avrebbe solo a velocità assai vicine a quella della luce; per comprendere la difficoltà di cui ti

parlo pensa che, oggi, l'oggetto più veloce creato dall'uomo è una sonda planetaria che raggiunge al massimo 20 km/s, rimanendo dunque quindicimila volte più lento della velocità della luce. Parlo di mutamenti sensibili, non mutamenti qualsiasi; questo principio funziona sempre, ad ogni velocità. Gli scienziati poterono verificare una variazione di pochi miliardesimi di secondo installando un orologio atomico al cesio su un aeroplano e mantenendone uno identico sulla terra solo nel 1971, circa due decenni dopo la morte del Prof. Einstein.

Tutto ciò cosa significa (?), ti starai chiedendo... Questo dimostra che il Professor Einstein è riuscito ad immaginarsi un paradigma rivoluzionario (e, in quel momento) non suscettibile di verifica empirica e dagli effetti non direttamente intuibili. In un certo qual modo per lui l'idea nasceva come astratta, un qualcosa in cui credere più che su cui riflettere.

C'è poi un altro punto che tengo a specificare, un altro abbaglio che le scienze naturali, almeno oggi, difficilmente prenderebbero: la presenza di scelte scientificamente inspiegabili non mina l'idea di una loro appartenenza alla scienza integrata. La mente umana, la tecnologia, la cosmologia e l'intera natura dell'universo hanno dei limiti, come sottolinea benissimo un recente studio di J. D. Barrow *Impossibilità. I limiti della scienza e la scienza dei limiti*. Non stupirti, ma quando s'incontra una domanda alla quale pare non esserci risposta non è conveniente affidare quest'ultima solo alla politica. Non se l'ambiente in cui si genera è tipicamente scientifico.

Provo a farti un esempio che ricordo bene dalla lettura della voce *Teoria del reato* di Massimo Donini: la presenza di una tipicità soggettiva (*dolo e colpa come azione*) interna all'illecito è una scoperta recente di un'evidenza antica – *anche un cane*, come ha recentemente sottolineato lo studioso in un intervento Pisano, *riesce a percepire la differenza tra un calcio voluto e uno provocato per sbaglio* – sviluppata solo nella letteratura post-

welzeliana e richiesta oggi implicitamente dalla Costituzione della Repubblica italiana per l'applicazione rigorosa del *sine culpa* e del *sine lege*. Un "fatto" solo oggettivamente tipico non può risultare illecito *a prescindere* da dolo e colpa, altrimenti si legittima una valutazione del comportamento potenzialmente edificabile sulla logica della responsabilità oggettiva.

Coloro che hanno isolato questa impostazione sovrapponendola alle altre importazioni del soggettivismo tedesco più estremo dove i criteri d'imputazione soggettiva si confondono con gli elementi che li provano non hanno capito nulla (!). Essi mantengono un oggetto comune indipendente (tipicità oggettiva) che impedisce loro di fagocitare tutta la condotta.

Allo stesso modo, la presenza di *dolo* e *colpa* nel fatto tipico impone al legislatore di prevedere espressamente l'elemento soggettivo e al giudice di documentare la presenza di quest'ultimo in capo al non imputabile prima di somministrargli eventuali misure di sicurezza.

Non vi dovrebbe essere spazio per il legislatore qui, non sono queste opzioni che può manovrare da solo senza commettere disastri inenarrabili.

DIRITTO: Davvero illuminante. Ho a disposizione principi scaturenti da valori specifici, ma il tentativo di *restyling* del mio volto su di essi è divenuto per l'osservatore una scelta sostanzialmente politica fondata su opzioni del tutto arbitrarie e la costruzione teorica *sui* principi è stata vista come attività vaga e non falsificabile. Al contrario, la costruzione di categorie sistematiche e di espressioni linguistiche peculiari farebbero "scienza".

Un dato è incontestabile: questo progetto anticipava troppo i tempi (!). Il clima culturale nel quale intendeva inserirsi era supportato da una tradizione favorevole (il costituzionalismo)

ma minato da profondi cambiamenti interni anche alla Corte costituzionale. Ecco, su un punto non intendo creare fraintendimenti: la Corte Kelseniana, la neutrale custode eterna del parlamentarismo, *non è mai esistita in Italia (!)*.

Mi permetto a questo punto di specificare l'affermazione di poco fa: la Consulta, generata per vigilare sull'attuazione continua dei principi formali e sostanziali della Carta fondamentale, ha lavorato sin da subito (*post-1956*) sulla concretizzazione sostanziale del c.d. *costituzionalismo penale debole*. Durante il tempo del sindacato sulle leggi anteriori (quelle di stampo fascista) ogni decisione – come ricordano bene Elia e Mezzanotte – si poneva come derivazione dell'unità di valore e al tempo stesso consolidamento dell'idea di quell'unità. La metodologia rimaneva in chiave deontica, si cercava di attuare il *dover essere* della Costituzione agendo su un terreno di forte legittimazione unitaria capace di esaltare credenze di razionalità rispetto al valore.

Negli ultimi quarant'anni – questo, forse, uno dei maggiori problemi – essa ha invertito questa tendenza. Il momento ideologico-prescrittivo, da sempre tipico dell'attività della Corte, è stato adombrato da una sorta di "responsabilità politica" mai richiesta e non presente nel *dna* della Consulta; ciò ha immancabilmente provocando quel forte calo di prescrittività dei principi rilevabile empiricamente dall'uso sempre più esteso del concetto di "ragionevolezza": scelta, questa, ammirevole sotto alcuni profili ma comunque tra le più indifferenti e refrattarie a chiari programmi ideologico-scientifici. È ben vero che la società *post-industriale* ha aperto scenari inattesi orientati alla pluralità dei valori, ma è proprio in questa pluralità che risiede l'unitarietà di cui parlo. Non posso in questa sede esplicitare le moltissime implicazioni delle mie parole, ma un punto intendo precisarlo: francamente, ritengo che pesanti responsabilità ricadano sulla *politica* e su parte della

dottrina (soprattutto costituzionale). Vi è stato un periodo – forse oggi il lieve calo – in cui si riprendeva in modo assillante il tema della politicità della Consulta. Non vi era luogo in cui i sostenitori kelseniani della stretta maggioranza non ricordassero l'inesistenza di leggi intrinseche alla collettività, così come non vi era momento in cui non invitassero i Giudici delle Leggi ad un sempre maggiore *self restraint*. Dall'*a priori* costituzionale, per chiudere la mia breve puntualizzazione, stiamo vivendo il passaggio all'*a posteriori* del risultato.

SCIENZA: Molto interessante, proverò a risponderti “punto per punto”.

Dunque, la costruzione dogmatico-induttiva delle “categorie” affonda le sue radici in una legge prodotta da un potere politico oggi non più interessato ai saperi e che su di essa, sulla legge, costruisce ogni ragionamento. Questo “metodo” è stato certamente per noi piuttosto utile nel corso dei decenni, ma non possiamo identificarlo pienamente con quello scientifico: esso non *serve* solo *al sapere* ma *serve il potere*, rimane spesso *interno* e, quindi, inevitabilmente legato a logiche estranee alla verità.

Il *dna* della *scienza* giuridica, invece, si presenta come integrato da altri saperi e spesso svincolato da equilibri politici. Una scienza (giuridica) integrata, però, non basta: occorre eliminare le resistenze accumulate in anni di sviluppo campanilistico della stessa. Essa è *internazionalizzante*, *assetata di comparazione* e *inclusiva*.

Se proprio dovessi “categorizzarlo” – parlo del metodo *per categorie* – lo vedrei più come un profilo necessario ma non fondamentale per una moderna scienza penale integrata, globale e inclusiva; qualcosa di paradossalmente assai più vicino al *potere* che al *sapere*.

Ecco un ultimo punto: devi smetterla di confonderti con il *potere*. Sia esso economico o politico, sia esso proveniente da *una* Piazza Affari, da *un* Montecitorio o da *una* magistratura,

muove sempre da logiche opposte e che tu non puoi comprendere appieno. O, meglio, che riesci a comprendere ma non a condividere. Il *nostro* metodo, invece, è diverso e in alcuni casi opposto al loro, come diverse e opposte risultano le nostre finalità. In primo luogo, noi dipendiamo strettamente da una *verità*, da un'*episteme* che non ci appartiene. La sua ricerca è per noi incessante, ma la smentita (o la conferma) di ogni ipotesi non dipende dal volere di chi l'ha avanzata. Noi siamo visionari, ci muoviamo su basi complesse e in un primo momento poco credibili, magari errate ma sicuramente scientifiche e procediamo per tentativi esponendo immediatamente i risultati al rischio di falsificazione.

L'attività della *magistratura* (giudicante o requirente, di merito o di legittimità, ordinaria o costituzionale, e così oltre), invece, è paragonabile a quella del mediatore: a volte conosce il progresso scientifico ma è inevitabilmente costretta ad adattarlo alle circostanze concrete della vita, a bilanciarla con equilibri politici e a farla coesistere con la prassi. Parte del nostro lavoro, almeno quello inerente l'attualizzazione dei testi normativi, coincide in astratto con il suo, ma se ne discosta con riferimento ai *limiti* pratici di applicabilità del ragionamento.

Il *potere politico*, poi, segue logiche ancora diverse. Egli è timoroso e dipende unicamente dalla *volontà*, spesso è cieco del contesto (sociale, economico, *etc.*) in cui opera e stranamente irriverente nei confronti di conoscenze per lui inutili o troppo restrittive. Si muove su basi semplici, spesso ingiustificate o caratterizzate da scelte che precedono ogni indagine diversa da quella di "gradimento degli elettori". S'insinua in ogni campo preoccupandosi raramente degli effetti delle sue azioni: lo fa nelle scienze naturali riuscendo ad esempio a scorgere solo un'arma di distruzione di massa (la bomba atomica) all'interno di una formula rivoluzionaria, lo fa nei confronti delle scienze giuridiche creando *ex novo* emergenze inesistenti (ladri, recidivi,

emigrati, tossicodipendenti, *etc.*) che col tuo intervento, spesso generato dalla sola maggioranza, credono di poter risolvere acquisendo consensi e prestigio od occultando pericoli reali (carenza di democrazia, presenza massiccia di diritto illegittimo, mancanza di un'etica pubblica, *etc.*) che ti obbligano ad acquisire competenze che non hai mai avuto.

Il potere politico, facendo leva sulla figura mitologica del *governo del popolo*, non motiva la sua volontà anche se dovrebbe e nei campi in cui non può astenersi dal farlo travolge spesso l'*argomentazione* all'interno della *giustificazione politica* non giustiziabile. Ti invito ad osservare la sua attività, caro amico; guardando con attenzione scoprirai che essa si sviluppa in ampiezza non in profondità e che il suo *team* è formato da *consulenti*, non da *intellettuali*.

Tuttavia, io non posso ignorare la logica della pratica così come l'intellettuale libero non può permettersi di estromettere completamente il potere politico: la *prassi*, a volte, può condizionarmi e la *politica-criminale* – quella vera però, dunque quella orientata alle soluzioni soprattutto non penalistiche – può orientare la mia impostazione, ma entrambe non avranno mai un potere tale indurmi a trascurare qualsiasi *verità contraria*. Ritengo sia nostro compito aiutare chi ci sostiene a promuovere l'individuazione dei metodi per limitare gli esiti catastrofici di una ormai classica *mala fede* del potere.

Quanto alla tua notevole ricostruzione dell'origine della diffidenza della Consulta, credo che saranno gli uomini a dover accogliere nuovamente l'eshaustività della credenza di unità di valore, non vi è una vera alternativa possibile. In caso contrario dovranno accettare un arretramento al concetto – spesso solo teorizzato, ma in Ungheria recentemente applicato – di Corte costituzionale *custode della mera razionalità delle forme*; dovranno riprendere le ricerche – come tu giustamente hai notato – di una Consulta che non c'è mai stata.

Torniamo al *potere*: non dobbiamo dimenticare come al diffondersi della sua volontà è per troppo tempo mancata la divulgazione delle tue ricerche. Vedi, come ha sottolineato il professor Massimo Donini in un recente scritto sul rapporto tra scienza penale e potere politico, l'obiettivo del progresso consiste spesso in un adattamento sicuro delle conoscenze collettive al profilo delle garanzie, serve un riconoscimento da parte di una pluralità di osservatori: qualificati e non.

Laddove poi la politica ignora la dottrina, la circolazione di *saperi accessibili* diviene centrale. Mi spiego: essi, i saperi, dovrebbero circolare non solo al tuo interno (dottrina, giurisprudenza ordinaria, giurisprudenza costituzionale, avvocatura, *etc.*), ma anche all'esterno di questo *cerchio magico* di pensatori; parte dei problemi, infatti, nascono proprio da qui. Un'assurdità ascientifica – es. l'efficienza della sola retribuzione, di una recidiva paradossalmente oggettivizzata, l'aumento vertiginoso del crimine violento prodotto da tipi di autore specifici, *etc.* – raggiunge in qualche secondo milioni di persone giustamente sollevate da obblighi d'informazione ulteriore divenendo una "*verità mediatica*". Quale ruolo ricoprono le ricerche dei cultori del diritto penale? Chi le legge (?), chi riesce a comprenderle?

DIRITTO: Non mi convincono queste vostre ultime critiche. Sapete bene che esistono questioni tecniche non semplificabili che non si prestano alla divulgazione. In secondo luogo speravo di poter continuare a dialogare direttamente coi colti, coi rappresentanti e, solo indirettamente, coi rappresentati.

SCIENZA: Dico io, ma non ti sei accorto che, salvo rari casi, è dall'inizio della prima Repubblica che il potere *politico* italiano dialoga solo raramente col *sapere scientifico* in generale? Certo, esistono leggi piuttosto fortunate costruite direttamente anche da

professori; tuttavia, queste ultime, se paragonate a quelle strutturate dall'inizio della Repubblica rimangono un granello di sabbia nell'oceano.

Non hai notato che troppo spesso, almeno da *tengentopoli* in poi, l'iniziativa delle procure della Repubblica è più influenzata da una parola di un giornalista autorevole – la quale veicola tutta l'opinione pubblica – che da una monografia scientifica?

Non hai fatto caso al lento ma implacabile smantellamento della funzione dell'Università? Negli ultimi vent'anni, ma forse anche più, la politica italiana, ignara della storia, ha addirittura inciso *negativamente* sullo sviluppo del sapere. Pensa che sin dai tempi del diritto romano classico la dottrina – da sola – ha saputo stravolgere il diritto elevando lo *ius* a paradigma europeo-occidentale per poi diffondere, con la riscoperta del Digesto, il suo insegnamento in tutta l'Europa continentale e oltre (ad *Oxford* e a *Cambridge* s'insegnavano diritto romano e canonico sin dal 1200).

Addirittura i mezzi classici di circolazione del sapere si stanno modificando: *on-line* si possono trovare lezioni frontali di giuristi (Luis Zaffaroni, per citarne uno) provenienti da ogni parte del mondo, le riviste stanno per essere sostituite da *magazine on-line*, gratuiti, veloci e fruibili da chiunque in pochi istanti, e così oltre.

E ora guarda il tuo Codice e chiediti come hai reagito a questi cambiamenti? È ancora in parte ristretto all'interno di una camicia nera; sì, sentiamo spesso ricordare quel massiccio intervento della Corte costituzionale che è riuscito a sbiadirla un poco e a sostituire al *fez* un cappello a cilindro, ma il suo *outfit* ha ancora tutto l'aspetto di una divisa poco decifrabile. I problemi di questo vostro anacronismo si riflettono sulla popolazione, su quelle persone che scoprono la concezione unitaria del concorso di persone (110 ss. c.p.), le logiche del reato aberrante, il "metodo" della plurioffensività in *malam*

partem, il limite poco chiaro dell'analogia, i riflessi di una pena interamente fondata su prevenzione generale e retribuzione, gli aggravamenti di pena per i recidivi, l'esistenza generale di un diritto illegittimo applicabile e così oltre, solo una volta arrivate o tornate al centro del palcoscenico (sul banco degli imputati), piuttosto che nel *backstage* (nell'angolo buio della vittima).

Non si tratta dell'encomio della *banalizzazione* ma di un richiamo alla *semplificazione* o, comunque, alla *diffusione esterna del sapere* e i due concetti non coincidono affatto. Vuoi davvero lasciare questo compito a giornalisti dilettanti o a politici spesso mossi da sinistri bisogni di partito?

Se alcuni fisici sono riusciti ad agevolare la comprensione della *Teoria della Relatività Generale* io credo che tu possa pretendere *donazioni* più frequenti – affiancandole alle monografie pensate per i pochi, alle note a sentenza per i pratici o agli articoli – di prodotti accessibili, pensati per un impiegato delle poste. Questo è un meccanismo già avviato nel mondo e la "*vecchia*" concezione dell'*indisponibilità della scienza giuridica* risulta oggi *anacronistica perché tra le sue premesse essenziali vi è la presenza di un legislatore-tipo recettivo e attento che non c'è.*

In una celebre prolusione al corso ufficiale di diritto penale del 13 gennaio 1941 tenutasi presso la Regia Università di Napoli Biagio Petrocelli consegnò al mondo una riflessione tra *scienza del diritto*, pratica e *politica*, destinata a rimanere nella storia. L'insigne professore, occupando proprio in quell'anno la cattedra appartenuta ad Alfredo De Marsico, evidenziò l'esistenza di libri destinati, vuoi per la loro estrema difficoltà vuoi per esigenze tecniche di distribuzione del lavoro intellettuale, ad essere letti da quei pochi che, dopo averli studiati, avranno il *dovere* – questo lo aggiungo io – di chiarirle agli altri. Nel pensiero dell'autore non si nascondeva certo l'idea di una scienza penale indisponibile, tutt'altro: egli propose addirittura di modificare l'ordinamento scolastico

dell'epoca al fine di avvicinare la teoria, *senza la quale non vi sarebbe scienza*, alla pratica, *senza la quale non vi sarebbe vita*.

Benché l'implementazione dei suoi poteri sia auspicabile, nemmeno i controllori della legge possono tutto: la storia ci insegna che spesso ponderose espunzioni-forzate possono creare vuoti problematici così come sostanziose aggiunte rischiano di mettere in scacco la stabilità della democrazia.

Altro punto fondamentale, dunque, diviene la manualistica. Quanti studi di criminologia, medicina legale, sociologia, *etc.* citano i principali manuali? Quanta critica contengono?

Esempio: quanti studenti di legge formati su un manuale costruito su una tripartizione classica (anche se, in onore di Welzel, a fattispecie separate) che raggruppa i principi fondamentali nella sola parte introduttiva, riusciranno poi nel *post*-laurea a modificare la loro impostazione recependo davvero i progressi della scienza più avanzata e orientata ai principi? Quanti ragioneranno nella vita reale con la tipicità soggettiva, quanti comprenderanno che essa non sostituisce quella oggettiva ma la integra sin dall'inizio, quanti capiranno il significato di questa distinzione, l'imputazione obiettiva dell'evento, il carattere prescrittivo dell'offensività, l'inesigibilità, lo stato di necessità scusante, l'origine illiberale del concetto di bene giuridico, l'importanza della sua lettura costituzionale, l'influsso dei principi sul tutto, *etc.*? I pochi frequentanti, sempre ammesso che ricordino, apprezzandoli, gli sforzi di colui che tenta di far passare tali messaggi.

Questi sono problemi che si adagiano sull'idea di una scienza penale raffinata e detentrica di aggiornamenti riservati ad alcuni addetti ai lavori: dottorandi, ricercatori, professori e, anche se raramente, giudici. Occorre che coloro che incidono direttamente sulla realtà, oltre che il grande pubblico, recepiscano la scienza. Esattamente come occorre che s'interrompano equivoci potenzialmente catastrofici come la

confusione tra politica in senso stretto e seria politica criminale (o altrettanto seria scienza della legislazione): Manzini, Beccaria, Filangieri e oltre, non facevano politica, ma diritto e filosofia. Questo lo si può leggere anche negli scritti di Giuliano Vassalli (*Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Milano, 1990, p. 25).

Vedi, era proprio qui che intendevo giungere: *non tutto è politica in senso stretto*, ma tu non devi convincere me, io ne sono già persuasa.

DIRITTO: Effettivamente il ragionamento scientifico nasce spesso da intuizioni non immediatamente dimostrabili, ma non per questo perde la vostra attenzione. Troppo a lungo ho accarezzato il prodotto (e i desideri) del potere confondendomi spesso con esso; come troppi decenni ho passato nella speranza di vedere i prodotti di una scienza effettivamente *indisponibile* penetrare negli interessi di un legislatore disinteressato. Ho escluso (e sto escludendo) il popolo su cui ricadono gli effetti del mio intervento da ogni dibattito scientifico; ho ostacolato la diffusione esterna della conoscenza impedendo alla popolazione comune di costruirsi una serie di strumenti rudimentali ma capaci d'innescare serie riflessioni sull'enorme iato esistente tra i miei progressi e i capricci del potere. Occorre reagire, magari affrontando la supremazia del *potere* su un campo insensibile al suo *volere*.

SCIENZA: Mi compiaccio, questo è l'atteggiamento giusto. Ad ogni modo non preoccuparti, l'errore è qualcosa di sano perché riflette azione e impegno, sempre che lo si riconosca con umiltà e non lo si replichi. Così, almeno, mi ripete spesso ...

DIRITTO: ... il vostro maestro?

SCIENZA: Forse. Si è fatto tardi, devo andare.

DIRITTO: Aspettate, vi prego.

SCIENZA: Addio.

DIRITTO: No, arrivederci.

11. “Illusionisti”, “illusi” e “allucinati”. La classe negligente e i timori (ir)ragionevoli dei custodi dell’Esprit des lois. Confusione di poteri e circolazione di saperi. Una premessa centrale – Con taglio critico ma non offensivo, intendiamo definire *illusionisti* coloro che professano l’esistenza di un sistema democratico caratterizzato da un popolo che governa tramite delegati tecnicamente preparati e capaci di orientare la volontà di *tutti* i rappresentati verso la verità sociale, giuridica, *etc.* Quelli che continuano a proporre lo *charme* di un diritto positivo non motivato e spesso prodotto dalla sola maggioranza, quelli che promuovono il fascino di quell’inquietante dissociazione dei poteri che si riflette nella figura del giudice-automa, magari inserito in una Corte costituzionale capace di sindacare il mero rispetto delle regole di produzione della legge. Chiamiamo *illusi* coloro che, libro di testo alla mano, si affidano a questi adulatori inveterati. Sempre con spirito scherzoso ma mai offensivo, chiamiamo *allucinati*, infine, coloro che ci credono davvero.

Come abbiamo già detto, sono diverse le cause di quel *self restraint* della Corte costituzionale che ha portato, dagli anni Ottanta in poi, a modificare radicalmente il suo patrimonio genetico: *la prima*, più nota, *concerne gli attacchi da parte di una tradizione dottrinale (soprattutto costituzionale) poco fiduciosa del suo potenziale scientifico*. Ebbene, sin dal 1958 parte consistente della dottrina costituzionalistica rimasta fortemente ancorata alla speranza dell’emergere di una responsabilità politica diffusa della Corte

costituzionale⁴⁸⁴, ha generato nel tempo aspettative specifiche dirette ad un sempre più pronunciato *self restraint* dei componenti della Consulta: da esperti capaci di controllare la corretta attuazione di un programma scientifico-ideologico a produttori di sentenze singole non dotate di *nessuna attitudine a raffigurare simbolicamente l'immanenza e la veridicità dell'intero programma costituzionale*⁴⁸⁵. Procediamo per gradi.

La storia del controllo costituzionale delle leggi trae le sue più remote origini, come già anticipato, dall'idea del *referendum* popolare e s'insinua in Italia sin dal 5 gennaio 1925, durante l'inaugurazione dell'anno giudiziario, per mano del Procuratore generale presso la Cassazione Appiani. La sua proposta concerneva appunto l'introduzione della possibilità di annullare gli atti incostituzionali che il popolo "*più libero del mondo*", quello degli Stati Uniti, riconosce alla Corte Suprema. Una garanzia esterna ed estranea ai meccanismi politici, questa, poi ripresa dal socialista Filippo Turati e dal liberale Giovanni Amendola⁴⁸⁶ e studiata per la prima volta all'interno della "Commissione Forti" creata *ad hoc* nel 1945⁴⁸⁷. Tra le linee direttive uscite da questo dibattito emerse il volto di una controllo come *limite al potere politico* (più che come *tutela diretta dei diritti fondamentali*) azionabile dal popolo entro un termine successivo alla pubblicazione della legge e condotto da magistrati scelti tra la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e i consigli degli ordini forensi. Questa idea confluì un anno dopo nell'Assemblea costituente (2 giugno 1946) e dal progetto di Costituzione redatto dalla celebre Commissione dei settantacinque uscì un organo autonomo di nuova

⁴⁸⁴ Sul tema, per tutti, RODOTÀ, *La svolta politica della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1970, *passim* (spec. pag. 37).

⁴⁸⁵ Queste le parole illuminanti di MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., v. II, p. 119.

⁴⁸⁶ Per approfondimenti si veda il bel lavoro di G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, p. 25 ss.

⁴⁸⁷ Riprende perfettamente tutte le logiche della Commissione Forti il lavoro di G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della <<Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato>> (1945-1946)*, Bologna, 1979, p. 139 ss.

istituzione posto in protezione di una Costituzione *condizionante*. Il dibattito interno sulla necessità o meno di un *controllo esterno sulla legge*, come noto, fu in un primo momento assai feroce⁴⁸⁸ per poi placarsi per via di un cambio piuttosto repentino d'impostazione dei più scettici, i comunisti e i socialisti. Rimasero comunque aspri confronti sul ruolo *giurisdizionale* (G. La Pira, C. Mortati, G. Ambrosini, E. Tosato, T. Perassi, Nenni, M.S. Giannini, Calamandrei e G. Martino) o *politico* (comunisti e socialisti in genere) del controllo: da questa scelta, in effetti, sarebbe dipesa la composizione della Corte costituzionale⁴⁸⁹. Per comprendere quali dei due modelli ha avuto il sopravvento occorre verificare sia la composizione effettiva della Corte sia le modalità con cui poterono esserle presentate le questioni di costituzionalità (tipologia del *sindacato*). In primo luogo l'art. 135, come largamente noto, venne strutturato attingendo da entrambe le posizioni in contrasto: un terzo nominati dal Presidente della Repubblica, un terzo eletti dal Parlamento in seduta comune e un terzo dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa. Quanto alla tipologia di sindacato, solo il giudice del caso concreto avrebbe potuto – autonomamente o su istanza di parte – sollevare la questione rilevante per il quest'ultimo. Tali dati hanno giustamente indotto molti osservatori a concludere per un ruolo di natura giurisdizionale ma atipico: *le statuizioni dei Giudici delle leggi avrebbero avuto un impatto non indifferente sulla politica, ma la Corte mai avrebbe potuto scegliere i tempi, il modo e gli oggetti della sua azione*⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ All'inizio dei lavori le forze politiche risultava divise, seppur con varie divergenze interne, tra coloro che vedevano nel controllo esterno della legge una fonte di garanzia (partito repubblicano, partito d'azione e democrazia cristiana) e coloro vi si opponevano considerandola una sciocchezza pericolosa (partito comunista italiano, partito socialista italiano e liberali).

⁴⁸⁹ È chiaro che un ruolo politico del controllo sulla legge avrebbe comportato una composizione della Corte incentrata esclusivamente su nomine altrettanto politiche. Esempio, in questo senso, la proposta (respinta) di Laconi: nomina dei Giudici per un terzo dalla Camera dei Deputati, un terzo dal Senato della Repubblica e un terzo dalle assemblee regionali. Cfr. D. RODOTÀ, *Storia della Corte costituzionale*, Laterza, 1999, p. 12.

⁴⁹⁰ Cit.: D. RODOTÀ, *Storia*, cit., p. 17.

L'introduzione di un organo fondamentalmente giurisdizionale capace di dichiarare illegittima una disposizione di legge proveniente dal popolo metteva in seria crisi l'idea tradizionale di supremazia assoluta del popolo stesso nella democrazia.

Enrico De Nicola, eletto Presidente della Corte costituzionale (all'unanimità) il 23 gennaio 1956, rilasciava poco tempo più tardi una dichiarazione alla stampa centrale ai nostri fini: <<la famosa tripartizione dei poteri – ebbe a dire l'ex Capo provvisorio dello Stato – dovuta a Montesquieu non è più sufficiente per caratterizzare nella loro integrità gli ordinamenti presenti nello Stato ... la Corte è un organo costituzionale che non fa parte di nessuno dei tre poteri, ma collabora con ciascuno di essi con finalità di coordinamento giuridico>>⁴⁹¹. La dichiarazione appena citata, lo si vedrà più avanti, costituì un'intuizione profetica, anche se assai poco analizzata, che riuscì ad anticipare di circa sessant'anni la scienza giuridica contemporanea.

Ora, assai importante ai nostri fini è il contenuto della prima sentenza del 1956. In essa si sarebbe dovuto decidere l'ampiezza del vaglio della Corte: solo le leggi successive alla sua creazione avrebbero potuto essere valutate o anche quelle precedenti? La presidenza del Consiglio dei ministri, chiaramente (*sic!*), intervenne per mezzo dell'Avvocatura dello Stato alla prima udienza pubblica (23 aprile 1956) in difesa del celebre art. 13 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, al fine di limitare sin da subito il potere della Consulta. Non potendo intervenire troppo sulla sostanza – la matrice fascista del T.U. unita alle ordinanze di diciotto Pretori, otto Tribunali e tre Corti d'Appello d'Italia, avrebbero un poco complicato una difesa nel merito sulla conformità del pacchetto normativo con l'art. 21 Cost. – il Governo puntò soprattutto sulla forma invocando l'incoerenza della dichiarazione d'illegittimità di una norma preesistente alla Corte e alla Costituzione stessa. Solo un'abrogazione avrebbe potuto eliminarla. L'esito di quel procedimento, è persino inutile ricordarlo,

⁴⁹¹ Questo segmento dell'intervista è riportato sempre in: RODOTÀ, *Storia*, p. 28.

concretizzò quello che Calamandrei chiamò “la più solenne celebrazione della resistenza”.

Ad un vaglio più accurato, però, l’euforia contribuì ad oscurare non poco un’altra grande verità: sistemando le leggi “vecchie” sullo stesso tavolo di quelle “nuove” si accettava implicitamente, e in blocco, tutti i codici fascisti⁴⁹². Ad ogni modo vi era certamente molto antifascismo in quella statuizione, molti accordi sui valori e volontà comuni; molto entusiasmo per l’inizio di un nuovo cammino.

In un primo momento la Corte decise di uniformarsi all’indirizzo politico del tempo⁴⁹³ e di evitare, laddove possibile, la creazione di pericolose lacune nell’ordinamento cancellando intere disposizioni di legge; preferì interpretare diversamente, in modo conforme a Costituzione. Tuttavia, le resistenze della magistratura ordinaria indussero la Consulta a ricorrere con frequenza a quelle dichiarazioni d’incostituzionalità parziale capaci di espungere frammenti della norma incompatibili con la Carta fondamentale introducendo nei vuoti così generati elementi diversi dedotti dalla legge vigente. Durante questo iniziale *self restraint* auto-indotto, sia ben chiaro, le norme non salvabili vennero comunque abbattute. Nel decennio successivo le ordinanze di remissione si fecero

⁴⁹² Così ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 496. Certo è che – e lo riconosce lo stesso autore – l’immobilismo del legislatore negli anni che hanno preceduto l’inizio dei lavori della Corte non ha potuto che indurre la stessa ad intervenire attivamente. Il rischio, infatti, sarebbe stato quello di rimanere con la vecchia legislazione fascista fino alla rivoluzione successiva.

⁴⁹³ Questo dato lo si riscontra soprattutto in materia civilistica. Si pensi alle prime statuizioni in materia di diritto di famiglia che intesero interpretare le norme della Costituzione secondo le logiche del Codice Civile e, soprattutto, suggerire (anche esplicitamente) al legislatore di attivarsi per riformare in blocco secondo le direttive della Costituzione della Repubblica. Tant’è che la sentenza n. 64 del 1961 sull’adulterio della moglie lo ritenne l’art. 599 c.p. perfettamente compatibile con il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; una sentenza, questa, dal contenuto agghiacciante sia per la sensibilità di oggi che per la sensibilità dell’epoca. In campo penale (sostanziale e processuale), al contrario, l’intervento della Corte fu da subito pressante (v. sent. n. 11 del 1956, n. 59 del 1959, n. 30 del 1962, n. 72 del 1963, n. 62 del 1964, *etc.*), anche se con varie eccezioni (sent. n. 9 del 1965, ad esempio).

assai più frequenti ma i Giudici delle Leggi, pur non intervenendo ancora in maniera assai incisiva, riuscirono a conquistare – seppur lentamente – l’alleanza della magistratura nel suo complesso. Un circuito istituzionale, questo, creato dal basso, dallo *spirito costituzionale* delle nuove generazioni di magistrati⁴⁹⁴.

La svolta più importante si ebbe però con le presidenze di Sandulli (1968-69) e Branca (1969-1971); in quel triennio *la Corte non si limitò più ad allinearsi all’indirizzo dominante, ma iniziò a contribuire consapevolmente a crearlo*⁴⁹⁵. Il cantiere di tale opera di profondo restauro del Codice (anzi, *dei codici*) rimase aperto fino agli anni Settanta/Ottanta/Novanta, difficile datarlo davvero, del secolo scorso; segmento temporale piuttosto incerto, quest’ultimo, in cui la Consulta, perdendo l’idea del valore comune su cui fondare scelte complesse ai confini della separazione dei poteri, decise d’arroccarsi nuovamente su metodi “difensivi” simili a quelli tipici della primissima Corte costituzionale (1956-1968). Recenti analisi sui rapporti tra Consulta e maggioranza politica rilevano infatti come le decisioni dei giudici costituzionali tendano, prima o poi, a seguire i risultati elettorali⁴⁹⁶ abbandonando spesso ogni ragione scientifica contraria. Un comportamento *grave e contrario* alle funzioni tipiche della nostra idea di *Judicial Review* che trae origine (anche) dal terrore di una Consulta senza valori di sconfinare in scelte politiche che richiedono una maggioranza “democratica”. Sul punto occorre fare qualche considerazione.

⁴⁹⁴ Non è un caso che i primi magistrati ordinari ad uniformarsi alle statuizioni della Corte siano stati i Pretori [Cfr. C. Rodotà, *Storia*, cit., p. 34]. Ruolo, questo, ricoperto all’epoca dalle giovani leve.

⁴⁹⁵ Cfr.: RODOTÀ, *Storia*, cit., p. 44.

⁴⁹⁶ Cfr.: PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Il Mulino, 207 ss. (spec. pp. 216-221). Molto interessante lo studio sui rarissimi casi in cui il collegio si è contrapposto a maggioranze politiche ancora in essere tra il 1996 e il 2006. La ricerca, come sottolinea la Pederzoli nel volume appena citato (p. 217), recupera conclusioni già presenti all’interno di uno studio del 1957 sulla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America: DAHL, *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of public law*, v. VI, p. 279 ss.

Una prima premessa: l'attuazione della Costituzione non può fondarsi sulla mera espunzione della normativa fascista così come la buona riuscita di questo primo *step* non può comportare la nascita di un (nuovo) *self restraint*. L'era *paleo*-giuspositivista di derivazione hobbesiana è terminata, come parimenti superato risulta anche il modello *giurisprudenziale puro*, *pre-moderno*, ancorato oltremodo al mito della versione *forte* del *giusnaturalismo*⁴⁹⁷. La nostra Costituzione, non solo rigida ma *condizionante*, costituisce un patto diverso che ha modificato il patrimonio genetico delle istituzioni e della cultura (non solo scientifica), liberandoci dal rischio d'immobilismi politici o indesiderabili infezioni totalitarismo-correlate. Esistono eccome valori costituzionali da realizzare indipendentemente dall'epoca o dalla matrice politica delle singole leggi ordinarie. Nel nostro

⁴⁹⁷ Le varie versioni principali del giusnaturalismo non hanno a nostro parere continuità storica. Di questa opinione, la maggioranza degli autori. Si veda, ad esempio, G. Ambrosetti, *Diritto naturale cristiano*, Roma, 1964, p. 12; G. DIETZE, *Il diritto naturale nelle moderne costituzioni europee*, in "Jus", VIII, 1957; F. OLGATI, *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di Giustizia*, Milano, 1932; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, p. 56; R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1999; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Vita e Pensiero, 1999; L. Strauss, *op. cit.*, che distingue anche fra il diritto naturale come interpretato da San Tommaso e come interpretato dai classici; distinzione proposta anche da N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 9, per il quale "l'età classica pone la *natura come nascita* del diritto positivo; l'età cristiana considera la *natura come norma* delle cose e delle azioni" (in corsivo nel testo). Indirettamente sembra aderire a questa impostazione, anche P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Napoli, Liguori, 2000, p. 41, ove sostiene che "i soli indirizzi etici che possano lecitamente, non contraddittoriamente, ispirarsi al giusnaturalismo sono quelli cattolici, più o meno legati alla restaurazione neotomistica, entro cui il diritto naturale conserva pieno valore di teoria in quanto continua a muoversi in un 'ordine' suo, che è in contrasto – ora aperto ora coperto – col mondo morale circostante", riconoscendo così di fatto una differenza qualitativa tra i vari "giusnaturalismi". Fra gli altri, anche H. ROMMEN, *op. cit.*, per cui, sebbene ritenga che dalla Scolastica in poi il diritto naturale non sia mai scomparso, neanche quando fu dichiarato morto dal predominante positivismo, differenza chiaramente almeno due modelli. Infine, su una posizione ancor più estrema S. COTTA, *Giusnaturalismo*, cit. per cui l'eterogeneità non è superabile neanche nella distinzione fra scuola classica del diritto naturale e scuola moderna, è impresa ardua riunire infatti nella medesima scuola il giusnaturalismo greco e quello cristiano, ma anche quello razionalista di san Tommaso e quello volontarista di Occam.

tempo, il fondamento assiologico dell'intero edificio giuridico (oltre che istituzionale) s'identifica ad esempio con la *valorizzazione continua dell'essere umano* richiesta dalla Carta, oltre che con l'insieme dei *diritti fondamentali* che l'assicurano. Un simile stravolgimento culturale, lo si consenta, non pare poter essere assimilato, in perfetta continuità col paradigma positivistico-puro, all'idea di una mera aggiunta "a penna" di livelli normativi contenenti solo diritti "inventati" o *principi stabiliti a tavolino*. Esso è piuttosto assimilabile, direttamente, ad un riconoscimento del *dover essere della produzione legislativa* e, indirettamente, del *dover essere giuridico*⁴⁹⁸.

Come abbiamo già precedentemente rilevato, il *positivismo* delle grandi codificazioni del 1800 (ancora in parte saldamente ancorato a qualche matrice giusnaturalista) entra zoppicante nell'ultimo secolo del millennio. Tra la prima e la seconda Guerra il potere dello Stato viene oltremodo estremizzato, quasi divinizzato in alcuni casi⁴⁹⁹. L'impostazione formalistico-positivista, già degenerata con la fascistizzazione dell'Europa continentale, *da limite diviene un'arma* capace di espandersi ogni giorno di più senza incontrare grosse resistenze. In questo primo Novecento le riflessioni sul diritto naturale non erano di certo state abbandonate, tuttavia esse risultavano ancora troppo legate a visioni idealiste, più affini ad ambienti cattolico-conservatori che all'essere umano in generale. Tant'è che, spesso, alcuni estremisti, sia giusnaturalisti che positivisti, finivano per giustificare l'ideologia (totalitaria) dominante⁵⁰⁰: d'altro canto lo Stato aveva acquisito doti quasi "sovranaturali".

Con la crisi *post-Seconda-Guerra*, la società italiana incominciava a perdere molte certezze: oltre a quella culturale, spirituale e sociale, anche quella relativa all'esistenza di un concetto forte di giustizia/verità. Con la caduta

⁴⁹⁸ Sul costituzionalismo come cristallizzazione del dover essere della produzione legislativa (e non del dover essere giuridico in genere), v.: FERRAJOLI, *La democrazia*, cit., p. 80 e nota 33 (critica a Laporta ed Herro).

⁴⁹⁹ Hegel definisce lo Stato *l'ingresso di Dio nel mondo* [cfr.: F. W. Hegel, *Filosofia del diritto*, § 258].

⁵⁰⁰ Del Vecchio, e non solo lui, aderì originariamente al fascismo.

del fascismo i vincitori si dovettero (pre)occupare dell'*ennesimo risorgimento* in piena crisi del positivismo giuridico e l'eterna dicotomia *bene/male*⁵⁰¹ tornò in auge – in qualche modo come nel Seicento con Grozio e Spinoza – per ricostruire un'unità perduta all'interno dei dibattiti politici, economici, filosofici e anche giuridici. Il giusnaturalismo a cui ci si riferisce, però, non si concentrava più solo su di una *legge naturale*, ma su *diritti naturali*. Un *neo-giusnaturalismo laico*, figlio dell'etica moderna e della libertà⁵⁰² più attento ai limiti che alla filosofia del dover essere.

Serviva un riferimento rigido ma soprattutto *condizionante*, qualcosa di diverso che riuscisse davvero ad evitare epiloghi tragici come la parentesi fascista in Italia (e Spagna) o nazista in Germania. Nel nostro paese un primo *step* decisivo per la costruzione della Carta fondamentale fu proprio la vittoria referendaria della forma repubblicana: da quell'istante in poi *non più sudditi, ma persone libere e autonome*. Questo era lo "spirito-del-2-giugno", per intenderci; quell'entusiasmo che è riuscito a contaminare positivamente tutto il lavoro delle sottocommissioni costituenti. L'autonomia, al pari della libertà, implica già concettualmente la presenza di diversità e conflitto: per questo avevamo (e abbiamo oggi) bisogno di una Costituzione⁵⁰³. In quel grande cantiere della Costituente, qui il punto centrale, non ci si occupava solo di questioni politiche, ma "*prima di ogni compromesso fra i partiti vi era la coscienza ben viva nei costituenti – che si trova nei loro scritti e nei loro ricordi – di una grande responsabilità storica: quella di dar voce alla domanda che saliva dal Paese di una radicale rifondazione della convivenza dopo gli orrori della guerra. Occorreva una risposta che fosse all'altezza della vicenda epocale in cui l'Italia era stata coinvolta. Il fondamento vero della Costituzione, prima che nel compromesso fra i partiti, è in questo suo*

⁵⁰¹ Per approfondimenti, v.: RICONDA, *Bene/Male*, Bologna, 2011.

⁵⁰² Riconosce anche questo BOBBIO, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani*, in PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Liguori ed., 2000, p. 157 ss. (spec. p. 160).

⁵⁰³ Così FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., *passim* (spec. p. 183). Sul collegamento tra posizioni in conflitto, pluralità di valori e necessità di una Costituzione si tornerà oltre al § 13.

stretto legame con la vicenda epocale della seconda guerra mondiale". Né si trattava tutto come un *accordo asettico*. Espressione, questa, sicuramente più consona a discussioni tra stranieri morali incapaci di condividere sogni e speranze comuni. Ben più corretta, invece, sembra l'idea di una "sintesi di progetti" per definire quel *riconoscimento* generale dei principi che danno forma e sostanza alla nostra Carta fondamentale⁵⁰⁴. Con ogni probabilità una simile sintesi – che non ha precedenti nella storia dell'umanità – è stata resa possibile dall'unione del popolo nello sdegno collettivo e diffuso degli esiti catastrofici del totalitarismo. Coloro che s'interrogavano sui contenuti della Carta sapevano benissimo che se lo *scontro ideologico* avrebbe provocato pesanti catastrofici, mentre il dialogo sulle *fondamenta idealistiche* dello Stato costituzionale li avrebbe in qualche modo uniti. D'altro canto, persino i marxisti sposavano impostazioni di fondo (in qualche modo e *lato sensu*) *cripto-neogiusnaturalistiche*⁵⁰⁵: l'essere, anche lì, doveva comunque essere informato dal *dover essere*.

In breve: se il positivismo Ottocentesco ha consegnato all'umanità la positivizzazione del diritto e consentito di stabilire (per iscritto) *da chi e come* questo deve essere prodotto, la Costituzione della Repubblica ha fissato in modo indelebile, e in termini francamente poco fumosi, il *che cosa* deve o non deve esserlo. Un chiaro tentativo di recupero del vecchio *gap*

⁵⁰⁴ In questa direzione: L. BASSO, *Il Principe senza scettro*, cit., p. 125: "il compromesso non si risolse in una giustapposizione di principi inconciliabili, ma rappresentò una sintesi non infelice, sostanzialmente vitale. [...] Certo un compromesso vi fu fra le diverse correnti di pensiero che collaborarono alla formazione della Costituzione: la cattolica, la socialista e la liberal-democratica".

⁵⁰⁵ Si veda: E. RIPEPE, *Alla ricerca della concezione marxista del diritto*, Torino, 1987, p. 266-267, per il quale "è necessario rifarsi alle due fasi della società comunista prefigurate nella *Critica del programma di Gotha* perché l'anima giusnaturalistica del marxismo si riveli pienamente. Né si tratta in questo caso di una sorta di giusnaturalismo storicistico, per così dire, o a contenuto variabile, come sarebbe se si resolvesse nella tesi, essa pure marxista, dell'esistenza di tanti diversi principi di giustizia (e di diritto giusto) quanto sono i modi di "costituzionale" della parte marxista, si veda, oltre all'ammissione dello stesso Basso (citata nel capitolo I, alla nota 92), V. Atripaldi, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in assemblea costituente*, Napoli, 1979, p. 23; U. DE SIERVO, *Rifondazione dello Stato ed idea di costituente*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*, cit., p. 425.

fra *diritto* e *giustizia*, una rigida guida verso il *dover essere* della norma assai indicativa del bisogno di verità nello studio e nella formazione del diritto penale; *una verità laica, scientifica e non vincolata alla volontà dei rappresentanti della maggioranza*. Sappiamo, ponendoci in netto contrasto con Kelsen⁵⁰⁶, che *la verità, così come la giustizia, esiste* ma non sappiamo se esse coincidano davvero con quelle di volta in volta da noi ipotizzate. Percepriamo il bisogno di una tale ricerca e non l'abbandoniamo per via delle difficoltà che incontriamo in questo cammino: ci limitiamo a procedere per tentativi coscienti della fallibilità e della falsificabilità degli stessi; avanziamo insieme a saperi-amici nel buio, ma con metodo scientifico.

Una seconda premessa: *occorre essere coscienti dei contorni reali della (nostra) democrazia*. Sovente, in effetti, critiche di varia natura – politiche, giuridiche, giornalistiche, *etc.* – vengono prepotentemente interrotte da frasi-fatte, in difesa anche delle peggiori nefandezze, che richiamano l'elezione del politico da parte del popolo. Tali pensieri evocano un mondo in cui il popolo sceglie liberamente i governanti e in cui questi ultimi si preoccupano di concretizzare – col Parlamento tutto, nei limiti della Costituzione e dei principali progressi scientifici – tutti gli impegni assunti in campagna elettorale o, quantomeno, parte di essi. Nulla di più utopico: una situazione di questo tipo non si è mai verificata nella storia della Repubblica (e oltre⁵⁰⁷) e mai si verificherà.

⁵⁰⁶ “..vi è una quantità di diversissime idee di giustizia: troppe perché si possa parlare semplicemente di giustizia”, cit.: KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., 1952, p. 9.

⁵⁰⁷ Occorre specificare un dato: questo *modus operandi* non è un prodotto solo italiano, né tipico del nuovo millennio. Basterà qui richiamare alla memoria le parole con cui un famoso politologo francese, François Goguel, descriveva al pubblico americano la legge con cui si erano svolte le elezioni politiche in Francia in quell'anno: *per evitare una eccessiva presenza comunista e gollista all'Assemblea nazionale si era escogitato un sistema per cui la coalizione che prendeva la maggioranza assoluta dei voti in un dipartimento otteneva tutti i seggi del dipartimento, con una correzione maggioritaria che però guarda caso non si applicava alle circoscrizioni dell'area metropolitana e della banlieue parigina, ovvero là dove il PCF aveva la possibilità di competere per la maggioranza*.

Il rapporto *popolazione/istituzioni politiche* è da sempre fondato sul controllo di un potere difficilmente gestibile dal basso. Per questa ragione, senza percorrere tutte le tragiche vicissitudini della politica contemporanea basterà qui ricordare come già alcune leggi elettorali nascano, più o meno palesemente, incostituzionali.

E' accaduto, ad esempio, alla L. n. 270 del 21 dicembre 2005 caratterizzata, tra le altre problematiche⁵⁰⁸, da "*...un meccanismo premiale irragionevole, il quale, da un lato, incentivando il raggiungimento di accordi tra le liste al fine di accedere al premio, si porrebbe in contraddizione con l'esigenza di assicurare la governabilità, stante la possibilità che, anche immediatamente dopo le elezioni, la coalizione beneficiaria del premio si sciogla o uno o più partiti che ne facevano parte ne escano; dall'altro, provocherebbe una alterazione degli equilibri istituzionali, tenuto conto che la maggioranza beneficiaria del premio sarebbe in grado di eleggere gli organi di garanzia che, tra l'altro, restano in carica per un tempo più lungo della legislatura*", per utilizzare le parole di Giuseppe Tesauro. Nemmeno i correttivi alle norme incostituzionali vengono strutturati con attenzione profonda alla Carta fondamentale. La nuova L. n. 52 del 6 maggio 2015, ad esempio, presenta numerosi profili di dubbia compatibilità costituzionale. Solo qualche esempio: se scegliamo una lista X e decidendo di dare la preferenza a Tizio ma non intendiamo votare il

⁵⁰⁸ Altra contestazione fatta dalla Consulta è che le liste bloccate, come previste dal c.d. "*Porcellum*", sono tali da alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza tra elettori ed eletti e coartano la libertà degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, pertanto queste condizioni "rendono la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)". "Un'ulteriore censura - afferma ancora la Corte - è, infine, prospettata con riferimento agli artt. 3 e 48, secondo comma, Cost., in quanto, posto che l'entità del premio, in favore della lista o coalizione che ha ottenuto più voti, varia da Regione a Regione ed è maggiore nelle Regioni più grandi e popolate, il peso del voto (che dovrebbe essere uguale e contare allo stesso modo ai fini della traduzione in seggi) sarebbe diverso a seconda della collocazione geografica dei cittadini elettori".

Capo-lista Caio, cosa accade? Il voto che esprimiamo contribuisce ugualmente a far eleggere un rappresentante che non vogliamo (!). Questo voto è davvero libero tanto quanto quello di colui che vota la medesima lista intendendo supportare direttamente anche Caio? Evidentemente no. Un'altra breve considerazione: la rappresentatività è, così almeno sostiene la Corte, bilanciabile con la governabilità. Tuttavia con il nuovo sistema elettorale – il c.d. *italicum* – il premio di maggioranza unito all'eventuale ballottaggio assicurano già quest'ultima. Quindi quale senso assume la soglia di sbarramento del 3% se non quello di una semplificazione forzosa e illegittima del sistema politico (art. 49 Cost.) ai danni delle minoranze? Per non riprendere in questa sede quelle caratteristiche tipiche – come le promesse mai mantenute dei politici di ogni colore o bandiera, i sotterfugi, le leggi *ad personam*⁵⁰⁹, il coinvolgimento doloso di criminali, il controllo dei mezzi di comunicazione, *etc.* – del legislatore contemporaneo, la cui trattazione richiederebbe inevitabilmente giudizi politici non strettamente connessi con la politica-criminale, occorrerà soffermarsi su dettagli più tecnici. Ci riferiamo, ad esempio, al contributo ormai minimale del Parlamento nell'emanazione di norme penali e alla evidente carenza della democrazia rappresentativa⁵¹⁰. Oltre a numerosi problemi di tipo prettamente politico-

⁵⁰⁹ Questa tipologia illegittima di disposizioni abita le paure dei penalisti di ogni epoca. Da Cesare Beccaria in poi, sappiamo – detto per inciso – che “... le leggi e i codici devono essere fatti per la diuturnità dei tempi, e non per le persone che attualmente hanno in mano la pubblica autorità”. Sul punto, v.: BECCARIA, *Opere*, II, Romagnoli (a cura di), Firenze, 1959, p. 718; recentemente ricordato da M. PISANI, *Note brevi su temi penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, v. 2, 2015, p. 1041.

⁵¹⁰ Siamo assolutamente d'accordo con Gaetano Insolera quando sottolinea, con un filo di rassegnazione, l'esistenza di *un vero e proprio genere letterario sulla crisi, non solo italiana, della democrazia rappresentativa, della politica* e sugli attacchi che questo tema scaglia direttamente contro alcuni principi in materia penale [INSOLERA, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in *Crit. dir.*, v. 2, 2013, p. 248]. Tuttavia, tale crisi è un fatto come è un fatto che *l'epoca dei giudici* [cit., *ibidem*, p. 251] sia stata generata dall'inerzia di un legislatore assente. E' nostra convinzione che i poteri (o gli ordini) non combattano per acquisire territori a loro non attribuiti ma più che altro occupino, più o meno legittimamente, quelli abbandonati.

istituzionale e nonostante l'esistenza di una *riserva di legge* assoluta (o tendenzialmente tale), il Governo è, almeno dalla VI legislatura in poi, il principale legislatore in materia. I suoi poteri, come abbiamo già detto al § 8, raggiungono infatti la loro massima estensione con l'utilizzo del *decreto-legge* e, seppur in modo diverso, col *decreto-legislativo*. Parliamo di una *escalation* davvero rilevante: dai ventisei decreti (non solo concernenti la materia penale) presentati durante la prima legislatura (1948-1953) ai seicento della dodicesima durata solo due anni (1994-1996).

La *ratio* più antica della *riserva di legge*, la sua prima *vera* ragione storica – qui dobbiamo ripeterci – è impedire alla maggioranza di legiferare su tematiche piuttosto delicate quali – l'esempio non è casuale – la limitazione della libertà personale⁵¹¹, *etc.* Quest'idea era ben chiara, quantomeno sotto un profilo teorico, già nel medioevo: già la *Magna Charta* (1215 d.C.) imponeva il consenso degli interessati per ragionare su materie concernenti i diritti fondamentali di libertà, il *Bill of Right* (1689 d.C.) fondava addirittura l'imposizione di tributi sul previo consenso del Parlamento, allo stesso modo la *Dichiarazione d'Indipendenza* (1776 d.C.), gli art.li 4 e 6 della *Déclaration* del 1789, lo Statuto albertino del 1848, *etc.*, ma anche la nostra Costituzione (art. 25, comma 2). Nel 1948 l'Italia usciva dalla buia parentesi fascista consentita dalla presenza di un Governo senza vincoli e con pieni poteri di scelta. Era quello il principale problema, quella era la ragione dell'entusiasmo che ha promosso una tutela inequivocabile delle minoranze.

Più il bene in gioco è di rango elevato più si sente l'esigenza di vincolare ogni sua modifica, sacrificio o protezione, a quella volontà dei rappresentanti del popolo sintetizzabile nella sola *legge dello Stato*; tuttavia, il costituzionalismo contemporaneo impone d'interpretare la *riserva* non solo come principio capace di esaltare il valore di quest'ultima, ma come

⁵¹¹ Sulla riserva di legge quale principio diretto alla tutela delle minoranze, v.: DE VERO, *Introduzione al sistema penale*, p. 129, ma, seppur con riferimento alla tematica delle norme *extra-penali* richiamate da elementi normativi del tipo, anche: RISICATO, *Gli elementi*, cit., p. 166.

limite al suo potere. Essa, in primo luogo, impone al Parlamento di non delegare a fonti governative, secondarie o primarie, la disciplina di materie a lei espressamente riservate (*limite negativo*) e di compiere il ruolo che è chiamata a svolgere nel modo più chiaro e completo possibile (*limite positivo*). La *riserva* dovrebbe costituire un principio di garanzia *in difesa dei diritti delle persone e della libertà*⁵¹² capace di assicurare una provenienza controllata della legge, una garanzia sulla natura dell'organo (il popolo o, oggi, l'assemblea eletta) capace di emanarla; una comunità all'interno della quale ogni tema è discusso *pubblicamente* con le minoranze, un *microcosmo* nel quale l'opposizione anima il confronto e l'informazione libera lo rende accessibile alla popolazione.

Nella sua attuale conformazione essa assicura la fonte, non l'organo⁵¹³ e disciplina i rapporti possibili tra la legge ordinaria e tutte le altre fonti della *rete* giuridica (fonti comunitarie, regionali, regolamenti, giurisprudenza ordinaria e costituzionale, *etc.*) con modalità e limiti che non possono essere ripresi in questa sede. Ciò nonostante, due confronti-tipo sono essenziali ai nostri fini: A) *legge e atti governativi aventi forza di legge*; B) *legge e giurisprudenza costituzionale*.

A) Questo rapporto genera e legittima atti aventi forza di legge (*decreto-legge* e *decreto-legislativo*) operanti in materia penale per motivazioni a nostro avviso quantomeno dalla dubbia razionalità, che però risultano trattati solo a livello manualistico e solo raramente messi in discussione⁵¹⁴, nemmeno nelle pronunce della Consulta⁵¹⁵.

⁵¹² Cit. CARLASSARE, *La riserva di legge*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Aljs Vignudelli (a cura di), Modena, 2011, p. 107.

⁵¹³ Sull'ammissibilità degli atti aventi forza di legge, già: Corte cost., sent. n. 26 del 1966; n. 113 del 1972; n. 282 del 1990, ord. 134 del 2003, ma in qualche modo addirittura la sent. n. 53 del 1961.

⁵¹⁴ Per tutti, le affermazioni illuminanti di PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, p. 120, poi in *idem*, V ed., 2013, p. 103, dirette a sottolineare come una battaglia per l'inversione di questa tendenza non sia ancora mai stata combattuta. Scettici anche MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 41 ss.; ma anche, seppur con riserva, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2008, p. 57. Per la manualistica in qualche modo favorevole: MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed.,

Ciò non significa che essi non abbiano conosciuto limiti⁵¹⁶costituzionali; tuttavia, una volta eliminati formalismi ed etichette varie, i termini della questione rimangono comunque i seguenti: il Governo, in caso di urgenza o di particolare tecnicità della materia, gode del potere d'intervenire su diritti fondamentali senza pubblicizzare il dibattito interno e senza confrontarsi con le minoranze politico-sociali del Paese con atti che hanno forza ordinaria e che operano *come*, o modificano/abrogano *le*, leggi. Questo breve riassunto rappresenta l'essenza più profonda di ciò che la *riserva di legge* intende evitare dal 1215 d.C.; uno studente di

Padova, 2001, p. 58; NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2008, p. 12 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, VII ed., Milano, 2000, p. 41; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, p. 112 ss (spec. 116 e 117); CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. , dove gli autori si concentrano sulla critica non generale ma specifica in ordine al cattivo uso dall'intervento governativo; scettico ma comunque rassegnato all'esistenza del decreto legge/legislativo, MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed, Padova, 2012, p. 45; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, III ed., p. 58; ALEO, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2010, p. 124, l'autore critica davvero solo i decreti legislativi in attuazione di direttive comunitarie inerenti sanzioni penali; De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, p. 80 ss.; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2005, p. 13; DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, p. 107. Per quanto concerne saggi, articoli e note a sentenze, impossibile dimenticare il lavoro di BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, G. Branca (a cura di), Bologna, 1981, p. 238; ma nemmeno quello di GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, v. I, II ed., Bologna, 2000, p. 123; e di DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 13 ss.

⁵¹⁵ Cfr., tra le altre: Corte cost., sent. n. 35 del 1971; n. 184 del 1974; n. 173 del 1987.

⁵¹⁶ Quanto ai decreti-legge, essi non possono in alcun modo essere emanati senza valide ragioni di straordinaria necessità e urgenza, né essi possono più subire iterazioni o reiterazioni senza modifiche sostanziali e senza nuove e dimostrabili ragioni di urgenza [cfr., tra le altre: Corte cost., sent. n. 29 del 1995; n. 161 del 1995; n. 360 del 1996; n. 161 del 1995 e ord. n. 197 del 1996]. In tema di decreto legislativo, allo stesso modo, la legge delega deve essere formata con rigore, chiarezza e analiticità [cfr. Corte cost., sent. n. 250 e n. 259 del 1991, per la dottrina M. ROMANO, *Commentario, sistematico*, cit., art. 1/12, p. 35; ID. M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, G. Vassalli (a cura di), Napoli, p. 35 ss.]. Per una illuminante ricostruzione di questi *micro-limiti* imposti dalla Consulta, almeno fino al 2006, v. ancora: M. ROMANO, *Corte costituzionale*, cit., p. 32 ss.

giurisprudenza non avrebbe infatti dubbi nel ricondurre, seguendo la dottrina principale⁵¹⁷, la *ratio* della riserva nella volontà di *evitare che il Governo, casi di assoluta urgenza a parte*⁵¹⁸, *goda del potere d'intervento in materia di diritti fondamentali senza una pubblicizzazione dei dibattiti interni e senza un confronto diretto con le minoranze del Paese.*

Abbandonati alcuni *cliché* teorici tipici del nostro secolo sul tema si possono analizzare le ragioni e gli effetti concreti di questa deroga, così il tutto potrebbe assumere un sapore assai diverso da quello comunemente noto in Italia (non così, ad esempio, in Spagna⁵¹⁹). La ragione più inflazionata – e forse la più forte, almeno sotto alcuni profili – è l'esistenza di una premessa condizionante: il vaglio precedente, per il *decreto-legislativo*, o successivo, per il *decreto-legge* del Parlamento (v. sempre § 8). Entrambi questi controlli, però, per quanto puntuali e dal contenuto preciso od omogeneo che possano essere⁵²⁰ scontano l'esistenza di un

⁵¹⁷ Tra gli altri, v.: RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1460 ss.; PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo*, in SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, p. 70 ss.

⁵¹⁸ Sul punto è interessante notare come la Consulta abbia ridotto la sua competenza nel controllo dei presupposti per l'emissione di un decreto-legge alla "assoluta mancanza" dei requisiti di necessità ed urgenza. Ogni altra valutazione rimane politica e concerne il momento parlamentare di conversione in legge. Cfr.: Corte cost., n. 83 del 2010.

⁵¹⁹ Il sistema spagnolo, si badi, non consente al governo di legiferare con *decreto-legge* in materia penale.

⁵²⁰ Sull'omogeneità del contenuto della legge di conversione si veda l'ormai famosa Corte cost., sent. 32 del 2014, che, ribadendo un concetto già presente in sent. n. 22 del 2012 e ord. n. 34 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49, ritenendo fondata la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., per difetto di omogeneità, e quindi di *nesso funzionale* rilevabile mediante criteri contenutistici e

segmento temporale più o meno prolungato (sessanta giorni per il d.l. e un tempo non determinabile *ex-ante* per il d.lgs) in cui ciò che ha deciso autonomamente il Governo in materia penale diviene vincolante per la generalità dei consociati, anche per quelle minoranze che non hanno contribuito alla formazione del vincolo. Non solo, nel caso specifico della legge delegata una dose massiccia di discrezionalità politica del governo rimane anche nel passaggio *delega/norma delegata*.

Ora, ammesso che il *decreto-legge* non venga reiterato⁵²¹, *sessanta giorni costituiscono un lasso tempo importante*⁵²², esattamente come lunga è l'attesa che potrebbe passare tra una violazione dei margini tratteggiati dal Parlamento nella delega al Governo e la dichiarazioni d'incostituzionalità delle norme così prodotte: la maggioranza può adottare provvedimenti assai pericolosi per la libertà che entrano in vigore dopo un (quasi) inutile vaglio del Presidente della Repubblica⁵²³ e che risultano potenzialmente idonei a produrre *disorientamento* ed *effetti irreversibili*. In altre parole, la *temporaneità del rischio* non può essere un argomento legittimo a favore della deroga in analisi. Anzi, assai più garantista pare l'ammettere chiaramente il possibile intervento in *materie riservate* del solo regolamento, che per la sua natura di fonte secondaria mai potrebbe modificare, abrogare o incidere su leggi ordinarie approvate pubblicamente e *insieme* alle minoranze. Anche l'argomento assai apprezzato della giustiziabilità da parte della Consulta dell'atto avente forza di legge (ma non della fonte governativa secondaria) non appare

teleologici, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte nella legge di conversione.

⁵²¹ Vero è che la sentenza 360 del 1996 ha ridimensionato il fenomeno, ma è altrettanto vero che esso non è stato debellato del tutto.

⁵²² CARLASSARE, *La riserva*, cit., p. 110.

⁵²³ Il primo cittadino d'Italia non gode di poteri condizionanti all'interno dell'*iter* legislativo. Ciò, si badi, non significa che se ne siano sempre disinteressati, tutt'altro: negli ultimi vent'anni, ad esempio, i Presidenti hanno manifestato grande interesse per il rispetto delle regole per una buona normazione [sul punto si rinvia a: PICCHI, *L'obbligo*, p. 41 ss.].

decisiva, perché il regolamento incostituzionale verrebbe *disapplicato* direttamente – e con minore attesa – da parte dei giudici ordinari o, nel caso, *annullato* da quelli amministrativi. E' ben vero che la Costituzione non distingue esplicitamente, nella forza di legge, tra leggi con valore formale di legge e leggi materiali con valore altrettanto formale di legge, ma è lo spirito della stessa (v. nota 225) a propendere per una seria riflessione sul tema.

B) Per costante (e irragionevole) auto-imposizione, la Corte ha sostenuto a lungo – e in parte sostiene ancora – che l'art. 25, comma 2, Cost. sia ostativo ad un suo intervento additivo costituzionalizzante su fattispecie o *micro-sistemi* realizzato mediante l'introduzione di nuovi reati o ampliando, piuttosto che aggravando, illeciti già esistenti⁵²⁴. In linea generale, dunque, si propende per l'astensione generalizzata da interventi peggiorativi su elementi del tipo, anche a fronte di norme in violazione sostanziale, parziale o totale, del dettato costituzionale. Tuttavia, pur comprendendo le ragioni di fondo che sorreggono un *self restraint* di questo genere, è nostra opinione che qui non si intacchino in *malam partem* linee di politica-criminale del legislatore, ma si conformi la legge ordinaria alla Costituzione.

Il *trend* in parola ha però conosciuto nell'ultimo decennio un profondo *ridimensionamento* su due versanti principali. Nel 2004, infatti, la Consulta ha espunto dal vincolo le *violazione di tipo procedurale* nella formazione della legge: nota, sul punto, la motivazione presente nella sent. n. 5 del 2004 in tema di difetto di delega e conseguente violazione dell'art. 76 Cost. (poi ribadita di recente nella sent. n. 32 del 2014 per violazione dell'art. 77, comma 2, Cost.). Il rischio sotteso ad un non intervento in situazioni di questo genere pare, così come è dato leggere nelle motivazioni delle sentenze summenzionate, la creazione di *zone sottratte al sindacato di costituzionalità*. Gli inevitabili effetti in *malam partem*, fermo il divieto di configurare nuove norme incriminatrici o sanzionatorie, non precludono

⁵²⁴ Così: Corte cost. sent. n. 161 del 2004.

giustamente l'esame nel merito della normativa impugnata e, allo stesso modo, l'eventuale dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma deve indurre il giudice ordinario a fare buon uso dell'art. 2 c.p., evitando così che l'effetto peggiorativo si concretizzi in capo all'imputato del procedimento di volta in volta interessato.

Due anni più tardi i Giudici delle Leggi hanno esteso questa "eccezione procedurale" anche a situazioni sostanziali relative a quelle fattispecie penali *di favore* definite puntualmente con la sent. 396 del 2006 come "*norme che stabiliscono, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni*". E' il caso della discriminazione *in melius*, per dirla in altri termini, rimasta a lungo teoricamente "inammissibile" per difetto di rilevanza⁵²⁵. Un conto è restringere con scelte politiche legittime l'area del penalmente rilevante o mitigare la risposta sanzionatoria, altra cosa è sottrarre autori-tipo o condotte-tipo dall'area operativa di una norma maggiormente comprensiva. In altre parole, sulla base di evidenti ragioni politico-criminali, scientifiche, criminologiche, *etc.* si può decidere, ad esempio, di ridurre la risposta sanzionatoria delle falsità documentali, ma non è legittimo attenuare quella risposta con riferimento alla sola autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati o, peggio, a fronte falsificazione totale o parziale di liste di elettori o di candidati⁵²⁶. Così facendo, posta la presenza evidente di una mala fede a tratti imbarazzante, si compie una scelta in *bonam partem* altamente

⁵²⁵ Cfr.: Corte cost., sent. n. sentenze n. 91 del 1979; n. 122 del 1977, n. 85 del 1976; n. 25 del 1975. Il giudice ordinario, sosteneva la Corte prima del 1983, in caso di dichiarazione d'incostituzionalità sarebbe comunque obbligato, *ex art.li 25, comma 2, e 2 c.p.*, ad applicare la norma illegittima più favorevole. Da quell'anno in poi (sent. 148 del 1983) la Consulta ha considerato "possibile" dichiarare rilevanti questioni di questo genere; affermazione solo teorica, questa, ripresa poi in altre sentenze nel corso degli anni (sentenze n. 167 e 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988, ma anche la sentenza n. 25 del 1994 e le ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1988).

⁵²⁶ L'oggetto della sentenza del 2006 era la modifica introdotta con l'art. 1, della l. n. 61 del 2004, nella parte in cui sostituiva il terzo comma dell'art. 90 del d.P.R. n. 570 del 1969, e il terzo comma dell'art. 100, del d.P.R. n. 361 del 1957.

discriminatoria. Prenderà vita un effetto in *malam partem*, è vero, ma esso, più che derivare dalla violazione diretta della riserva di legge, discende dall'esistenza di una Carta condizionante, dal *dna* della Corte costituzionale chiamata a proteggerla (v. sopra §§ 3, 3.9, 4 e 9.2.): il suo carattere condizionante ma sprovvisto di un controllo *ex-ante* (v. oltre §§ 12 e 13) genera la presenza di un diritto illegittimo non tollerabile e, pertanto, in questi casi debbono tornare a vivere i confini più estesi di una norma pensata ed applicata dal legislatore penale stesso. Più in generale, la costituzionalità di una norma è la premessa fondamentale, assoluta ed inderogabile di ogni sua applicazione: la fattispecie illegittima "di favore" non legittima l'automatismo della legge successiva più favorevole *ex art. 2 c.p.*, esattamente come nulla osta alla flessibilizzazione dell'applicazione retroattiva della norma più favorevole nel caso concreto nel quale la questione è stata sollevata.

Le frizioni con la riserva di legge in materia penale risultano assai più pronunciate in tema di normazione governativa primaria piuttosto che in tema di spazi d'intervento legittimo della Corte costituzionale, è la storia del costituzionalismo e il patrimonio genetico della Carta fondamentale a consentire affermazioni di questo tenore. Il punto è che il giudice è soggetto alla legge legittima e il legislatore è condizionato da una Costituzione che viene fatta vivere dai Giudici delle Leggi. Pertanto il problema della riserva di legge, in questa specifica declinazione, si atteggia in modo inevitabilmente differente con riferimento al legislatore, al giudice ordinario e al giudice costituzionale. Se ciò è vero, come è possibile – ci chiediamo – che la materia penale possa essere, più o meno liberamente e anche in *malam partem*, regolata dal Governo e la Consulta debba auto-infliggersi limiti implicanti la creazione "a tavolino" di zone di contrasto tecnico *fattispecie/Costituzione* sottratte dal suo sindacato?

Una terza premessa: *ammettere che la Consulta goda di ampi spazi di manovra – sicuramente spazi assai più ampi di quelli del Governo – non significa condividerne una sua naturale onnipotenza. Ogni discussione concernente i rapporti tra "democrazia" e Corte costituzionale necessita di una previa delucidazione teorica in ordine agli spazi discrezionali del Parlamento (theory of*

discretion). Senza di essa l'intera idea del (*neo*)costituzionalismo crollerebbe inevitabilmente con la conseguente distruzione di ogni possibile verifica delle funzioni della democrazia, dei diritti fondamentali e della giustizia costituzionale⁵²⁷. Rimaniamo ben consapevoli di non poter in questa sede strutturare una teorica complessa, pertanto ci limiteremo a tratteggiarne i contorni principali.

In linea generale, è noto che gli spazi della politica-criminale siano limitati: laddove la maggioranza è libera vi è oppressione. Questa considerazione di fondo, sicuramente veritiera, rimane inafferrabile se non accompagnata da specificazioni ulteriori dirette a delimitare le estremità. In coerenza coi principi fondamentali espressi nel Titolo primo della Parte prima della Costituzione la determinazione politica di singoli "scopi" non può contrastare con essi. Solo in presenza di una pluralità di fini coerenti con la Costituzione della Repubblica la maggioranza, ma anche il Parlamento, potranno porsi scopi penalistici propri.

In secondo luogo, vi è spazio discrezionale in presenza di un c.d. pareggio di ponderazione, ovvero quando due o più elementi o scelte di valore risultano caratterizzate da un medesimo "peso specifico" già legittimo. In terzo ed ultimo luogo, esiste discrezionalità politica nella scelta dei mezzi con cui realizzare scopi costituzionalmente ammessi.

Breve: possiamo affermare che il Parlamento goda quindi di un solo *macro*-spazio discrezionale: lo spazio *strutturale*, ovvero un intervallo aperto o da un pareggio nel bilanciamento o dalla determinazione di singoli scopi o mezzi coerenti e non in contrasto coi valori che fondano la Costituzione della Repubblica⁵²⁸.

La conseguenza principale di un'impostazione siffatta è l'assenza di uno spazio discrezionale epistemico (*empirico* o *normativo*) in materia penale. Il

⁵²⁷ Non è un caso che negli ultimi decenni la teoria degli spazi discrezionali del Parlamento sia divenuta un campo privilegiato, uno degli ambiti più importanti per lo sviluppo del costituzionalismo.

⁵²⁸ Questa è una parte dell'impostazione di Alexy. Vedi: PEDRINI, *Intervista al Prof. Robert Alexy*, è. 157 ss., in Carrino-Vignudelli (a cura di), Modena, 2012.

legislatore non gode di questa libertà; nemmeno, e forse soprattutto, nei casi d'ignoranza o d'incertezza scientifica. Ciò significa puntare i riflettori sulla produzione di leggi penali di qualità conformi ai principi costituzionali, consapevoli dei progressi di una *scienza criminale integrata* e opportunamente motivate.

12. Motivare davvero la legge penale? Dal “contenuto” della spiegazione (giustificazione scientifica + principi + ragione sostanziale) al “movente” politico. Inesistente è l’obbligo, ma anche il divieto – La motivazione della legge (penale)⁵²⁹ più che, e prima di, essere una nuova tecnica di redazione della fattispecie, pare un riflesso della trasformazione del rapporto *legge/Stato*. Una conseguenza naturale di quella variazione genetica di paradigma tra *potere politico* e *popolazione* tipica del nostro tempo. La questione è assai delicata, soprattutto se si riflette sul fatto che far valere la responsabilità del legislatore significa (*ri*)discutere il diritto pubblico nel suo complesso: dalla sovranità illimitata dello Stato alla legge come comando (o atto di sovranità), fino all’idea del parlamentare “rappresentante” solo politicamente responsabile, alla separazione dei poteri, *etc.* Dar conto compiutamente di tutte queste fondamentali premesse interdisciplinari, oltre che di sistema, non è certo il nostro obiettivo, né, date le nostre limitate competenze, potrebbe mai esserlo. La ben più umile riflessione che seguirà si limiterà a riprendere brevemente questo *macro*-dibattito e a concentrarsi sul contenuto che la motivazione di ogni legge penale dovrebbe presentare. Prima di terminare la trattazione ci soffermeremo brevemente su alcune problematiche tecnico-operative, ma

⁵²⁹ In seno alla dottrina penalistica contemporanea l’interesse verso la motivazione della legge (penale) sta crescendo esponenzialmente. Per tutti, al netto delle citazioni che faremo di seguito, v.: DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 84 ss. e 320; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione*, cit., p. 143. Per la verità lo studio della motivazione della legge (penale) rimane ancora molto fumoso all’interno della dottrina penalistica. Ciò, a nostro avviso, per quantomeno una ragione specifica: esso è considerato un ambito troppo pubblicistico, non tecnico perché eccessivamente costituzionalistico o filosofico nel suo genere. Tuttavia, crediamo che ciò costituisca un errore che incide negativamente sulla coerenza del tutto.

comunque di grande importanza. Per tutto il resto faremo ampi rinvii a tutti quei raffinati contributi che hanno consentito la nascita di questa piccola (e certamente incompleta) riflessione.

Il tema della motivazione della legge – di per sé assai più penalistico di quel che potrebbe a prima vista sembrare – necessita di un primo chiarimento di matrice squisitamente storico-filosofica: *la legge è o non è un comando assoluto?*

Il punto pare d'importanza centrale perché il comando *assoluto*, quello illimitato e indiscutibile può essere svincolato, tra le altre cose, dall'offesa e dalle modalità d'offesa, e non contempla l'esistenza di un dovere di convincimento verso i suoi destinatari. Anzi, esso rifiuta già concettualmente un'opzione di questo tipo: chi prova a convincere circa la conformità "a qualcosa" degli ordini dati rinuncia implicitamente all'obbedienza laddove l'argomentazione non riesce a persuadere il destinatario del precetto.

La relazione *diritto/potere* attraversa tutta la storia dell'umanità: se in uno stadio assai grezzo della nostra evoluzione le regole valide coincidevano con quelle sacro-religiose, col positivismo i due concetti si integravano sino al punto da rendere assai ardua, se non impossibile, ogni loro distinzione. Nel primo medioevo, ad esempio, il diritto beneficiava di un'autonomia (quasi) assoluta rispetto ad un non-potere o un non-Stato⁵³⁰, divenendo così *effettività incondizionata*. Diversamente, l'ultimo medioevo si caratterizzava, tra le altre cose, per un generale istinto di riorganizzazione e razionalizzazione del potere. Esso, intuendo l'utilità del controllo del diritto⁵³¹, inaugurava una serie di produzioni normative quantitativamente sensazionale, provenienti da una fonte unica e con il carattere di ordine. In alcuni sistemi passati, come quello medievale, il legislatore, assolutamente libero nei fini, produceva una *legge* intesa come atto di volontà, come indiscutibile *comando*.

⁵³⁰ Per tutti, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2001, p. 35 ss.

⁵³¹ Ancora: GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quad. fior. st. pens. Giur. mod.*, XXV, 1996, p. 272 ss.).

La dimostrazione più evidente di quanto appena detto la si ritrova, prima che nell'impostazione delle dittature del '900, nel mondo feudale trecentesco: lì il rispetto del precetto toccava picchi inenarrabili quanto a totalità, prontità e acriticità dell'obbedire. Il destinatario non doveva limitarsi a eseguire il contenuto dell'ordine, ma doveva dimostrare fedeltà e gratitudine credendo nella correttezza assiologica dello stesso. In altre parole, alla *soggezione passiva* del suddito (rispetto cioè che mi ordini!) si aggiungeva quella *attiva* (credo alla correttezza sostanziale del contenuto dell'ordine!)⁵³². *Inobedientia superiorum est maximum peccatum*, si usava dire riprendendo la commistione tra rispetto del comando e giustizia presente già in S. Agostino.

Più in generale è possibile affermare che nella società medievale il dominio di un potere politico-temporale *pseudo-militarizzato* fosse illimitato e incontestabile perché accettato *come destino*⁵³³ e il *comando* considerato come un elemento necessario tipico dell'azione umana cosciente.

Per il tema qui in analisi, lo sviluppo diretto di quest'idea – lo *step* culturale successivo, anche se non l'unico almeno quello più significativo – lo si ritrova nell'elaborazione scientifica del mondo settecentesco: la parola d'ordine diviene “riordinare l'esistente rimettendosi al diritto come unica espressione di un potere superiore”. Non è dunque un caso che il principio di legalità tragga origine proprio nell'illuminismo. La *legge*, quale unica fonte di espressione legittima di un potere sovraordinato, non tollera disubbidienze né invasioni di campo: ciò vale per le religioni (diritto/morale) così come per la magistratura (*limiti dell'interpretazione*). Questo progetto diviene dunque centrale all'interno degli obiettivi politici della Rivoluzione francese: la strutturazione di un sistema giuridico ordinato in fonti riconoscibili e organizzate gerarchicamente con al vertice la *legge quale garanzia di libertà, dei diritti e di rispetto dell'ordine*. Con la

⁵³² Questo aspetto è ben delineato in: COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico*, Milano, 1969, p. 367, poi ripreso da SBRICCOLI, *Crimen*, cit., p. 119.

⁵³³ Sempre: COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 91.

Rivoluzione la *legge*, sempre generale e astratta, si trasforma da qualcosa d'imposto dall'alto a un prodotto proveniente *dal* basso, anche se il suo statuto di *comando* non subirà, almeno fino alla seconda metà del Novecento, concrete modifiche nella sostanza: lo Stato potrà anche qui tutto perché i suoi comandi generali e astratti sono un prodotto comune nell'interesse di tutti, questa l'idea centrale di quel nuovo progetto. L'idea generale di *legge-garanzia*, infatti, si dissolve nell'Ottocento con grande rapidità: la *legge diventa presto un valore in sé*, un presupposto necessario per l'esercizio del potere legislativo. Prima del *diritto* viene lo *Stato* e la *fonte giuridica* segue, ricalcandola, la *gerarchia politica*, questo è il punto; con impostazioni simili – paradossalmente molto anti-montesquieuane⁵³⁴ – la riluttanza del Parlamento verso ogni controllo delle sue azioni diviene inevitabile: se la sovranità appartiene al popolo, che elegge i suoi rappresentanti e se questi – e solo questi – possono comporre il Parlamento, allora nessuno potrà pretendere da loro spiegazioni e/o chiarimenti in quanto un simile affronto metterebbe in discussione la volontà stessa dei rappresentanti diretti del popolo. Le grandi codificazioni dell'Ottocento sono dunque null'altro che il naturale sviluppo di questa parabola: una *super-valutazione* della legge in protezione degli interessi della borghesia, questa, che accompagnerà tutto il secolo e oltre. Le Carte dei diritti, così come lo Statuto Albertino, infatti, non modificano davvero questo paradigma: il potere politico mantiene con essi limiti superficiali, assai poco condizionanti e, forse, solo formali a cavallo dei due secoli ('800/'900).

Ad ogni modo, l'elogio dell'assemblea elettiva, incoraggiato dall'idea di esso come unico organo depositario del potere sovrano legittimo, genera l'*assolutismo parlamentare*, ecco il problema per noi più serio. Nella democrazia, si credeva e si crede in parte oggi, che una volta investito formalmente l'organo rappresentativo non si può pretendere più nulla da questo: nessun obbligo di rispetto delle promesse fatte, né di chiarimenti o

⁵³⁴ Montesquieu voleva che le leggi si uniformassero al popolo, al suo spirito e alle sue tradizioni, non il contrario.

spiegazioni sull'attività svolta. In effetti è proprio con l'avvento dei parlamenti moderni⁵³⁵ che l'idea di una legge motivata scompare silenziosamente dal panorama politico-istituzionale.

Sul finire dell'Ottocento – qui un altro passaggio centrale – questa idea di legge entra in crisi e con essa, naturalmente, anche la legalità come principio. Anche da questa grave crisi, lo vedremo oltre, sarà la presenza del prodotto più pregiato del costituzionalismo – l'esistenza di una Costituzione *rigida e condizionante* – ad aver modificato le dinamiche del rapporto *legge/Stato* sul tema: serviva un vincolo forte, qualcosa con cui imporre alla maggioranza di inginocchiarsi al diritto e sarà proprio la catastrofe del primo Novecento ad aprire la strada a quella positivizzazione del diritto naturale⁵³⁶ che comporrà – mattone dopo mattone – il “modello costituzionale contemporaneo” (*Costituzione rigida e*

⁵³⁵ Sulla distinzione tra *parlamenti antichi e moderni* deve esserci chiarezza: se le origini del parlamento in generale rimangono anche per il più attento degli storici assai oscure, il passaggio dal parlamento antico a quello moderno è ben noto. I parlamenti antichi nascono verso la fine del sec. XII nel regno di León in Spagna, fioriscono nel sec. XIII° (si pensi alla Catalogna, alla Sicilia, alla Linguadoca, alla Castiglia, al Portogallo, all'Aragona, all'Austria, Navarra, Boemia, Valenza, Piemonte, Irlanda, Brandeburgo, Svezia, Danimarca, Norvegia, Polonia, *etc.*). Nei secoli XIV° e XV°, godeva di una partizione politica di tipo dicotomico (assemblee o camere), composta dai nobili, dal clero e dai rappresentanti dei cittadini. All'interno dei tre “stati” di faceva, seppur contestualizzando questa affermazione, politica attiva.

Il sorgere dei parlamenti come elemento (indispensabile) della struttura politica di un Paese può essere ricondotto alla Rivoluzione francese e alle guerre napoleoniche: essi furono una diretta conseguenza di questi macroscopici avvenimenti e si strutturarono come strumento di potere nelle mani di una borghesia insorta e in diretto contrasto con l'aristocrazia e il regime antico. Nonostante la grande e assai veloce diffusione del “modello” sperimentato in Francia, furono i moti del 1848 ad accelerare davvero i tempi dello sviluppo di un parlamentarismo borghesizzato e diretto a fungere da strumento per lo sviluppo dei movimenti nazionalisti. La storia successiva – quella post-coloniale – è nota e non richiede richiami di sorta in questa sede. Sul tema, per tutti, B. CRICK, *The Reform of Parliament*, Doubleday, 1964;

⁵³⁶ Sul riconoscimento e sulla positivizzazione di principi fondamentalmente naturali (e dei diritti umani) tipici costituzioni moderne, si veda tra i tanti: PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoria general*, Madrid, 1999, p. 154 ss.

condizionante + Judicial review formale e sostanziale), caratterizzato dalla presenza di un Principe senza scettro⁵³⁷.

I processi di costituzionalizzazione del diritto hanno reso riduzionista la pretesa di far coincidere la norma col comando o, comunque, asettiche prescrizioni. L'introduzione della Corte costituzionale è a nostro avviso il momento esatto in cui, per la prima volta nella storia recente, cade davvero il dogma dell'insindacabilità della legge. Il nuovo paradigma multilivello – costituzionale, comunitario e internazionale – impone di distinguere tra *regole* che indirizzano la condotta di ognuno e principi, ovvero quelli che la guidano imponendosi sulle regole stesse.

Pertanto, nonostante la presenza di alcune voci contrarie⁵³⁸, il *codice sociale* della contemporaneità non può più essere paragonato a quello antico, moderno o *post-moderno*: lo stato costituzionale *dei diritti* tutela e sviluppa tutte le istanze pluralistiche, i valori fondamentali della persona umana e la tutela delle minoranze, i principi che li attuano e così oltre, sottoponendo il rispetto di tali vincoli al vaglio di una Corte superiore e indipendente. In altre parole, il clima politico-istituzionale attuale riflette un modello politico *condizionato* da una Costituzione che non concepisce più il potere svincolato dalla combinazione di una motivazione in ordine alla sua legittimazione (*soggettiva* e *oggettiva*) perché non crede più alla sua confusione con un prodotto del pensiero democratico: il *mito pernicioso*⁵³⁹ della volontà popolare.

⁵³⁷ L'espressione è ripresa da un quell'illuminante lavoro di: BASSO, *Il principe senza scettro*, cit., *passim* (spec. p. 159).

⁵³⁸ Per tutti: E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., *passim*, p. 247 e 263; C. SALAZAR, *La motivazione*, cit., p. 423; T. R. FERNANDEZ, *De la arbitrariedad del legislatore*, cit., p. 129 e p. 130.

⁵³⁹ In questo senso, v.: G. GEMMA, *Sovranità popolare: un mito pericoloso*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Torino, 2010 p. 1549 ss. Il concetto di sovranità popolare viene spesso utilizzato da numerosi pensatori come base logico-scientifica di sapore quasi sacro-dogmatico per la costruzione di teoriche inerenti i più svariati temi: la democrazia diretta, la rappresentanza politica o dei partiti, sulle riforme costituzionali, sulla motivazione della legge, e molto altro ancora. Tuttavia – qui la nostra critica principale – i citati sforzi teorici tralasciano il pensiero di alcuni *outsiders*, spesso di grande spessore culturale. Che la *sovranità popolare* costituisca un mito, una formuletta a cui non credere,

La comprensione di affermazioni simili, però, necessita di ulteriori contestualizzazioni: l'unica sovranità esistente oggi, sicuramente non appartenente al popolo, è una sovranità dinamica dove tutti i *poteri* che la compongono debbono giustificare il loro operato agli occhi di un popolo ormai disilluso e stanco di non poter fare affidamento su rappresentanti di qualità. Con eccessi ed omissioni evidenti, la presenza preponderante di disposizioni *iper*-dettagliate e francamente poco comprensibili impedisce alla bontà scientifica e politica della legge di evolversi rispetto allo stato in cui versava in un passato ormai troppo remoto⁵⁴⁰.

Quando una tecnica legislativa assume i toni del *dògma tè̂s pòleos*⁵⁴¹ solo con la ragione dell'autorità⁵⁴² (*ti comando di ... perché sono...*) occorrono interventi mirati per favorire la giustificazione opposta, ovvero l'autorità della ragione (*ti comando di ... perché ritengo che...*).

qualcosa di profondamente ascientifico, lo ricordava già Einaudi nella seconda Sottocommissione nella seduta del 27 settembre 1946 [Cfr. FAGIOLO, *Art. 1, nota 48, La costituzione della Repubblica italiana, L'iter parlamentare articolo per articolo*, Roma, 1992, p. 106, richiamato opportunamente da GEMMA, *Sovranità*, cit., p. 1550, (cfr. nota 2)]. Il giurista francese Berthélemy, per citare un altro esempio, la chiamava "figura retorica" [*Le fondemenr de l'autorité politique*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1915, p. 671]. In breve, l'entità "popolo" esiste ma non gode di capacità di governo. Ogni analisi davvero completa del suo contenuto (ci riferiamo alla parola "popolo) entra in crisi nel momento in cui si prende in considerazione il suo accostamento con la parola "potere" [cfr. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, 1993, p. 27 ss.].

⁵⁴⁰ Cfr.: CARNELUTTI, *La crisi della legge, passim* (spec. p. 171 ss.).

⁵⁴¹ Ovvero intendere la legge, come fece l'anonimo interlocutore di Socrate [PLATONE, *Minosse*, 314c, richiamata da ultimo in PLATONE, *Minosse o della legge*, P. Scaglietti (a cura di), Milano, 2015, p. 11] come pura forma di atto decisionale dello Stato. Per approfondimenti sul tema *Platone/giustizia*, tra i tanti, v.: SCIACCA, *Il problema della giustizia nel libro primo della Repubblica di Platone*, in *Studi sulla filosofia antica*, Napoli, 1935; in lingua inglese, v.: STALLEY, *Plato's laws*, Oxford, 1983; CAIRNS, *Plato's theory of law*, in *Harvard law review*, 1942; GALLI, *Platone e il nomos*, Torino, 1937; DEL VECCHIO, *La teoria della giustizia in Platone*, Roma, 1946.

⁵⁴² Questo punto è magistralmente individuato in: BOLAFFI, *Contenuto e titolo di provvedimenti legislativi*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 168 ss.

In questo quadro, la legge, abbandonando le sembianze di un arrogante atto di volontà, torna ad essere considerata una *recta ratio*⁵⁴³: non si afferma più solamente, ma inizia a doversi giustificare. Da ciò il dovere della politica di generare disposizioni (nel nostro caso) penali coerenti con un modello scientifico-istituzionale che potrebbe chiamarla a rispondere della genuinità del suo prodotto.

L'utopia della *legittimazione democratica* – tipica del sistema liberal-garantista – quale caratteristica sufficiente a giustificare l'esercizio del potere legislativo è stata messa da parte per favorire il passaggio all'era della motivazione giustiziabile⁵⁴⁴.

Partiamo da un punto fermo: *la motivazione della legge* (penale), di per sé, *non assicura democraticità* – anzi, recenti studi dimostrano come l'idea della

⁵⁴³ Il tema concernente lo statuto della legge (ordine, volontà, *ratio*, etc.) è argomento assai toccato dalla filosofia nel corso dei secoli. Anche se non esplicitamente, il dilemma si è sempre nascosto dietro ogni riflessione filosofica sulla disposizione (penale e non). Solo rimanendo nell'Ottocento possiamo ricordare le idee di PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, I, 1828, p. 141, con l'idea del diritto come convinzione (Ueberzeugung) e come mezzo con cui far valere la stessa convinzione (Geltendmachung); ma anche le riflessioni di GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, p. 116 secondo cui il diritto è radicato nella convinzione e i suoi precetti sono (anche) enunciati razionali che però necessitando di validità incondizionata divengono (anche) concetti a contenuto volitivo. Già in Gierke, dunque, è possibile apprezzare il cambiamento tipico del periodo a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento.

⁵⁴⁴ Il tema della motivazione della legge è argomento piuttosto antico, negli ultimi secoli esso è trattato già in: MANCINI-GALEOTTI, *Norme e usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, ma poco approfondito dai giuristi del Novecento. Ad ogni modo, per tutti: CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pub.*, 1937, I, 415 ss.; LOMBARDI, voce *Motivazione* (diritto costituzionale), in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 954 ss.; LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2001, p. 67 ss.; MATUCCI, *Sulla motivazione degli atti normativi comunitari*, in *Il politico*, 2006, p. 75 ss.; BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, Padova, 2008; PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011; DE MURO, *Ultima Ratio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013 f.4, p. 516 ss. Interessante il fatto che la Corte costituzionale, seppur in modo atecnico, abbia parlato di motivazione della legge almeno in un'occasione. Cfr. Corte cost., sent. 14 del 1999.

motivazione della legge, presente già in Platone⁵⁴⁵, esistesse in qualche modo anche nel basso-impero, in parte del mondo medievale, nella Francia di Necker e Turgot⁵⁴⁶, in molti regimi totalitari più recenti⁵⁴⁷ e, come abbiamo già detto, come essa si sia eclissata misteriosamente con l'avvento dei Parlamenti moderni – *ma costituisce un antidoto parziale alla sua crisi attuale*.

L'esistenza di questa crisi assai pericolosa non è in discussione, la sua composizione, esattamente come i metodi per un suo rapido superamento, invece sì.

Il punto, a nostro parere, è che le sedi tradizionali di rappresentanza politica faticano sempre più ad esprimere la volontà nazionale: i forti dubbi sulla legittimazione politica e sulla correttezza delle istituzioni (politiche), uniti ad un eccessivo potere dell'esecutivo hanno cagionato un macroscopico distacco tra uno *Stato* fondato sul potere e disinteressato ai conflitti sociali o ai valori e una *società* sempre più esigente sotto questi profili.

Rafforzare la fattispecie penale con una spiegazione puntuale significa effettuare il primo passo essenziale (ma non sufficiente) verso un superamento definitivo di questa crisi: solo così il legislatore sarà costretto a compiere scelte scientificamente fondate, funzionali ai risultati (scientifici, sociali, *etc.*) attesi e compatibili con la Costituzione della Repubblica.

In secondo luogo, la motivazione *non assicura la qualità della disposizione*: è possibile immaginare una norma penale pessima ma dotata di un ottimo apparato motivazionale esattamente come è possibile pensare ad una

⁵⁴⁵ Cfr.: GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Il politico*, 1974, p.; ma anche IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, p. 131 (nota 68) e p. 130 (nota 70); segnalato anche da: BOCCALATTE, *La motivazione*, cit., p. 73 (nota 38).

⁵⁴⁶ Sempre: BOCCALATTE, *La motivazione*, cit., *passim*.

⁵⁴⁷ Il punto è di grande interesse. All'epoca del dispotismo illuminato, così come all'epoca del nazionalsocialismo, i legislatori era soliti inserire all'interno del comando la *ratio* dello stesso al fine di ottenere l'ubbidienza con la persuasione. Cfr. il celebre scritto di: G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, D. Pasini (a cura di), Torino, 1961, p. 115 ss.

legge qualitativamente ottima ma priva di motivazione; ma nel primo caso il problema rimane politico, nel secondo diviene giuridico.

Esistono ambiti specifici nei quali l'obbligatorietà della motivazione dell'atto è esplicitata in un testo positivo: nel diritto amministrativo, ad esempio, prima del 1990 l'atto doveva essere motivato in presenza di una previsione esplicita della legge o in ragione della natura dell'atto. In questa seconda ipotesi, ci si riferiva al caso in cui l'atto discrezionale fosse suscettibile di ledere la situazione giuridica soggettiva dei privati. Al contrario, non dovevano essere motivati gli atti normativi, quelli riservati e quelli conformi alla domanda.

Con l'art. 3 della l. 241/90 ogni provvedimento amministrativo, escluso quello fatto per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale, deve essere motivato in ordine ai presupposti di fatto e alle ragioni di diritto.

La motivazione viene qui intesa come requisito formale dell'atto, ma dopo l'intervento normativo del 2005 quest'ultimo non è annullabile se adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti quando è palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato⁵⁴⁸.

L'obbligo di motivazione vi è poi nel diritto comunitario, che non a caso si costruisce per la prima volta sul modello del diritto amministrativo. Lì, in primo luogo, si motiva (art. 296 §II TFUE) perché il potere legislativo è ritenuto scollegato con l'idea di *popolo*⁵⁴⁹, non è di per sé auto-evidente e, in secondo luogo, la motivazione consente il rispetto della sussidiarietà e della proporzionalità dell'azione europea.

In tal modo la Corte di giustizia può esercitare il controllo sulla legittimità dell'atto mediante la verifica del suo *sensu esatto*⁵⁵⁰ nella *forma* e nella *sostanza*; quindi, per tutelare i singoli e le loro posizioni giuridiche

⁵⁴⁸ La carenza o il vizio di motivazione, dunque, non determina l'annullamento del provvedimento amministrativo a natura vincolata e se l'esito non avrebbe potuto essere differente, cfr.: Tar Sardegna, sez. I, sent. 1170/2005.

⁵⁴⁹ Si veda quanto già detto alla nota 499 sul mito della *sovranità popolare interna*.

⁵⁵⁰ Trib, I grado, sent. 22 ottobre 1997, cause riunite 213/1995 e 18/1996.

soggettive⁵⁵¹: le decisioni prive di contenuto generale di carattere normativo devono essere accompagnate da puntuali motivazioni⁵⁵², anche desumibili dal testo o dall'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia specifica⁵⁵³, che consentano la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'istituzione promotrice⁵⁵⁴. Mentre per i regolamenti, per citare un altro esempio, è richiesta l'indicazione della situazione complessiva che ha portato alla loro adozione, oltre agli scopi prestabiliti⁵⁵⁵.

Come criterio generale è dunque possibile sostenere che il *potere politico*, una volta attribuito dalla Costituzione ad un determinato organo, debba giustificare le attività che pone in essere motivando, in prima istanza, sui presupposti di fatto e di diritto che lo legittimano.

Tuttavia, posto che la Costituzione non contiene vincoli solo procedurali ma anche sostanziali, è possibile sostenere che esista un dovere di motivare non solo i presupposti formali per l'esercizio del potere legislativo, ma anche il contenuto sostanziale della disposizione.

Questo profilo è di essenziale laddove le scelte del Parlamento (o del solo Governo) non risultano obbligate e/o dovute, ma dove esiste un più o meno ampio margine di manovra: se sussiste una pluralità di opzioni/soluzioni, il legislatore deve spiegare i *motivi* della scelta tecnica.

Il tema della motivazione, è chiaro, s'intreccia inevitabilmente con la Corte costituzionale: l'organo a cui deve essere affidata la giustiziabilità della motivazione è, e rimane, quello geneticamente programmato per controllare – a monte – l'oggetto della motivazione stessa.

Questo aspetto è di fondamentale importanza perché per affermare ciò occorre verificare la natura del vincolo che la Carta impone al legislatore: l'*an* e il *quomodo* della motivazione.

⁵⁵¹ Così, sempre: PICCHI, *La motivazione*, cit., p. 188.

⁵⁵² Cfr., già: C. giust., sent. 16 dicembre 1963, causa 18/1962. Per ulteriori approfondimenti, tra gli altri in dottrina: POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, 2003, p. 266 ss.

⁵⁵³ Si veda: C. giust., sent. 23 febbraio 1978, causa 87/1977.

⁵⁵⁴ Cfr.: C. giust., sent. 22 gennaio 1986, causa 250/1984.

⁵⁵⁵ Anche questa *regola* è presente sin da C. giust., sent. 13 marzo 1968, causa 5/1967.

Laddove la Costituzione pone un vincolo positivo (indicare copertura finanziaria delle leggi, indicare l'avvenuta partecipazione di altri soggetti, indicare la maggioranza qualificata, *etc.*) non vi sono problemi di sorta. Tuttavia, cosa accade quando il legislatore si muove all'interno dei vincoli costituzionali? In casi come questi inizia la sfida del giurista.

All'interno della Costituzione, occorre ammetterlo chiaramente, non è dato scorgere alcun obbligo esplicito di motivazione generale della legge penale: né per il Parlamento, né per il Governo. Esso non si può leggere *nelle* righe delle disposizioni costituzionali, è vero, ma *tra* di esse sì. In primo luogo non vi è un obbligo, ma nemmeno un divieto.

Anche se la stessa Corte costituzionale ha puntualizzato con la sentenza n. 14 del 1964 che è necessario che dal provvedimento si possa ricavare la ragione della normazione. Questo è già un primo embrione di motivazione in senso ampio, non solo formale.

Ad ogni modo, l'obbligo di motivazione della legge pare a noi desumibile non dal mero principio di sovranità popolare, ma da altri due elementi essenziali: *l'esistenza di una Costituzione condizionante e la mancanza del vincolo di mandato*⁵⁵⁶ (art. 67 Cost.).

In primo luogo, la *rigidità* e il carattere *condizionante* della Carta fondamentale sono caratteristiche che depongono, se lette insieme, per l'obbligo di motivazione della legge. L'art. 117, comma 1, Cost., è molto chiaro: *la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione*⁵⁵⁷. Un monito fondamentale, questo, di carattere generale perché esportabile in tutti i casi in cui esiste una fonte in grado di condizionarne altre: *Costituzione e legge ordinaria*, ma anche *Costituzione (art.li 1-8) e Leggi costituzionali o di revisione costituzionale, etc.*

Ecco che il contenuto della fonte subordinata dovrà spiegare il rispetto di quelle sovraordinate e le (eventuali) apparenti discrasie. Solo così si potrà verificare appieno il rispetto della gerarchia delle fonti e agevolare la deferenza della normativa alla comunità di riferimento.

⁵⁵⁶ La stessa previsione è ad esempio presente nel sistema giuridico tedesco all'art. 38 GG.

⁵⁵⁷ Cfr.: PICCHI, *Dalla motivazione delle leggi statali e regionali*, p. 134.

In qualche modo l'effettività della norma (penale) dipende anche dall'esistenza di una motivazione capace di riflettere chiarezza⁵⁵⁸ ed estraneità a scopi meramente politico-strumentali.

In secondo luogo, l'art. 76 Cost., stabilendo che "Ogni membro del Parlamento rappresenta la nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato", legittima l'esistenza di un rapporto, non di tipo giuridico, tra un soggetto concreto (*il Parlamentare*) e uno astratto (*la Nazione*) di rappresentanza di un corpo elettorale, però, già di per sé rappresentativo. L'opportunità di questo tipo di esclusione di rango costituzionale non è qui in discussione⁵⁵⁹, ciò che intendiamo sottolineare è il suo contenuto pratico: il rappresentante non è giuridicamente responsabile verso il corpo elettorale, ma lo è solo politicamente⁵⁶⁰.

Inoltre, il *rappresentante non difende* affatto la volontà del *rappresentato*, affermazioni simili sono un assurdo: *la volontà non si rappresenta o è quella stessa o è un'altra*⁵⁶¹. L'unico suo compito rimane quello di fornire capacità

⁵⁵⁸ Sul rapporto tra chiarezza del legislatore e democrazia la bibliografia è sterminata. Tuttavia ci pare in questa sede opportuno ricordare l'intervento del Presidente Napolitano sulla legge n. 94 /2009 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" all'attenzione del Presidente del Consiglio dei Ministri sulla corretta redazione dei testi legislativi. Si veda PICCHI, *L'obbligo*, cit., p. 45 ss.

⁵⁵⁹ Laddove attualmente vige il mandato imperativo (es., il Portogallo, *etc.*) i membri dell'assemblea legislativa sono direttamente responsabili nei confronti dei loro elettori, hanno il dovere di conformarsi alla *loro volontà* e, in caso contrario, possono essere dichiarati decaduti e venir sostituiti. Un assurdo teorico (v. oltre nota 354) che produce rischi pratici consistenti. Sul dibattito in tema di "trasformismo parlamentare" si vedano i lavori di SABBATUCCI, *Il trasformismo come sistema. Saggio sulla storia politica dell'Italia unita*, Roma-Bari, 2003; CURRIERI, *Le riforme regolamentari possibili*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 ottobre 2008; LIPPOLIS (a cura di), *Il parlamento del bipolarismo: un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Napoli, 2008; LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Zanon-Biondi (a cura di), Milano, 2001.

⁵⁶⁰ Sottolinea questa necessità MORATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 490 ss.

⁵⁶¹ Cfr.: ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Torino, 1963, III, cap. XV, p. 127. Una riflessione completa sull'idea della legge la si ritrova in un contributo italiano del passato: BATTAGLINI, *Le norme*, cit., p. 2 ss. (spec. pp. 5, nota 1) e dalla prospettiva del destinatario della norma p. 8 ss.

d'azione politica, non far partecipare qualcuno (gli elettori) a qualcosa (alle decisioni)⁵⁶². Una rappresentanza unitaria, escludendo quella frazionistica (dei singoli gruppi o partiti o insieme di elettori), impedisce la consapevolezza del politico di essere "delegato di parte" e l'esistenza stessa del vincolo di mandato⁵⁶³.

Di contro, però, il segmento <<...rappresenta la Nazione>>, diviene d'importanza fondamentale: l'assenza di vincoli di dipendenza – difesa, questa, storicamente rivolta contro gli esiti paralizzanti di un eccessivo frazionamento dell'istituzione, o delle istituzioni, rappresentative⁵⁶⁴ – impone al legislatore di confezionare leggi *motivate, sempre generali, astratte ed emanate nell'interesse della collettività* (quindi non solo in quella della maggioranza e non solo in quella del singolo).

Quanto detto finora si espone ad una critica facile quanto errata: se l'obbligo fosse davvero insito nella Costituzione allora tutte le norme

⁵⁶² Già Hobbes nel Leviatano (capp. XVI e XVII) intuisce che l'unica tutela possibile è conferire il potere ad un uomo o una moltitudine (o assemblea) di uomini che riescano a trasformare la volontà dei più in volontà del singolo. Ma anche in Montesquieu si può leggere che "... il grande vantaggio dei rappresentanti, è che sono capaci di discutere gli affari. Il popolo non vi è adatto: e ciò è forse uno dei grandi inconvenienti della democrazia". Solo un sistema caratterizzato da rappresentanti può prendere decisioni.

⁵⁶³ Il discorso di Sieyès all'Assemblea costituente contro il mandato imperativo del settembre 1789 è esemplare sul punto: il frazionamento pluralistico di una rappresentanza elettiva era ciò egli più temeva. Una piccola chiosa. Tale constatazione non deve essere fraintesa: sollevare i pericoli insiti nell'*iper*-frazionamento anche del Parlamento non significa, come vorrebbero alcuni, propendere per l'omogeneizzazione dei rappresentanti in due *macro*-schieramenti (democratici-repubblicani, sinistra-destra, etc.). Tutt'altro, l'identità politica delle minoranze è una *condicio sine qua non* della loro libertà. La tutela di queste, in quanto interesse superiore alla governabilità, mai dovrà essere tralasciato. Estremizzando volutamente per trasmettere il nostro pensiero a chiare lettere, è possibile sostenere che il sistema politico-istituzionale privo dei rappresentanti delle minoranze non sia costituzionalmente legittimo; l'ingovernabilità, invece, può costituire un problema soggettivo, squisitamente sociale, di accordo ma mai di contrasto con la Costituzione.

⁵⁶⁴ Questa problematica era ben nota anche ai padri costituenti: da seicento eletti dovettero formare la celeberrima "Commissione dei 75". Ma dato che anche settantacinque elementi risultarono troppi per trovare soluzioni definitive, si decise di formare sotto-commissioni e di lavorare autonomamente.

emanate dal 1948 ad oggi sarebbero incostituzionali e il sistema ne uscirebbe paralizzato⁵⁶⁵. Le cose non stanno così, quantomeno per una ragione fondamentale: non è necessario fornire la legge (o la fonte subordinata) di una motivazione dotata di una *veste formale*. Ciò che risulta sufficiente è che da essa possano desumersi chiaramente gli elementi necessari per verificare il rispetto di alcuni parametri essenziali. Questo tema ci induce a trattare in via preliminare del contenuto della motivazione. Ora, posto che illustrare i contenuti della legge in generale obbligherebbe a indagini interdisciplinari assai complesse qui non concretizzabili, ci limiteremo a strutturare un possibile contenuto della motivazione utilizzabile sicuramente (ma probabilmente non solo) in materia penale.

La prima *macro*-suddivisione da prendere in considerazione è quella che scinde il *contenuto della motivazione* (principi + giustificazione scientifica ragione sostanziale) dal *movente politico*. Ciò che la Costituzione richiede al legislatore non è fornire una spiegazione razionale di ciò che lo spinge a edificare norme coerenti con un programma politico specifico o con ideologie varie, ma esplicitare il movente politico (comunque non giustiziabile nel merito) al solo fine di consentire quel riscontro della collettività necessario in ogni democrazia. In questo senso sarebbe solo l'assenza formale del movente a rilevare, non l'opportunità del suo contenuto.

Ciò che invece egli dovrebbe motivare è il rispetto assoluto di tutti i principi costituzionali coinvolti, nella devozione alle basi-scientifiche di supporto e alla ragione sostanziale della nuova disciplina penale. In questo senso, ad esempio, la motivazione dovrebbe esplicitare i motivi per i quali la disposizione è ritenuta conforme alla fonte di rango superiore. Facciamo un esempio: laddove una fattispecie incriminatrice dovesse subentrare in protezione di un bene giuridico salvaguardabile anche con interventi meno invasivi, il legislatore dovrebbe concentrarsi (anche) sul

⁵⁶⁵ Presenta magistralmente tale problematica: PICCHI, *L'obbligo*, cit., p. 251.

rispetto effettivo della sussidiarietà; ciò significa esplicitare le ragioni che inducono a non preferire lo strumento amministrativo o quello civile. Per rimanere nell'esempio, non si tratterebbe di dover dar atto di un previo utilizzo degli altri rami della *rete* in difesa del bene giuridico di riferimento.

La sussidiarietà, infatti, non è per noi un prodotto della concezione "ulteriormente sanzionatoria" dell'illecito e non è quindi sovrapponibile all'idea di *extrema ratio*: il quale rimane un criterio ascientifico non previsto da nessuna Costituzione conosciuta⁵⁶⁶.

Oggi è noto come gli illeciti possano anche nascere penali (come *prima* o anche *unica ratio*), salvo poi motivare in punto di sussidiarietà con argomenti forti e inequivocabili.

In seconda battuta il potere politico dovrebbe concentrare la motivazione della legge sulle basi *scientifiche* capaci di convincere sulla necessità di non rimanere ancorati alla normativa esistente, la c.d. *opzione zero*, per migliorare, in generale, le esigenze sociali, economiche, *etc.* sia di chi si tutela sia di chi, o di chi o di cosa si colpisce. Prendiamo due esempi.

ESEMPIO A: assumendo per assurdo la compatibilità dell'istituto della recidiva penale con il principio di colpevolezza *per il fatto*, un eventuale inasprimento degli aggravati di pena generato nella speranza di ridurre la criminalità potrà essere giudicato dalla Consulta contrario a tutti gli studi scientifico-criminologici degli ultimi duecento anni.

In tal modo il legislatore sarebbe costretto ad abbandonare motivazioni propagandistiche e a scegliere: dire la verità (vorremmo aumentare le pene per terrorizzare il prossimo e per aggiungere del male a quello già previsto dalla sanzione base, non per ragioni preventive o rieducative), esponendosi poi a censure di altro genere, magari in ordine al rapporto principi/scopi della pena, o abbandonare l'idea;

ESEMPIO B: come noto *l'emergenza criminalità*, troppo spesso generata da un utilizzo distorto dei media, ha provocato nel 2006 l'introduzione di una novella in tema di legittima difesa c.d. domiciliare. Ora, se verificiamo le statistiche a disposizione relative al periodo che va dall'anno 2006 (143.000) al 2012 (240.000), notiamo come i furti in

⁵⁶⁶ In questo senso, v.: DONINI, *Feinberg*, p. 55 (spec. nota 23).

appartamento non abbiano interrotto la loro ascesa⁵⁶⁷. Non è tutto. Se dilatiamo il segmento temporale in analisi possiamo registrare un dato, se possibile, ancora più sconvolgente: questo illecito dal 2002 (169.400) al 2005 (122.300) era in notevole calo. *Ça va sans dire...*

Quanto alla motivazione sostanziale dell'atto essa dovrebbe consistere nell'esposizione di ogni singola considerazione emersa in questo paragrafo risulta a nostro avviso, forse a maggior ragione, esportabile negli atti normativi del Governo in materia penale (atti aventi forza di legge), quelli che, se mantenuti, necessiteranno sempre più di una corposa motivazione⁵⁶⁸.

Queste casistiche contengono già una minuta e parziale "motivazione", per usare un termine atecnico e ben poco appropriato, ma comprensibile: ci riferiamo inizialmente al c.d. "visto" all'interno del quale si specifica la base normativa che consente l'intervento, nonché i presupposti di fatto e l'iter seguito per la sua adozione (cfr. art.li 14 e 15, comma 1, l. n. 400/1988).

Concludendo, s'intende specificare che il decreto-legge – l'atto del Governo maggiormente problematico (v. § 8) – dovrà contenere, oltre al classico requisito di "assoluta" "necessità ed urgenza" – giustiziabile dalla Corte anche *post-legge* di conversione⁵⁶⁹ – anche tutti gli elementi summenzionati.

⁵⁶⁷ Cfr.: Eurostat, tabella 6, 2014 reperibile su http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Domestic_burglaries_recorded_by_the_police,_2002-12_YB14.png.

⁵⁶⁸ Cfr.: CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, cit., p. 428 e ss.

⁵⁶⁹ Cfr.: Corte cost., sent. n. 161/1995. Ad ogni modo la Consulta su questo tema, temendo di assumere posizioni eccessivamente rigide nei confronti del Governo e del Parlamento ha adottato un *self restraint* poco condivisibile [v.: Corte cost., sent. n. 171/2007 annotata da DICKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in *Fed.*, 12/2007, p. 2 ss; n. 128/2008. Per la saggistica, su tutti, PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una svolta nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di emergenza costituzionale?* In *Reg.*, 1995, p. 1100 ss.], arrivando sino a ribadire a chiare lettere la giustiziabilità solo in presenza di una "evidente mancanza" dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza. Tuttavia esso è ancor *in action*, in evoluzione. Attualmente, se la motivazione dell'urgenza non è deducibile dal preambolo dell'atto

13. I costi di un controllo di costituzionalità esclusivamente *ex post*.
Quelli che, dopo, sapevano tutto prima – Il controllo di costituzionalità *ex post* è una verifica pensata, almeno a nostro parere, principalmente per all'accertamento della legittimità della *norma* (più che della *disposizione*) che riduce il potere del parlamento sulla produzione del diritto (v. § 12.4.). Quando si ragiona di *disposizione* all'interno di un sistema costituzionale caratterizzato dalla presenza di una Carta fondamentale *condizionante* non è possibile concepire un vero *Judicial Review* solo successivo.

Le ragioni risultano evidenti, quasi palesi: così facendo si apre alla produzione del diritto illegittimo e alla sua vigenza per un periodo di tempo non determinabile *ex ante*.

Una disposizione (anche palesemente) incostituzionale potrebbe non subire subito un procedimento di costituzionalizzazione ermeneutica ed esplicare effetti (anche distruttivi) per anni, lustri o decenni.

Gli esempi sono numerosi. Per rimanere all'interno delle norme "ereditate" da un periodo storico ignaro della Costituzione e al fine di sottolineare le tempistiche con cui la Corte riesce ad adeguare la normativa penalistica al dettato costituzionale, si potrebbe citare l'eliminazione dei delitti di adulterio e di concubinato (1969, più di dieci anni dopo l'inizio dell'attività della Corte), l'eterna attesa per l'eliminazione della pericolosità presunta (1986), la celebre sentenza sull'*ignorantia iuris*, quindi sulla colpevolezza come principio (1988, più di trent'anni dopo la sua nascita all'interno della dottrina tedesca), piuttosto che l'esclusione dell'ergastolo tra le pene principali applicabili anche ai minorenni (1994), e così oltre.

Venendo a norme *post*-1956 è possibile prendere immediatamente in considerazione la tematica, oggi assai attuale, degli stupefacenti. In essa, ad esempio, notiamo un dettaglio di importanza centrale: l'ultima sentenza d'incostituzionalità (12 febbraio 2014) è intervenuta, per ragioni non sostanziali ma prettamente formali, dopo otto anni dalla conversione del d.l. del 30 dicembre 2005 n. 272, avvenuta con la legge 21 febbraio 2006, n. 49. Quasi un decennio in cui ha regnato incontrastata una disciplina geneticamente – e, per quel che è peggio, palesemente – incostituzionale.

avente forza di legge la Consulta potrà limitarsi solo a scorgere tali dati nella legge di conversione.

Ebbene, l'ordinanza n. 1426 del 9 maggio 2013 (dep. il 21 giugno 2013) trae origine da questioni formali ma assai significative.

Già la Corte costituzionale con la sentenza n. 22 del 2012 – due anni prima della dichiarazione di incostituzionalità in parola – aveva stabilito criteri rigorosi in tema di *decreto-legge* e, nello specifico, in materia di indici rivelatori di una carenza evidente del requisito della necessità ed urgenza di provvedere: uno di questi è costituito «*dalla evidente estraneità della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita (sent. n. 171 del 2007; sent. n. 128 del 2008)*». Ecco le esatte parole della Consulta.

Ciò posto, sapendo che i presupposti di cui all'art. 77, secondo comma, Cost. sono collegati «*ad una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico*», si è stabilita una giuridicamente corretta «*esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alla finalità del testo originario non risponda soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma sia imposta dallo stesso art. 77, secondo comma, Cost., che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario*».

Usando ancora una volta le parole della Consulta: «*le norme aggiunte in sede di conversione, ove siano del tutto eterogenee al contenuto o alle ragioni di necessità ed urgenza proprie del decreto, devono ritenersi illegittime perché esorbitano dal potere di conversione attribuito dalla Costituzione al Parlamento*».

Ebbene, forte di tali considerazioni puntuali ed estremamente razionali, il giudice rimettente ha notato come le norme giuridiche di riferimento, non facendo parte «*del testo originario del decreto legge sottoposto alla firma del Presidente della Repubblica*» ma rientrando in «*nuove disposizioni, con le quali non vengono disciplinate situazioni esistenti e bisognose di urgente intervento normativo per le ragioni che avevano ispirato il decreto legge*», si rivelino prive di una contingenza particolare capace di giustificare l'intervento; non solo, ciò che è peggio è che sono state inserite in un contesto normativo così diverso – (d.l. n. 272 del 2005) emesso per «*prevenire e contrastare il crimine organizzato ed il terrorismo interno e internazionale, anche per le esigenze connesse allo svolgimento delle prossime Olimpiadi invernali, nonché di assicurare la funzionalità dell'Amministrazione dell'Interno*» e per «*garantire l'efficacia dei programmi terapeutici di recupero per le tossicodipendenze anche in caso di recidiva*» – da far sembrare l'inserimento in parola quasi bizzarro, oltre che evidentemente illegittimo e assai probabilmente pretestuoso.

Pur sorvolando solo per il momento sugli effetti deturpanti provocati da una inevitabile statuizione di questo tenore, la responsabilità rimane di sapore politico.

Si potrebbero portare all'attenzione numerosi altri esempi, ma conviene piuttosto specificare come il problema non sia solo strettamente penalistico. Se volgiamo lo

sguardo alla penultima legge elettorale, quella attecnicamente etichettata “*Porcellum*” dal politologo Giovanni Sartori, ci accorgiamo che anch’essa, rimasta in vigore per ben otto anni (fino alla sent. n. 1 del 2014), ha prodotto pericoli inimmaginabili per la stabilità del sistema democratico – sventati poi con l’utilizzo “a tappeto” del principio di continuità dello Stato, dai contorni quantomeno discutibili⁵⁷⁰ – e l’approvazione di una nuova legge elettorale (ancora una volta assai dubbia sotto il profilo della costituzionalità) da parte di un Parlamento composto da maggioranze incostituzionali.

Il primo dato da analizzare è il metodo di ricorso alla Corte costituzionale. Il nostro Paese, come noto, non conosce – a differenza di molti altri come la Spagna⁵⁷¹, *etc.* – un ricorso di tipo *diretto* non monopolizzato dallo Stato o dalle regioni o, più in generale, dallo Stato-apparato, quindi attivabile da uno o da più cittadini. La procedura classica d’accesso alla Corte rimane quella *incidentale* che necessita di un giudice-filtro, tormentato da seri dubbi d’incostituzionalità relativi ad una o più norme giuridiche da applicare al caso concreto.

In secondo luogo, anche ammesso di trovare un giudice disposto a, e capace di, strutturare una *q.l.c.* (questione di legittimità costituzionale) precisa e “potenzialmente ammissibile”, rimane comunque il problema, non di poco conto, dell’assenza di qualsiasi vincolo temporale – esclusione fatta per il *referendum ex art. 33 l. n. 352 del 1970* – per la conclusione del procedimento davanti alla Consulta.

Il dilemma è sicuramente di più ampio respiro, quasi di sistema, se si considera che la magistratura ordinaria non risulta vincolata da alcun termine perentorio e che “l’eccessivo ritardo” viene punito al massimo con un procedimento disciplinare (comunque non immaginabile per la Consulta) e/o con un’equa riparazione *ex art. 2 L. 89 del 2001*⁵⁷².

⁵⁷⁰ Sul tema si veda le note critiche presenti nel saggio di: ZAGREBELSKY, *Un anno di parlamento abusivo*, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2014, p.

⁵⁷¹ Per tutti, si v.: PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, lezione tenuta nel 2010 nella Scuola di Cultura costituzionale su “Costituzionalismo e democrazia” dell’Università degli Studi di Padova (reperibile gratuitamente *on-line* <http://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/RelazionePugiotto.pdf>).

⁵⁷² VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009, p. 33 ss.

La situazione non è imm modificabile e disponiamo di esempi significativi in proposito: l'assenza di termini ordinatori, ad esempio, non si registra in Belgio, dove il giudizio di legittimità costituzionale non può durare più di sei mesi.

In definitiva, è possibile affermare che un controllo di costituzionalità (anche) *ex ante* non ridurrebbe lo spazio vitale della scelta politica, ma lo estenderebbe; in quanto esso consentirebbe al legislatore di perfezionare autonomamente e in tempi brevi la disposizione penale prima della sua promulgazione, riducendo (ma non eliminando) i casi d'intervento *ex post* da parte della Corte costituzionale.

È una questione non solo penalistica di equilibri interni destinata, forse non nel breve periodo, ad emergere nel panorama politico nazionale⁵⁷³.

⁵⁷³ Ci riferiamo all'art. 13, comma 1, del disegno di legge costituzionale n. 1429/2015, approvato in sede di prima deliberazione dalla Camera dei deputati lo scorso 10 marzo, nella parte in cui lo stesso prevede che *"le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata"*. La norma prosegue stabilendo, altresì, che *"la Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata"*.

CAPITOLO SECONDO

ILLECITO AMBIENTALE E OFFENSIVITÀ COME PRINCIPIO.

L'ESEMPIO DELL'INQUINAMENTO ATMOSFERICO

SOMMARIO: ε. L'idea – *Il senso dell'offensività nel diritto penale dell'ambiente* – 1. Disciplina penalistica e pressioni europee – 2. L'esigenza di una "Parte generale" orientata (anche) al principio di offensività nel diritto penale dell'ambiente *in senso stretto* – 3. Problemi di *Parte generale*: un'introduzione – 3.1. Focus sul bene giuridico "ambiente" e sulle tecniche di tutela *legittime* – 3.2. L'inadempimento di obblighi di comunicazione alla p.a. – 3.3. Le c.d. condotte propedeutiche all'offesa – 3.4. Ulteriori brevi considerazioni sul dilemma della *precauzione* – 4. Verso la parte speciale: un'altra legge dalla doppia anima (n. 68 del 2015). Meriti e criticità – 4.1. Illeciti comuni *nel* Testo unico Ambientale – ζ. L'idea – *L'inquinamento atmosferico nella lente del penalista: gli imbarazzi dell'ecologismo garantista* – 5. L'alterazione delle condizioni naturali dell'aria: profili antichi di un problema attuale. La disciplina penalistica – 5.1. (*Segue*) L'industria di ieri nel mondo di domani. Siamo *homo sapiens-sapiens*, ma non sempre si vede – 5.2. L'aria e il carattere necessariamente globale della sua tutela. Il caso delle "nubi di smog" *made in Japan* – 5.3. L'art. 674 c.p.: *comodità o mero impiccio?* – 5.4. All'interno del *d.lgs. 152/2006*: titolo I, parte V. La qualità dell'aria fra inosservanze rilevanti, omissioni specifiche, prescrizioni amministrative e superamento di limiti-soglia – 5.5. Il modello tedesco di protezione penale della qualità dell'aria. Tra *Costituzione* e *Codice penale* – 6. Considerazioni finali sul settore ambientale e sulla protezione penale dell'atmosfera.

ε. L'idea – Il senso dell'offensività nel diritto penale dell'ambiente e il perché dell'approfondimento sul settore atmosferico – Come abbiamo visto nella prima parte del nostro percorso, l'offensività come principio nasce e si sviluppa come limite per il legislatore penale.

In materia ambientale le frizioni maggiori si riscontrano sul mantenimento del bene giuridico come base insostituibile dell'intervento penale e in tema di tecniche di tutela legittime: quale regola generale, sappiamo che questo ramo dell'ordinamento interviene solo per proteggere beni giuridici non incompatibili con lo statuto costituzionale del diritto penale; pertanto, in

primissimo luogo, comprendiamo che non sono ammesse tutele penali svincolate dal bene – tutela di funzioni, la mera violazione di obblighi asettici, *etc.* –. Sul punto, purtroppo, la disciplina ambientale parte svantaggiata sia per le difficoltà che s’incontrano nel definire il perimetro del *macro-bene* “ambiente” (oggi costituzionalizzato), sia per le difficoltà inerenti la prova della sua effettiva lesione. Laddove tale dimostrazione risulta ardua o, a tratti, impossibile, l’attenzione del legislatore si sposta irrimediabilmente su tecniche più comode sotto un profilo probatorio. Tuttavia, sappiamo che allontanandoci dalla diagnosi (lesione effettiva) entriamo nella prognosi (pericolo di lesione) e nelle sue varie forme che, a loro volta, si allontanano dal centro fino a confondere la *prognosi* stessa con la *congettura*, *l’esistenza astratta di ragioni scientifiche per attivare la macchina penale* con *l’assoluta incertezza epistemologica*, il *pericolo* con la *precauzione*.

Nonostante l’ultima direttiva europea abbia concentrato l’attenzione sul danno e sul pericolo concreto – ovvero le tecniche di tutela più compatibili con l’offensività – il legislatore nazionale ha inteso puntare principalmente sul pericolo astratto sanzionando: a) l’inadempimento di obblighi (anche penalmente irrilevanti) di comunicazione alla p.a. nemmeno strumentali alla tutela del bene ambiente; b) condotte propedeutiche a un’offesa cronologicamente assai lontana, quali l’inizio non autorizzato dell’istallazione di determinati impianti, la realizzazione di una discarica non ancora attiva/gestita, *etc.*; c) *contravvenzioni* (di fatto solo) *tentate* in contrasto con l’art. 56 c.p., quali l’esercizio di un impianto non autorizzato, la gestione della discarica abusiva, *etc.*; *illeciti di rischio* caratterizzati da basi scientifiche incapaci di evidenziarne la natura pericolosa (*precauzione*). Qui, almeno ad oggi, si puniscono attività che non costituiscono, che potrebbero non costituire o che non sappiamo se costituiscano, un pericolo per il bene ambiente o per un interesse giuridico intermedio.

Purtroppo non vi è tempo per approfondire in questa sede tutti i punti summenzionati.

Qualcosa dobbiamo dire invece, e concludiamo questa piccola riflessione introduttiva, sul senso principale dell’analisi che segue: ci sentiamo di

dover analizzare la tematica ambientale perché essa è quella che, fra tutte, risulta più vivace sotto il profilo dei sospetti d'incostituzionalità per contrasto con l'offensività come principio *ex art.li 13, 25, comma 2, Cost.*

In secondo ed ultimo luogo, occorre spendere qualche parola sulla scelta da noi effettuata diretta ad approfondire il *micro*-settore dell'inquinamento atmosferico. Le ragioni sono almeno due: una di carattere generale e una più specifica, più tecnica.

Sotto il primo profilo, l'inquinamento dell'aria costituisce, a livello mondiale, il rischio più grave in materia di salubrità dell'ambiente. Ogni anno, 4,3 milioni di decessi sono riconducibili almeno in parte all'esposizione all'inquinamento dell'aria all'interno delle abitazioni e 3,7 milioni all'inquinamento dell'aria esterna.

Nell'U.E. il costo in vite umane di una scarsa qualità dell'aria è più elevato di quello degli incidenti stradali. Parliamo della prima causa ambientale di morte prematura nel nostro continente. Senza considerare i suoi costi: circa 23 miliardi di euro l'anno.

Tali tragici dati – derivanti dall'ultima comunicazione del WHO (*World Health Organization*) sul tema – richiamano immediatamente un secondo problema: la disciplina (penale, ma non solo) che i singoli Paesi hanno inteso o intendono strutturare per contrastare il fenomeno.

Da un lato occorre intervenire, ma dall'altro tale intervento non può che seguire i principi fondamentali che orientano la normativa sul rispetto dei diritti più importanti dell'essere umano.

Ecco dunque la ragione più specifica, o più tecnica, che ci induce ad approfondire la materia: verificare la compatibilità della stessa coi principi – nel nostro caso con l'offensività – e fornire un piccolo contributo ai lavori che porteranno, domani, a un suo miglioramento.

1. Disciplina penalistica e pressioni europee – La disciplina penalistica risulta, come in ogni parte del mondo, in continua evoluzione sia per via

delle fonti sovranazionali che pretendono nuove discipline di recepimento, sia per la presenza di un clima culturale assai cangiante⁵⁷⁴.

Ogni tentativo di ricostruzione normativa, però, sconta l'intrinseca ambiguità del concetto "ambiente": con esso, almeno in questa sede, riteniamo opportuno non limitarci a ciò che può essere ricompreso all'interno dell'art. 117, lett. s, Cost.

Ragionando solo di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema si sceglie coscientemente di preferire una lettura di ambiente in senso stretto⁵⁷⁵ protesa allo studio della disciplina inerente gli ecosistemi naturali e, dunque, di escludere⁵⁷⁶ il paesaggio e le bellezze naturali, la salute pubblica e l'igiene dei luoghi, l'integrità del territorio e lo sviluppo urbanistico, etc.

Una simile selezione, sotto un profilo strettamente metodologico⁵⁷⁷, risulta assai poco coerente sia coi nostri scopi, sia con l'impostazione delle fonti europee. Non ci è utile, anzitutto, perché intendiamo evidenziare l'influenza di un principio generale, l'offensività, su ogni aspetto della materia che presenta possibili frizioni con esso; dunque, escludere (linguisticamente, ma non solo) a priori questi campi limitrofi significherebbe ridurre inutilmente il campo d'azione.

⁵⁷⁴ Allo stesso modo, tra gli altri: PELISSERO, *Reati*, cit., p. 8.

⁵⁷⁵ Su questa distinzione assai lucide le considerazioni di: CATENACCI, *La tutela*, cit. p. 31. Ma ancor prima, seppur con distinzioni diverse, v: GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.

⁵⁷⁶ Per un concetto di ambiente inclusivo di tutte questi altri "beni", v.: BERTOLINI, *La tutela giuridica dell'ambiente e del territorio*, Rimini, 1987, *passim*; POSTIGLIONE, *Codice dell'ambiente*, Rimini, 1987, *passim*; riconosce questo dato, anche se con riferimento alla concezione penalistica preferisce una definizione restrittiva: CATENACCI, *La tutela*, cit., p. 4 (nota 11).

⁵⁷⁷ Con questa specificazione intendiamo scindere tra espressione linguistica "ambiente", protesa a richiamare le tematiche che in questa sede di metteranno a confronto con l'offensività come principio, e il substrato contenutistico del medesimo termine, utile al fine di delineare il bene giuridico "ambiente". Sotto quest'ultimo profilo, lo si anticipa, siamo d'accordo con coloro che, partendo da letture antropocentriche, lo individuano con i meri cicli biologici che si realizzano negli (e grazie agli) elementi fondamentali della biosfera: acqua, aria e suolo (v. oltre § 3.1.). Sul tema, cfr.: CATENACCI, *La tutela*, cit., p. 6-7 e p. 15 ss. (spec. pp. 21-27); ID., *I reati ambientali*, cit., p. 294.

In Europa, in effetti, quando si parla di ambiente⁵⁷⁸ non ci si riferisce solo alla tutela contro gli inquinamenti delle componenti della biosfera o a talune sue componenti (acqua, aria, etc.), ma alla c.d. criminalità ambientale, comprensiva di inquinamento, materiali nucleari e radioattivi, deterioramento dell'habitat dei siti protetti, attività industriali pericolose, urbanistica, salute umana in generale, e così oltre.

Non solo, in ragione dell'influenza che la normativa comunitaria ha assunto nel tempo su quella interna in tema di ambiente⁵⁷⁹, conviene partire proprio dall'Europa.

Essa – è bene chiarirlo sin da subito – richiede spesso “più penale” (non solo) in materia ambientale.

Seppur in estrema sintesi, esistono almeno quattro livelli di condizionamento esercitato dall'ordine giuridico europeo nei confronti del diritto penale interno.

Il primo, che esprime un grado minimo di incidenza, riguarda gli strumenti utilizzati per vincolare gli Stati membri a produrre normative in sintonia con gli obiettivi dell'U.E. Qui si prevedono interventi lato sensu sanzionatori, ma non obbligatoriamente penali. Non sempre, almeno. Solitamente sarà il singolo Paese a scegliere la tipologia di sanzione (civile, amministrativa o penale) che ritiene più adatta; alcune volte però – come è accaduto proprio per la direttiva 2008/99 sulla tutela penale dell'ambiente – il legislatore europeo impone con direttive non *self-executing* la branca del diritto lasciando (almeno questo!) agli Stati membri le scelte di politica-criminale.

Il secondo concerne le disposizioni europee direttamente applicabili: i regolamenti. Queste norme non hanno carattere originariamente punitivo ma possono comunque interessare il diritto penale in funzione integratrice-specificatrice di singoli elementi di fattispecie. Mediante gli elementi normativi, magari in bianco, le clausole di illiceità speciale, etc., il diritto europeo rompe gli argini del diritto criminale interno e incide su di esso. Entra nel diritto interno riducendolo, ma (purtroppo) anche ampliandolo.

⁵⁷⁸ Si veda la decisione quadro sul mandato di arresto europeo 2002/584/GAI e direttiva 2008/99/CE del Parlamento e del Consiglio del 19.11.2008 sulla tutela penale dell'ambiente. Ricorda puntualmente questi riferimenti: PELISSERO, *Reati*, cit., p. 7.

⁵⁷⁹ Sul punto si v.: ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Dell'Anno-Picozza (a cura di), Padova, 2012, v. I., p. 151 ss.; VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/ce e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. comm. internaz.*, n. 3/2010, p. 449 ss.; MONTAGNA, *Rapporti tra diritto comunitario e diritto interno in materia ambientale*, in *Rivistambiente*, n. 5/2004, p. 485; RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 21.

Il terzo livello è quello massimo di interferenza, per dirla con Elio Belfiore: regolamenti dell'Unione che prevedono una sanzione strutturata sull'ammenda comunitaria per le violazioni degli obblighi imposti a tutela di interessi tutti europei. Questa è la base fondante del sistema penalistico-repressivo dell'Unione Europea.

Con un regolamento, il Consiglio europeo diviene fonte del diritto costruendo precetto + sanzione; la Commissione si occupa poi di accertare l'illecito e di somministrare eventualmente la "pena", così come la Corte di Giustizia europea diviene l'organo giurisdizionale al quale ricorrere avverso una condanna.

Esiste poi – e concludiamo – un quarto livello di interferenza: le pronunce della Corte di Giustizia che, sebbene riguardanti ambiti classici di competenza dell'Unione, forniscono spunti utili anche alla riflessione penalistica interna.

Il vecchio caso, ad esempio, del peschereccio danese finito nelle acque britanniche e del principio di irretroattività in materia penale (Corte di Giustizia, 10 luglio 1984, C-63/83) risulta paradigmatico in questo senso⁵⁸⁰.

L'innesto di logiche europee nel diritto criminale interno entra in tensione, in primo luogo, col principio di riserva di legge, che per molti Paesi si tratta di un principio costituzionalizzato. Non che quella indiretta tramite direttive non lo sia, è chiaro; tuttavia, qui i profili di perplessità sono maggiori.

Il riferimento, come noto, è al *deficit* democratico delle istituzioni europee⁵⁸¹. Tuttavia, secondo alcuni autorevoli scrittori la situazione *post*-Lisbona risulta assai differente sotto questo profilo⁵⁸². Il punto, stando alle considerazioni puntualmente proposte da questo filone dottrinale, è che il Parlamento europeo e il Consiglio adottano direttive penali secondo la procedura legislativa ordinaria di cui agli art.li 294 e 83 TFUE, nella quale il ruolo dei parlamenti nazionali è stato implementato (nella fase ascendente) così come è stato riequilibrato quello del Consiglio e del Parlamento europeo (nella fase centralizzata).

Il Trattato di Roma ha conosciuto il tema oggetto della presente analisi (Titolo VII) solo mediante l'integrazione intervenuta con l'Atto Unico Europeo. La normativa ivi inserita è poi stata trasposta, con alcune modifiche, all'interno del Trattato di Maastricht (1993) e in quello di Amsterdam (1999). All'art. 174 del Trattato istitutivo della Comunità

⁵⁸⁰ BELFIORE, *Le incursioni della normativa europea nel diritto penale interno*, in *Arch. pen.*, II, 2015, p. 491 ss. (spec. p. 499).

⁵⁸¹ Tra tutti, v.: FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in TRUJILLO-VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, 143 ss.

⁵⁸² GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 177 ss.

europea è dato scorgere l'obiettivo politico della Comunità stessa: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione, sul piano internazionale, di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale e mondiale.

Simili obiettivi si orientano, infine, sui principi fondamentali della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione e del "chi inquina paga".

Ora, il diritto comunitario, intendendo intervenire sempre di più e sempre più spesso su quello interno, ha creato forti frizioni con gli Stati membri.

In Italia, in estrema sintesi, la Consulta⁵⁸³ ha suddiviso tra materie riservate alla normazione della Comunità europee, a fronte delle quali il giudice ordinario deve, senza interpellare la Corte costituzionale, applicare direttamente il regolamento anche se incompatibile con quelle interne, sia anteriori che posteriori e direttive (quelle che si rivolgono direttamente agli Stati). Queste ultime, se dotate di alcune caratteristiche (di forma e di sostanza)⁵⁸⁴ possono risultare anche direttamente applicabili, ma non è la regola.

Per quanto concerne nello specifico il diritto penale dell'ambiente, l'Unione europea con la direttiva 2008/99/CE del 19 novembre 2008, manifestando più volte⁵⁸⁵ – direttamente o indirettamente – profonda preoccupazione per l'aumento dei reati ambientali, ha richiesto un generale aumento delle sanzioni penali e l'introduzione del favoreggiamento e dell'istigazione, oltre che l'inserimento dell'ambiente tra i reati presupposto per la responsabilità penale delle imprese.

Storicamente, la disciplina penale ambientale interna comprendeva una legislazione complementare relativa all'inquinamento (dell'acqua, del suolo, dell'aria e acustico), alcune fattispecie codicistiche ad hoc come

⁵⁸³ Cfr.: Corte cost., sent. n. 170 del 5 giugno 1984.

⁵⁸⁴ Cfr.: Corte cost., sent. n. 182 del 1976 poi, per i requisiti che il giudice ordinario deve ricercare, v.: sent. n. 168 del 1991.

⁵⁸⁵ Si v. anche la direttiva 2009/123/CE o la decisione-quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003 (G.U. L. 29, 5 febbraio 2003), mai adottata perché annullata dalla Corte il 31 settembre 2005.

l'incendio boschivo (art. 423-bis c.p.), o adattate dalla giurisprudenza in protezione dell'ambiente come il getto pericoloso di cose (art. 674), il disastro innominato/ambientale (art.li 434 e 449 c.p.), il danneggiamento idrico (art. 635 c.p.), e oltre⁵⁸⁶.

Tuttavia, con il passare degli anni, l'espandersi dell'industria e della tecnologia e l'aumento delle fonti di pericolo, le normative ambientali iniziarono a proliferare. Si è assistito ad uno sviluppo caotico della disciplina positiva ambientale, spesso in funzione contenitiva di una giurisprudenza penale marcatamente ecologista⁵⁸⁷.

Nel 2004, con la legge-delega 15 dicembre n. 308, il Parlamento, nella speranza di riordinare una materia ormai ai più incomprensibile, chiamò in causa il governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia. Due anni dopo, una (sospetta) commissione composta da ventiquattro saggi consegnò all'Italia il d.lgs 3 aprile 2006 n. 152: una delle peggiori prove date dal legislatore nell'ultimo trentennio⁵⁸⁸.

Al netto di una suddivisione in sei parti (prima: disposizioni comuni e generali; seconda: procedure per la valutazione ambientale strategica-VAS, per la valutazione di impatto ambientale-VIA, per l'autorizzazione ambientale integrata-IPPC; terza: difesa del suolo e la lotta alla desertificazione, la tutela delle acque dall'inquinamento e la gestione delle risorse idriche; quarta: gestione dei rifiuti e bonifica dei siti contaminati; quinta: tutela dell'aria e riduzione delle immissioni in atmosfera), la nuova disciplina presentava caratteristiche indesiderabili⁵⁸⁹: un pessimo utilizzo

⁵⁸⁶ Su tutte queste tematiche, tra gli altri, v.: RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, II ed., Torino, 2013, p. 199 ss.

⁵⁸⁷ Il legislatore nazionale, in Italia come altrove, ha sempre avuto più a cuore lo sviluppo rispetto alla protezione dell'ambiente. Questo è un dato storico ineliminabile. Nel nostro Paese si è arrivati anche all'intervento legislativo diretto ad espungere gli effetti di sentenze della Suprema Corte di cassazione penale: pensiamo al decreto Ronchi sui rifiuti, ai condoni edilizi del 1994 e del 2003, etc. Per alcune delucidazioni in più sul tema v.: RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 15.

⁵⁸⁸ Queste le parole di RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 15.

⁵⁸⁹ Si pensi, a mero titolo di esempio, all'utilizzo di due definizioni differenti a fronte dello stesso concetto ex art.li 183 e 268 in tema di *inquinamento atmosferico*.

della lingua italiana, numerose disposizioni nate già in contrasto con la disciplina comunitaria, errori, imprecisioni e una forma dubbia⁵⁹⁰, almeno in quell'anno non risultava ancora riconducibile ad un Codice per la mancanza di una parte generale, ma nemmeno ad un Testo Unico perché comprensivo di alcune discipline relative all'acqua, all'aria e ai rifiuti.

Oltre ai diciotto decreti attuativi frettolosamente varati dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e alle questioni di legittimità costituzionale immediatamente sollevate dalla giurisprudenza ordinaria, il legislatore ha promosso alcuni correttivi diretti a posticipare di circa un anno l'entrata in vigore della parte seconda (l. 12 luglio 2006, n. 228, che convertiva, con modifiche, il d.l. 12 maggio 2006 n. 173), l'istituzione di un regime transitorio per la soppressione dell'Autorità di bacino, oltre che quella di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, e la proroga del termine previsto per l'adeguamento dello Statuto del Conai ai principi del testo unificato (d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284).

Ad ogni modo, il perfezionamento più corposo rimane quello operato dai d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4, recante "ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 recante norme in materia ambientale", 29 giugno 2010 n. 128 e 3 dicembre 2010 n. 205, emanato in attuazione della direttiva 2008/98/CE.

Tramite essi i legislatori – Parlamento e governo – hanno tentato di riallineare la disciplina al diritto comunitario e di eliminare gli errori e le imprecisioni evidenziate da subito dalla dottrina e (in piccola parte) dalla giurisprudenza.

Nonostante la permanenza di alcuni misunderstanding anche piuttosto gravi, questi decreti-legislativi, tra le numerose altre cose, hanno introdotto una vera e propria parte generale (parte prima: disposizioni comuni e principi generali) consentendo al d.lgs n. 152 del 2006 di assumere le forme tipiche di un Codice dell'ambiente⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ All'epoca queste critiche indussero un autore a definirlo "testo unificato", cfr.: FONDERICO, *L'evoluzione*, cit. p. 12.

⁵⁹¹ Di questo parere anche: PELISSERO, *Reati*, cit., p. 8.

Degno di nota⁵⁹², poi, il d.lgs. 21 luglio 2011, n. 121 che recepisce la direttiva 2008/99/CE summenzionata.

2. L'esigenza di una "Parte generale" orientata (anche) al principio di offensività nel diritto penale dell'ambiente in senso stretto – Per un penalista abituato al diritto classico – ma anche ai suoi sviluppi e, dunque, a quello moderno – concentrarsi sulla tutela positiva dell'ambiente significa immergersi in una micro-rete governata da problemi vecchi gestiti secondo nuove regole d'eccezione.

Da sempre inserito in un formante giurisprudenziale vivace⁵⁹³, questo diritto nasce normativamente povero e si sviluppa nel corso dei decenni in un insieme caotico, come abbiamo già precisato, di discipline mal coordinate, settoriali, governate da irregolarità e davvero bisognose di una sistematizzazione (di assai ardua realizzazione).

In questo contesto la dottrina italiana ha, sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, iniziato un percorso di razionalizzazione, poi acuitosi nell'ultimo decennio, che è riuscito a favorire la nascita di numerose riviste dedicate esclusivamente all'ambiente⁵⁹⁴, siti *internet* di aggiornamento (anche) scientifico⁵⁹⁵, numerosi saggi, monografie, manuali e commentari⁵⁹⁶.

⁵⁹² Per un approfondimento si vedano, tra gli altri: RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *Lexambiente.it*; Scarcella, *Nuovi "ecoreati" ed estensione ai reati ambientali del d. lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 10/2011, p. 854 ss.; SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (note a margine del d.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2012, p. 17.

⁵⁹³ Così, almeno dagli anni Sessanta del secolo scorso. Sul punto v. PELISSERO, *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, p. 4.

⁵⁹⁴ Tra le altre, solo a titolo di esempio, v.: *Rivista giuridica dell'ambiente* e *La giurisprudenza ambientale. Rivista trimestrale di diritto pubblico dell'ambiente o L'ambiente e il diritto. Rivista giuridica trimestrale per le risorse naturali* e così oltre.

⁵⁹⁵ Fra le altre, v.: www.ambientediritto.it; www.lexambiente.com;

⁵⁹⁶ Fra i tanti (anche già citati), v.: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015*, n. 68, Torino, 2015; CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in Catenacci-Marconi (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino,

La presenza di un bene giuridico percepito come essenziale da una società *post-industriale* ecologicamente devastata – qui un punto per noi importante – ha giustificato agli occhi dei più la trasformazione della tematica in un laboratorio perfetto per un legislatore desideroso di sperimentare la tenuta di nuovi istituti, obblighi di incriminazione, tecniche di tutela orientate al pericolo astratto (o presunto), al principio di precauzione, a criteri d’interpretazione comunitariamente conformi, di sindacabilità della norma di favore derivanti da fonti comunitarie senza effetti diretti, *etc.*, per poi, nel caso di esito positivo, esportarli in altri settori del diritto criminale.

Assia facile dedurre la presenza di frizioni importanti tra disciplina positiva, giurisprudenza e principi fondamentali (offensività, colpevolezza, legalità, *etc.*), ed è proprio di questo scontro costante che la presente ricerca, pur limitandosi al rapporto *offensività/ambiente*, si occuperà.

2.1. Immersi in questo guazzabuglio di norme, esperimenti, *etc.*, in primo luogo, ci è parso possibile – e consigliabile – procedere con un riordino concettuale capace di mantenere la trattazione orientata al rapporto *offensività/ambiente*⁵⁹⁷ e, allo stesso tempo, di suddividerla in una premessa diretta a fornire un quadro normativo d’insieme, una Parte generale (*bene giuridico/tutela di funzioni, tecniche di tutela, precauzione, etc.*)

2009, p. 189 ss.; SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007; RAMACCI, *Diritto penale dell’ambiente*, Piacenza, 2015; VALIANTE, *Manuale di diritto penale dell’ambiente*, Milano, 2009; A.L. VERGINE, *Brevi note sulla confisca nei reati ambientali*, in Vinciguerra-Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 1046 ss.

⁵⁹⁷ Sul tema si richiamano i contributi più significativi in: CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, cit., p. 189 ss.; GREGORI, *Problemi generali del diritto penale dell’ambiente*, Vinciguerra (a cura di), Padova, 1992; MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 665 ss.; PALMIERI, *Contributo ad uno studio sull’oggetto della tutela del diritto penale dell’ambiente*, Napoli, 2006; AZZALI, *La tutela penale dell’ambiente: un’indagine di tipo comparato*, Padova, 2001;

e, infine, un *focus* sulla parte speciale (*tutela penale dell'atmosfera e nuovi macro-delitti codicistici*).

3. Problemi di Parte generale: un'introduzione – Il diritto penale dell'ambiente risulta, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, assai confuso e piuttosto ingarbugliato.

Non c'è un disegno⁵⁹⁸, ma è dato scorgere un'involontaria impostazione generale orientata, con le opportune eccezioni di cui parleremo oltre, alla difesa di una *liceità convenzionale* di condotte offensive ma consentite perché *al di qua* di determinati *parametri*⁵⁹⁹ e alla protezione penale (per noi illegittima) della funzione amministrativa in tutela dell'ambiente⁶⁰⁰.

Solo così si spiega il largo utilizzo dei valori-soglia e delle mere disobbedienze a obblighi specifici; *l'eccezione*, come dicevamo, esiste, ma – questo un punto fondamentale – non consente di nascondere le logiche di una *regola*⁶⁰¹ *costituzionalmente illegittima*.

Sul punto torneremo in seguito.

3.0.1. L'illecito – Per quanto concerne *l'illecito* è bene specificare sin da subito l'esistenza di tre sue *macro*-categorie: a) l'esercizio non autorizzato o non segnalato all'Autorità di attività standardizzate pericolose per l'ambiente; b) la mera disobbedienza a disposizioni dell'Autorità di controllo, quindi inosservanza di prescrizioni, *etc.*; c) il superamento di

⁵⁹⁸ Su questo punto ci troviamo perfettamente d'accordo con: RAMACCI, *Il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 26. I legislatori (governo e Parlamento) non hanno un disegno, ma procedono con interventi chirurgici (o complessi) disorganizzati.

⁵⁹⁹ In questo senso già l'acuta osservazione di: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari II*, Milano, 1993, p. 421. Poi, sempre su questa linea, parla di "inquinamento residuale" anche: LETTERA, *Lo stato ambientale*, Milano, 1990, p. 92.

⁶⁰⁰ Tra i primi in questo senso: PATRONO, *Inquinamento industriale e tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1980, p. 45 ss. Contrari: BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, p. 35 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1988, p. 445 ss.; tesi poi più di recente criticate da CATENACCI, p. 73 ss. e ID., *I reati*, cit., p. 294.

⁶⁰¹ Cfr., a mero titolo di esempio: il reato di *omessa bonifica dei siti inquinati* ai sensi dell'art. 20, d.lgs. 11 maggio 2005, n. 133.

limiti (*extrapenali*) di *emissione/immissione* di sostanze nocive per l'ambiente.

In altre parole, la disciplina penalistico-ambientale si caratterizza per il carattere dell'accessorietà al diritto amministrativo e per la presenza di illeciti strutturati sul modello del pericolo astratto-presunto: il giudicante, in linea generale, non deve accertare la pericolosità di un comportamento ma il rispetto di quegli *standards* di sicurezza introdotti in questo *micro-sistema* nel 1966 che, se rispettati – assicurano *i legislatori*, spesso senza motivare – diminuiscono o eliminano il pericolo.

Il punto, lo si vedrà meglio oltre, è che un tale approccio, per quanto scientificamente poco discutibili possano essere i parametri, le soglie, *etc.*, non metterà mai il cittadino al riparo da condanne per condotte *di fatto inoffensive*.

Ad ogni modo, prima di immergerci nella problematica del bene giuridico e delle tecniche di tutela legittime, affronteremo una breve panoramica in puro stile manualistico.

Per quanto concerne la *tipicità oggettiva* dell'illecito ambientale uno sguardo (anche sommario) alla normativa esistente consegna all'osservatore una situazione sconcertante sotto più profili: in primo luogo, sotto quello della legalità e, nello specifico, della riserva di legge.

Il legislatore principale, non vi è dubbio in proposito, è il governo⁶⁰² e la norma penale *in bianco* regna sovrana: i rinvii ad altre fonti subordinate (decreti ministeriali attuativi⁶⁰³, leggi regionali⁶⁰⁴ e disposizioni

⁶⁰² Tra i tanti, solo a titolo di esempio, v.: d.l. 4 luglio 2015, n. 92 "*Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*"; d.l. 79/95 "*Modifiche alla disciplina degli scarichi delle pubbliche fognature e degli insediamenti civili che non recapitano in pubbliche fognature*"; ma anche d.lgs 22/97 (il c.d. "Decreto Ronchi") o il noto d.lgs 152/06 "*Norme in materia ambientale*"; ma anche la l. 17 maggio 1995, n. 172 che convertiva l'ultimo di nove decreti-legge (il già citato d.l. 79 del 1995) diretti a vanificare le soluzioni interpretative delle Sezioni Unite (sent. n. 7673 del 17 luglio 1991 e n. 1766, del 23 febbraio 1993) in materia di scarichi da insediamenti civili *etc.*

⁶⁰³ I casi in cui essi incidono profondamente sono numerosi; tuttavia, a mero titolo di esempio, si richiama alla memoria l'art. 17 della legge 22/1997 in tema di bonifica e

amministrative⁶⁰⁵) si sommano a numerosi precetti di per sé generici, a tante sanzioni sproporzionate (per difetto, ma anche per eccesso) e a norme scoordinate che intendono disciplinare la medesima *micro*-materia. Con riferimento alla *condotta*, le disposizioni penali ambientali concernono fattispecie commissive e omissive e, con riferimento all'*evento*, reati istantanei, permanenti, formali di pura condotta e materiali, di danno e di pericolo.

In tema di *nesso di causalità* (art. 40 c.p.) le problematiche maggiori risiedono nel suo coordinamento con la delega di funzioni⁶⁰⁶, con la posizione del proprietario del terreno sul quale terzi delinquono, con quella del sindaco del Comune in cui si perpetrano condotte abusive sull'assetto urbanistico e paesaggistico del territorio comunale, con quella del funzionario ARPA e delle società.

Spostando l'attenzione sulla *tipicità soggettiva* dell'illecito⁶⁰⁷, essendo le disposizioni prevalentemente contravvenzionali, è, almeno nella maggior

ripristino dei siti inquinati che ebbe concreta attuazione solo con il decreto ministeriale 25 ottobre 1999. Cfr.: RAMACCI, *Il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 27.

⁶⁰⁴ Nonostante la Costituzione imponga alla legge regionale di non incidere in materia penale (art.li 3, 25, 117 e 120), esso di fatto incide eccome tramite i continui rinvii che la legge in materia ambientale effettua. La situazione è spesso degenerata in abusi veri e propri: tra i tanti, si ricorda la legge regionale dell'Abruzzo 13 luglio 1989 n. 52 (poi abbattuta da Corte cost., n. 81 del 1991) che prevedeva una ipotesi di estinzione del reato urbanistico conseguente alla spontanea demolizione della struttura abusiva. Cfr., sempre: RAMACCI, *Il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 28.

⁶⁰⁵ Il problema del rapporto tra disposizioni penali e amministrative, vigendo l'art. 9 della legge 24 novembre 1981 n. 689 in tema di depenalizzazione, è tra i più delicati. Cfr.: Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 1963, 21 gennaio 2011.

⁶⁰⁶ Il tema, naturalmente connesso con quello dell'individuazione dei soggetti di vertice degli organismi complessi e di derivazione antinfortunistica (v.: d.lgs 81/2008 art 16), concerne il trasferimento ad altro soggetto di determinate funzioni l'esercizio delle quali comporta specifici obblighi e, quindi, precise responsabilità. Per approfondimenti orientati alle pronunce giurisprudenziali, v.: RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 35 ss.

⁶⁰⁷ Anche se con impostazioni di teoria generale parzialmente differenti da quelle qui seguite, si v.: RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*.

parte dei casi, sufficiente la *colpa*. Con riferimento ai delitti, essi necessitano di regola di un'azione (o di una omissione) dolosa, ma se espressamente previsto anche colposa: ad esempio, si veda il *disastro colposo* determinato da incidente industriale.

All'interno sempre dell'*illecito* – e si conclude – esistono specifiche *cause di giustificazione* compatibili, ma praticamente mai riconosciute dai giudicanti: ci riferiamo soprattutto all'esercizio di un diritto, l'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)⁶⁰⁸ e lo stato di necessità (art. 54 c.p.)⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ L'esercizio di un diritto (o adempimento di un dovere) è una scriminante da sempre esclusa, a parte un precedente del 1967 (Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 1967 in Giust. pen., 1967, II, p. 804) in ambito urbanistico, in tema di rifiuti e di maltrattamento di animali. Tuttavia, il dato fondamentale è che la questione è stata posta. Cfr.: RAMACCI, *Il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 45.

⁶⁰⁹ Diciamo subito che per la nostra sensibilità dogmatica esso *non scrimina* ma *scusa*. Tale constatazione nasce da numerose motivazioni (soprattutto tecniche) non ripercorribili integralmente in questa sede. Ad ogni modo, già sotto un profilo logico, l'articolo 54 c.p. richiede la presenza di un'aggressione su una vittima *innocente*; pertanto, la sua collocazione sistematica conta (!) [sull'irrilevanza pratica del suo "posizionamento", invece, vedi la posizione storica ancorata ad una certa lettura tedesca, di: G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, *passim*, p. 368].

Ritenere l'aggressione-difensiva su terzi innocenti conforme agli elementi richiesti qualcosa di oggettivamente lecito, considerarla un diritto, significa escludere ogni possibile reazione difensiva scriminabile da parte dell'agredito (lo si ripete) *innocente*.

In altre parole e per recuperare il celebre esempio di scuola dei due superstiti su un'isola deserta: se riteniamo un diritto l'azione di colui che, per non morire di fame, decide di uccidere e mangiare un compagno di viaggio (azione, questa, oggettivamente e soggettivamente tipica e offensiva), allora dobbiamo concludere per un "dovere" giuridico di quest'ultimo di farsi assassinare e di non reagire, perché ogni eventuale contro-reazione mai potrebbe esser letta come difesa legittima *ex art. 52 c.p.* Sul punto il dibattito risulta assai ampio e i contrasti non mancano. Per i sostenitori di uno stato di necessità principalmente giustificante, v.: già CONTIERI, *Lo stato di necessità*, 1939, *passim*, spec. p. 120 ss.; MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, 1964 (spec. p. 99); AZZALI, *Stato di necessità (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, v. XVIII, 1971, p. 356 ss.; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, 1964, p. 304 ss.; BOScareLLI, *Compendio di diritto penale*, 1968, p. 64; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 1972, p. 407 ss.; per la tesi contraria, Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, p. 22 ss.; MUSOTTO, *Diritto penale. Parte generale*, v. I, 1960, p. 171 ss.; ma soprattutto attenti all'inesigibilità nell'art. 54 c.p., v. SCARANO, *La non esigenza nel diritto penale*, 1948, *passim*, (spec. p. 119 ss.) e DOLCE,

3.0.2. La colpevolezza – Passando alla *colpevolezza*, particolare rilevanza assume, in primo luogo, il concetto di non esigibilità (*Nichtzumutbarkeit*) o inesigibilità (*Unzumutbarkeit*)⁶¹⁰, così come generatosi dall'introduzione tedesca della colpevolezza declinata in senso normativo.

Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, 1957, p. 27 ss. e SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, 1961, p. 274 ss. Ora, il rapporto *diritto penale dell'ambiente/stato di necessità* è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza ordinaria soprattutto in tema di c.d. *crisi degli alloggi, caccia, rifiuti e violazione di sigilli*. Per approfondimenti giurisprudenziali, v: RAMACCI, *Il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 44 ss.

⁶¹⁰ Secondo l'impostazione qui seguita, l'inesigibilità – categoria di origine tedesca, per tutti, v.: FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919, 1922, passim* (spec. p. 11 ss.) – appartiene alla *colpevolezza* non a un'antigiuridicità come categoria autonoma che non riconosciamo [v., sul punto, i lavori di Massimo Donini: DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 221 ss.; ID., *Antigiuridicità*, cit., p. 1646 ss.; ID., *Principi costituzionali e diritto penale. Modello e programma*, in *IUS17*, Bologna, 2009, v. 2, p. 417 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006]. Sul piano della sistematica, infatti, è qui rifiutata la teorica totalizzante degli elementi negativi del fatto [per primo MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889, p. 82 ss.; poi in ID., *Die lehre vom Verbrechen und Strafe*, 1912, p. 105 ss.] ma non contrastata la categoria autonoma dell'antigiuridicità perché scientificamente scorretta, piuttosto perché sopravvalutata o "esagerata". Ancora: DONINI, *Il posto*, cit., p. 251, nota 26. Le scriminanti rimangono quindi trattate nella categoria dell'*illecito* che si aggiunge alla *colpevolezza* [sulla colpevolezza come principio e come categoria, si veda anche l'introduzione presente in: DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Insolera-N. Mazzacuva-Pavarini-Zanotti (a cura di), v. I, III ed., p. 214 ss.] Sul tema dell'inesigibilità, oltre al testo di Freudenthal già citato, si v. l'alfiere, insieme a quest'ultimo, della concezione normativa della colpevolezza di Frank: GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriffs*, in *Festgabe für R. die juristische Fakultät in Giessen*, 1907, p. 521 ss., ma anche il vecchio studio italiano insuperato, almeno sotto il profilo della ricostruzione storico-domatica dell'istituto, di: SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948; con riferimento alla colpevolezza colposa v., su tutti, le riflessioni di CASTRONUOVO, *La colpa penale*, p. 564 ss. e di FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, *passim*, (spec. per la colpevolezza colposa p. 334 ss.). Tra gli oppositori principali del carattere generalizzante dell'inesigibilità v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 357 ss. opinione costante già dalla II ed., 1988, p. 297; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., 1989, p. 376; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 100; ID. *Il sistema*, p. 290; PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p. 140

Che la condotta possa essere esigibile materialmente ma non spiritualmente (quindi l'idea secondo la quale il *können* presuppone ma non è pienamente sovrapponibile al *dürfen*) è un effetto dell'originaria connessione tra colpevolezza normativa – a tratti, almeno linguisticamente, abbastanza moralistica – ed esigibilità. Nella concezione psicologica della colpevolezza l'esigibilità si avvicina più all'evitabilità (*Vermeidbarkeit*).

Come noto, il nostro Codice penale conosce siffatta ipotesi e la disciplina esplicitamente nell'impossibilità di conoscere il divieto (errore inevitabile sul precetto, ordine illegittimo insindacabile) e nell'impossibilità di determinarsi secondo il divieto (costringimento psichico, violenza irresistibile, *etc.*).

Il punto che a noi interessa maggiormente, però, concerne la possibilità, in assenza di un riferimento normativo specifico, di generalizzare siffatta *causa di esclusione della colpevolezza*.

Diciamo subito che la giurisprudenza, a differenza di una parte consistente della dottrina⁶¹¹, ritenendola *un ingiustificato ampliamento*

ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 408 ss.; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 2007, p. 365; BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, p. 28; DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, p. 290; PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2009, p. 396 ss.

⁶¹¹ Quando alcuni autori, spesso magistrati, liquidano l'esigibilità sostenendo che essa è sostenuta da una *minima parte della dottrina* [RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Piacenza, 2009, p. 79, concetto ribadito nell'aggiornamento ID., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 2015, p. 51, ma anche M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 43], dimenticano che l'esigenza espressa dall'inesigibilità non si risolve nel caso di scuola del "medico stanco" tratto da Cass. pen., 23 dicembre, 1935, in *Scuola pos.*, 1936, p. 289 – il quale, quanto agli effetti generalizzanti e deleteri, assomiglia molto all'esempio dello "zio ricco" nell'imputazione oggettiva dell'evento – e che il suo nucleo più intimo era già presente nel FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Milano, 1784, III, § 37, in P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852, p. 171, e, senza citare i tedeschi, supportato esplicitamente nei contributi di: VASSALLI, voce Colpevolezza, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, p. 21 ss.; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 489 ss.; FORNASARI, *Il principio*, cit., *passim*; sulla condotta omissiva, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, v. II, p. 866; SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, 1948; ABBATTISTA, *Inesigibilità e scriminanti tacite: ipotesi*

dell'ambito di applicazione dello stato di necessità ne rifiuta categoricamente l'influenza in materia penale⁶¹² e, dunque, nella tutela dell'ambiente⁶¹³. I giudicanti, ad ogni modo, su questo ultimo tema risultano abbastanza insicuri: in rarissimi casi essi l'hanno accolta⁶¹⁴, molto spesso esclusa *tout court*⁶¹⁵, altre volte è stata ammessa implicitamente in astratto, ma negata in concreto per la prevalenza degli interessi della "salute" e dell'

applicative, in Marinucci-Dolcini (a cura di), *Studi di diritto penale*, 1991, p. 505 ss.; ma anche GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, 2011, p. 187; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 475. Tutto fuorché dottrina minoritaria: sia quantitativamente che qualitativamente. Il tema, oltretutto, concerne anche la materia processuale: il *nemo tenetur se detegere*, in realtà, cos'è se non un *vecchio* [v. già Cass. Roma, 12 gennaio 1881, in *Riv. pen.*, 1881, VII, p. 31; per la procedura penale tedesca v. BVerfG, 13 gennaio 1981, in *BVerfGE*, 56, p. 37 ss. e 43 ss.] riconoscimento – di valore anche sostanziale, v. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2013 – generalizzabile e costituzionale [cfr. Corte cost. 174 del 1994] della inesigibilità di un comportamento diverso?

⁶¹² Tra le tante, cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. n. 973 del 31 maggio 1993. In questa statuizione è dato scorgere l'elencazione dei motivi del rifiuto: "... il principio della non esigibilità di una condotta diversa [...] non può trovare applicazione e spazio al di fuori della cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia juris".

⁶¹³ In tema di inquinamento idrico, ad esempio, cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 8271 del 27 settembre 1985.

⁶¹⁴ Il primo caso del Novecento è: Trib. Bologna 5 novembre 1965, in *Riv. it.*, 1966, p. 1028 con nota di Marini. La sua applicazione, nonostante una scelta dogmatica assai discutibile (*forza maggiore*) e evidentemente diretta ad evitare il precedente in punto d'inesigibilità quale criterio generale, è stata – di fatto – recentemente oggetto di una pronuncia in ambito penale tributario: Cass. pen., sent. n. 5905 del 7 febbraio 2014. Ora, leggendo le motivazioni, si scopre l'utilizzo di una *forza maggiore* (art. 45 c.p.) che, se abbinata alla *scarsità o al difetto di risorse*, non era mai stata contemplata dalla Corte di cassazione, in nessun campo [Cfr., tra le altre, Cass. pen., 7 maggio 1974; Cass. pen., sez. III, sent. n. 9041 del 18 settembre 1997; in tema di inquinamento di acque, la già citata Cass. pen., sez. III, del 22 ottobre 1984; in tema di assistenza familiare Cass. pen., sez. VI, sent. n. 10539 del 16 maggio 1997; in materia d'infortuni sul lavoro Cass. pen., Sez. III, sent. n. 24410 del 05 aprile 2011].

⁶¹⁵ Cass. pen., sez. III, sent. n. 8271 del 27 settembre 1985.

“ambiente” sull’inesigibilità tecnica ed economica⁶¹⁶; fino ad arrivare ad assurdità quali l’irrilevanza dell’inesigibilità nel caso di ritardo intollerabile della p.a. nell’espletamento delle verifiche inerenti l’adeguamento degli impianti alle prescrizioni imposte: il diritto criminale, in questo caso, non si limita a “chiedere” al cittadino-imprenditore (spesso piccolo) di non disubbidire, ma arriva ad estendere la pretesa imponendo di non iniziare o proseguire l’attività in assenza di autorizzazione anche laddove quest’ultima dipenda esclusivamente da mancanze (e/o ritardi) imputabili alla pubblica amministrazione stessa.

Sul punto, dati gli importanti riflessi anche pratici ultimamente emersi in tema di diritto (penale) tributario, non possiamo non abbandonarci a qualche considerazione di carattere generale, riservandoci di approfondirne alcune più oltre, quando tratteremo della protezione della qualità dell’aria (v.: § 4.1. e ss.).

Ora, il carattere possibilmente *ultralegale* dell’inesigibilità⁶¹⁷, al pari della presenza di parametri vaghi, non consente di rifiutarne il riconoscimento in una struttura codicistica impregnata di esigibilità come riempimento del *gap* naturale tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*. Ci ripetiamo: lo stato di necessità, la forza maggiore, il caso fortuito, il costringimento psichico, ma anche la non punibilità stessa in alcuni casi (es.: art. 374 c.p.), *etc.*, contengono tutti una premessa *umanizzante*⁶¹⁸ individuabile nella presenza di circostanze fattuali o psichiche c.d. normali, capaci di generare azioni

⁶¹⁶ Per tutti, v.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 2036 del 3 agosto 2000.

⁶¹⁷ La frizione con la legalità, in questi casi, risulta solo apparente. [dottrina contraria per contrasto con questi principi: PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 396 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 441]

⁶¹⁸ Cfr.: BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 489. Tuttavia, l’abbinamento concettuale *inesigibilità/umanizzazione del diritto penale*, lo troviamo anche nelle lettere di Aldo Moro nella “prigione del popolo”, in cui egli passa al vaglio i tre casi di inesigibilità (per stato di necessità, per diritto umanitario e per diritto di salvezza). Il punto è ripreso da INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, p. 342 ss. Non è un caso, come ricorda l’autore, che Gaetano Contento abbia intitolato il suo intervento al Convegno in memoria di Aldo Moro (vent’anni dalla sua scomparsa) organizzato dall’Università di Bari del 1998 “*Il volto umano del diritto penale di Aldo Moro*”.

od omissioni doverosamente conformi al dettato codicistico. In caso contrario, almeno a nostro parere, non può che rimanere valido il vecchio brocardo romano *nemo impossibilia tenetur*.

È mai possibile, e concludiamo, individuare il nucleo più intimo della colpevolezza – che non fonda la pena, ma la giustifica commisurandola al fatto davanti all'autore, quindi in funzione della responsabilità e della scelta sanzionatoria⁶¹⁹ – *nell'aver agito diversamente dal, o nel non aver agito come prescrive il, dovere giuridico*⁶²⁰ in presenza della possibilità di agire in modo conforme e, contemporaneamente, considerare colpevole un autore che, in concreto e per evidenze non riconducibili alla casistica codificata, non avrebbe potuto porre in essere la condotta richiesta?

La disciplina dell'errore – di fatto *ex art. 47* e di diritto *ex art. 5 c.p.* – assume una rilevanza determinante nella nostra disciplina.

Vediamone velocemente le ragioni.

La tutela penale dell'ambiente, come abbiamo visto, risulta caratterizzata da una preminenza di *contravvenzioni* costruite con tecniche stilistiche intrise di *elevata complessità tecnica e di clausole generali spesso disorientanti*. Ciò posto è chiaro che la rilevanza dell'errore di fatto (art. 47 c.p.) risulta ridotta in presenza di contravvenzioni punibili anche per colpa a seguito errori determinati da colpa.

Diversamente, è sull'art. 5 c.p., dunque sulla perimetrazione dell'errore di diritto, senza approfondire in questo paragrafo la sua relazione con il

⁶¹⁹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 36.

⁶²⁰ Questo il concetto generale di colpevolezza nel pensiero dei classici italiani: DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 62; ID., *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, p. 542; ID., *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935, p. 42; FLORIAN, *Parte generale*, Milano, 1934, I, p. 437; BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*. *Annali Triestini di diritto, economia e politica*, 1943, p. 21; MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1939, I, 299 e dei tedeschi, per primo FRANK, *Der Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festgabe für die juristische Fakultät der Universität Giessen*, 1907, p. 7 ss.; BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, Leipzig, 1910, p. 8 ss.; poi ripresa in ID., *Methodic der Strafgesetzgebung*, Berlin, 1922, p. 137; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, 1927, § 36; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 441; ma anche MEZGER, *Strafrecht*, München, 1933, p. 49.

concetto di *buona fede*⁶²¹, che la corte nomofilattica è dovuta intervenire in varie occasioni. Qui, come noto, il limite ormai classico è l'ignoranza inevitabile⁶²², intesa dalla Consulta come l'impossibilità di conoscere precetti non riconosciuti dalla generalità dei consociati o di sciogliere il dubbio circa la liceità della condotta attiva od omissiva effettivamente compiuta⁶²³. La Corte di cassazione è poi intervenuta sul punto stabilendo che il futuro soggetto agente dubbioso è obbligato a verificare le sue statuizioni e a dedurre quanto segue: in presenza di una giurisprudenza costante che rifiuta l'illiceità della condotta di riferimento egli potrà agire, ma in presenza di un contrasto dovrà astenersi o, meglio, esperire tutti gli accertamenti possibili – i quali dipendono anche dalle qualità personali o lavorative del soggetto⁶²⁴ – per comprendere la legislazione vigente in materia⁶²⁵.

⁶²¹ Essa si presenta come un'autonoma causa soggettiva di esclusione del reato. Tuttavia, la giurisprudenza la ritiene uno stato soggettivo determinato da un elemento positivo estraneo all'agente capace di escludere (anche) la colpa, coincidente con il caso fortuito, la forza maggiore e l'errore scusabile [cfr.: RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 48].

⁶²² Cfr. Corte cost., sent. 364 del 1988.

⁶²³ *Ibidem*.

⁶²⁴ Cfr. in tema di *inquinamento acustico* Cass. pen., sez. I, sent. n. 2530 del 22 febbraio 1990; e in tema di *inquinamento atmosferico*, anche se in relazione ad una normativa oggi abrogata (d.P.R. 203/88), Cass. pen., sez. III, sent. n. 3261 del 26 novembre 1999; o in *materia edilizia*, Cass. pen., sez. III, sent. n. 11045 del 16 marzo 2015. Una riflessione telegrafica: presumere che i più siano perfettamente informati sulla disciplina penalistica in tema di maltrattamento di animali (Cass. pen., sez. III, sent. n. 6897 del 16 giugno 1995) è comprensibile, ma in tema di urbanistica (Cass. pen., sez. III, sent. n. 2000 del 7 gennaio 2008) tale pretesa risulta, a nostro avviso, incomprensibile. La legislazione in materia edilizia potrà non sembrare "astrusa" – così dicono i giudici nella sentenza appena menzionata – a chi, dopo una laurea in legge, si occupa esclusivamente di diritto, ma per il cittadino comune lo è eccome. Per ulteriori approfondimenti su questa linea Cass. pen., sez. III, sent. n. 36852 del 4 settembre 2014.

⁶²⁵ In questo senso, Cass. pen., sez. III, n. 28397, del 24 giugno 2004, in *Ambiente*, n. 2, 2005, p. 297, con nota di DE PAULI, *Riesplorazione del vincolo paesaggistica seguito di scadenza dei termini di un programma pluriennale di attuazione ed ignoranza inevitabile della legge penale*; ma anche Cass. pen., sez. II, sent. n. 46669 del 19 dicembre 2011. Ad esempio, per i giudici di legittimità a nulla rileva il dubbio – assai frequente nella tematica

Non è tutto. L'errore sulla liceità di un comportamento pare scusato se l'interessato ottiene un *provvedimento amministrativo* che lo consente, sempre che lo stesso non sia in grado di comprenderne l'illiceità⁶²⁶. A nulla rileveranno, invece, le rassicurazioni espresse oralmente dall'autorità competente⁶²⁷.

Tra le sentenze della Corte di cassazione penale vi è poi un'acquisizione a nostro parere davvero sconcertante: se il soggetto agente è a conoscenza dell'illiceità amministrativa di un'attività specifica la sua ignoranza sul disvalore (anche) penalistico del divieto non potrà mai essere considerata *inevitabile*⁶²⁸.

3.0.3. Circostanze (recidiva) e concorso di persone nel reato – Se in tema di circostanze comuni (aggravanti e attenuanti, anche generiche) la materia ambientale mostra problemi assai simili, se non identici, a quelli presenti in altri ambiti specifici del diritto penale⁶²⁹, nella disciplina del concorso (eventuale) di persone nel reato sussiste un problema piuttosto serio trattato sovente dalla giurisprudenza: l'applicazione dell'art. 113 c.p. ai reati contravvenzionali in tema di ambiente. Dopo alcune pronunce sfavorevoli, la giurisprudenza⁶³⁰ (così come parte della dottrina) ha

ambientale – circa la natura dell'insediamento perché ampiamente evitabile con consulenze di esperti. Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. III, sent. n. 3617 del 26 marzo 1994.

⁶²⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, sent. n. 4450 del 2 aprile 1990, in *Riv. giur. amb.*, n. 2 del 1991, p. 298 con nota di BUTTI, *Scarichi civili nuovi, autorizzazioni e limiti tabellari*.

⁶²⁷ Cass. pen., sez. VI, sent. n. 2030 del 3 marzo 1993, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 3/1994, II, p. 173 ss., con nota di MAZZA, *Beneplacito orale ed inescusabilità della legge penale in tema di scarichi*.

⁶²⁸ Così Cass. pen., sez. I, sent. n. 10129 del 24 settembre 1994. Contra, tra le pochissime, Cass. pen., sez. III, sent. n. 3617 del 26 marzo 1994.

⁶²⁹ In linea generale la giurisprudenza di legittimità tende ad applicare – o a ritenere in astratto applicabili – tutte le circostanze aggravanti comuni e le attenuanti generiche e, contemporaneamente, a riconoscere con più restrizioni quelle attenuanti comuni. Sul tema si veda il bel riassunto presente in: Ramacci, *Diritto penale dell'ambiente*, cit. pp. 52, 53, 54.

⁶³⁰ Tra le altre, cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 1068, 16 dicembre 1991.

propeso per l'incompatibilità e, dunque, per l'applicazione, in tali casi di concorso colposo nelle contravvenzioni, del 110 c.p.

Un ultimo aspetto concerne la recidiva *ex art. 99 c.p.* La riforma del 2005 (l. n. 251), oltre a numerosi aspetti critici più volte segnalati dalla dottrina e giustiziati dalla Consulta, ha eliminato dal novero dei recidivi potenziali i soggetti attivi di reati colposi.

L'espunzione in parola, sempre nell'ottica da noi non condivisa della legittimità costituzionale dell'art. 99 c.p., rimane un'ottima novità per imprenditori spregiudicati, medici imperiti, automobilisti arditi, *etc.*⁶³¹: la recidiva legittima – anche se non per noi – un aumento di pena (anche *al di là* della cornice edittale) per la reiterazione del crimine e si giustifica dogmaticamente con il riconoscimento in capo al recidivo di una *diversa* colpevolezza per il fatto, ma se intendiamo mantenere questa idea di *reiteratio* in una relazione di quasi compatibilità coi principi fondamentali (*uguaglianza, colpevolezza, etc.*), allora dobbiamo restringere l'aggravio all'interno delle cornici edittali – esclusione fatta per alcune ipotesi più gravi – soggettivizzare il giudizio (v. sopra: p. 181) ed estendere nuovamente l'aumento stesso anche al contravventore e, più in generale, alla condotta colposa.

In altre parole, per quale ragione, ad esempio, un eterno imperito che nonostante il primo reato non pone rimedio alla sua incompetenza deve beneficiare di un *non-aumento* della pena? Secondo quale logica coloro che adibiscono *nuovamente* – quindi dopo una precedente sentenza irrevocabile di condanna – una collinetta a discarica abusiva, magari davanti ad una scuola elementare, non possono subire una valutazione di maggior colpevolezza per il secondo *fatto*?

3.0.4. Il sistema sanzionatorio in genere, oblazione, prescrizione e irrilevanza penale del fatto – Quanto al sistema sanzionatorio *in senso lato*, la disciplina ambientale – rimanendo in gran parte composta da contravvenzioni – presenta problematiche serie in punto di *deterrenza*: la pena più frequente, essendo di tipo pecuniario (ammenda), è spesso

⁶³¹ In questo senso la critica presente in: DOLCINI, *Le due anime della "Ex-Cirielli"*, cit., p. 55.

irrogata a soggetti facoltosi, benestanti e sicuramente immersi nella logica del *costo/beneficio*. Nonostante la presenza degli art.li 133-*bis* e -*ter* c.p., che di per sé consente un adeguamento concreto della sanzione penale alle condizioni economiche del *reo*, per i soggetti economicamente più forti inquinare *costa* ma spesso *conviene*.

Le risposte penalistiche di natura prevalentemente pecuniaria unite alla matrice prevalentemente contravvenzionale degli illeciti ambientali, poi, escludono l'applicabilità del tentativo (*ex art. 56 c.p.*), prevedono tempi di prescrizione del reato inferiori ai tempi medi del processo penale – il che è davvero un assurdo tutto italiano – e provocano un utilizzo “a tappeto” dell'oblazione.

Il passaggio del tempo influisce assai nella nostra materia, ciò non tanto per evidenti carenze di interesse nella punizione di inquinamenti avvenuti in un passato lontano, quanto per l'esistenza di un'organizzazione della giustizia concretamente incapace di risolvere procedimenti penali in un segmento temporale (l. 251/2005) inferiore a quello sufficiente a prescrivere la maggior parte delle contravvenzioni.

Sul punto è però doveroso ricordare sin da ora l'esistenza di un'inversione di tendenza provocata dai nuovi delitti contro l'ambiente (l. 68/2015): per essi il termine prescrizione è stato raddoppiato, e di questo parleremo diffusamente oltre.

Esiste poi una tematica assai rilevante per gli illeciti ambientali di natura contravvenzionale, essa riguarda parallelamente sia la prescrizione che l'oblazione: la natura permanente del reato ambientale di volta in volta considerato.

Il punto è di grande interesse perché sia il momento in cui decorre la prescrizione, sia la possibilità di estinguere il reato pagando una specifica somma di denaro, dipendono strettamente da esso.

Le contravvenzioni punite con sanzioni alternative (arresto o ammenda) non pongono problemi in quanto il testo della norma codicistica (162-*bis* c.p.) richiede quale premessa fondamentale la cessazione delle

conseguenze dannose o pericolose del reato⁶³². Premessa, questa, assente in relazione all'oblazione di cui all'art. 162 c.p., sulla quale esiste un contrasto giurisprudenziale terminato con la pronuncia delle Sezioni Unite del 1999⁶³³ in cui sono stati esclusi gli effetti estintivi⁶³⁴.

L'eliminazione delle conseguenze del reato ha, come noto, effetti anche sulla concessione della sospensione condizionale della pena. In materia ambientale il punto acquista particolare rilevanza: è possibile, ci si chiede, ottenere il beneficio solo dopo aver demolito la costruzione abusiva, bonificato il sito inquinato, *etc.*? Ad oggi la giurisprudenza, a differenza di ciò che ha stabilito nei medesimi casi per l'applicazione della pena su richiesta⁶³⁵, ha ammesso la possibilità di subordinare l'adempimento alla concessione dell'istituto in tema di violazioni urbanistiche⁶³⁶ ma non se una disciplina specializzante lo prevede. In altre parole, la disposizione generale di cui all'art. 165 c.p. può non risultare applicabile solo in presenza di una disciplina in contrasto con essa⁶³⁷.

Da ultimo, in tema di (*non*) punibilità, occorre richiamare anche in questa sede la modifica intervenuta con il d.lgs. del 16 marzo 2015 n. 28 che ha introdotto nel Codice penale l'art. 131-*bis* (v.: cap. I, § 7-*bis*).

Quanto al limite massimo di pena detentiva e pecuniaria (sola o congiunta alla prima) per l'attivazione della causa di non punibilità in parola non vi è dubbio: *tutte le contravvenzioni ambientali vi rientrano*. Esistono, come abbiamo visto, anche altre valutazioni da effettuare per decidere di *non*

⁶³² In materia di inquinamento atmosferico si v.: Cass. pen., sez. III, n. 12921 del 27 marzo 2008.

⁶³³ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 10 del 20 maggio 1999, in *Riv. pen.*, VII, 1999, p. 658 ss. Sul tema si veda anche FAVALLI, *Reato permanente e limitazioni all'oblazione*, in *Giur. it.*, 1999, 1904 ss.

⁶³⁴ Un caso per noi di grande interesse in tema di inquinamento atmosferico e di autorizzazioni è quello risolto da Cass. pen., sez. III, n. 3589 del 13 aprile 1996, in *Riv. pen.*, VII, 1996, p. 859.

⁶³⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 10 del 16 luglio 1993.

⁶³⁶ Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 714 del 3 febbraio 1997.

⁶³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 35501, 16 settembre 2003, in *Riv. amb.*, n. 1, 2004, p. 52 e n. 13456 del 2 aprile 2007.

punire un fatto illecito offensivo e colpevole ma concretamente esiguo: *particolare tenuità dell'offesa* (da desumere col metro dell'esiguità del danno o del pericolo da valutare ai sensi del 133 c.p. e con le concrete modalità della condotta) e non abitualità del comportamento. Che non si tratti di una depenalizzazione è chiaro, tuttavia che questo istituto rispondente alle logiche dell'equilibrio e della deflazione processuale (non tecnicamente dell'inoffensività) non debba provocare effetti di rilevante entità rimane un augurio a nostro avviso indesiderabile⁶³⁸. Esso impatta contro una realtà in affanno che, aspettandolo da decenni, risulta estremamente bisognosa di una valvola di sfogo di questo tipo.

Avendo ben chiara la differenza tra (*in*)offensività in concreto e irrilevanza del fatto, un profilo interessante è costituito dai rapporti che verranno in futuro a formarsi tra la qualità di bagatella del fatto e i c.d. *limiti-soglia*. Ora, questi ultimi non riflettono una rilevanza penale *in concreto*, ma *in astratto*; è il legislatore che si preoccupa di fissarli *ex ante*. Inoltre, la bagatella *ex art. 131-bis c.p.*, come abbiamo più e più volte sottolineato, non coincide con l'idea di un fatto concretamente inoffensivo, ma con un fatto illecito offensivo (al di sopra, ad esempio, di una certa soglia) e colpevole.

Già concettualmente, risulta più difficile – anche se doveroso per rispettare l'offensività come principio⁶³⁹ – immaginare il superamento inoffensivo di un limite piuttosto che quello solo irrilevante dello stesso.

L'*esiguità* (o *irrilevanza*) è un istituto prevalentemente quantitativo e l'esistenza di una quantità bagatellare implica una premessa qualitativa: l'esistenza di un fatto tipico; altrimenti il problema non esisterebbe sin dall'inizio.

In altre parole, escludere *ab origine* l'irrilevanza del fatto a fronte di limiti soglia significa sovrapporre l'irrilevanza stessa all'atipicità più completa, il

⁶³⁸ In questo senso: RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, in *Lex ambiente*, 30 marzo 2015, p. 2.

⁶³⁹ Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333. In dottrina, tra gli altri: G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 211.

che sarebbe un errore (anche) dogmatico dai riflessi pratici non di poco conto.

Pertanto – lo ribadiamo – a nostro parere non vi è ragione per escludere l'applicabilità in astratto dell'art. 131-*bis* c.p. nei reati costruiti sui *limiti-soglia*.

3.1. Focus sul bene giuridico "ambiente" e sulle tecniche di tutela legittime – Esiste un bene giuridico *ambiente* (?), quali sono i suoi confini? Queste domande hanno impegnato autori italiani⁶⁴⁰ e non durante il corso del Novecento e del primo decennio del nuovo millennio.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare (v. cap. II, § 1), esistono due concezioni di ambiente: in *senso stretto* (acqua, aria, terra, flora e fauna) o in *senso lato* (acqua, aria, terra, flora e fauna + territorio, paesaggio e beni culturali), entrambe oggetto di tutela *anche* penalistica. Tuttavia, comprendere cosa s'intenda proteggere con la difesa di tali elementi, capirne l'oggetto di tutela, non è certo operazione agile.

Il confronto filosofico è, come noto, tra due letture per noi pienamente legittime, ma incomplete: quella *ecocentrica* – s'interviene per proteggere l'ambiente in sé o un certo livello d'integrità ambientale – e quella *antropocentrica*, dove si tutela l'ambiente solo in quanto funzionale alla vita e alla salute dell'uomo.

La storia antica riflette la prevalenza della concezione *antropocentrica*, non vi è dubbio⁶⁴¹. Il divieto di affaticamento degli animali presente nel Codice babilonese di Hammurabi (XVII sec. a.C.), così come il loro riposo

⁶⁴⁰ Tra i principali: CATENACCI, *La tutela penale*, cit., p. 1 ss.; ANDERSON, *NEPA (National environmental policy-act) in the Courts. A legal analysis of the national environmental policy-act*, in AA.VV., *Resources for the future*, Baltimor-London, 1973, XV, p. 24 ss.; GIANNINI, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in Almerighi-Alpa (a cura di), *Diritto e ambiente*, I (diritto civile), Padova, 1984, p. 29 ss.; KIMMINICH, *Das Recht des Umweltschutzes*, München, 1972, *passim*;

⁶⁴¹ Fra gli altri, v.: KEDZIA, *Das recht des Bürgers auf die Nutzung in der natürlichen Umwelt repräsentierten Werte in der Volksrepublik Polen*, in Bernhardt- Delbrück-Münch-Rudolf (a cura di), *Fünftes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium*, Baden-Baden, 1981, p. 55 ss.; WIEGAND, *Die Tierquäler*, Lübeck, 1979.

imposto nella cultura ebraica e cattolica, o come il divieto della loro uccisione con malvagità già presente nel diritto romano, sono assunte come operazioni precauzionali antropocentriche: occorre evitare che le bestie divenissero inutilizzabili; le loro capacità di lavoro sarebbero dovute rimanere intatte.

Il passare del tempo ha però consentito all'essere umano di sviluppare questo atavico egoismo di fondo concentrando l'attenzione, sempre in un'ottica antropocentrica, sulla carità dell'uomo verso l'animale e verso l'ambiente che lo circonda. Il diciannovesimo secolo, infatti, si caratterizza per lo sviluppo di normative prodotte proprio da tale sentimento di pietà: il caso più eclatante lo si ritrova nel Codice tedesco del 1871, ad esempio.

Lì il § 360, n. 13 StGB puniva il maltrattamento degli animali proteggendo il senso di pietà degli uomini per gli animali piuttosto che l'integrità fisica di questi ultimi⁶⁴².

La nostra posizione sul tema non abbandona l'antropocentrismo ma si dirige con forza anche verso l'ecologismo. Siamo davanti a due magneti che mantengono la nostra attenzione in una posizione centrale.

Il punto, anche se per ragioni di spazio non è qui possibile approfondire a dovere l'impostazione filosofica dalla quale moviamo, è che guardare alla natura come qualcosa d'indipendente dall'uomo (*ecocentrismo puro*) rimane qualcosa di profondamente errato, così come lo è considerare quest'ultimo come entità indipendente dalla prima (*antropocentrismo puro*). Entrambi i punti di vista ignorano, mossi o da un materialismo esasperato o da un rifiuto radicale dello stesso, quella complessità che consente all'uomo di essere parte del tutto e al tutto, dunque anche all'ambiente, di essere parte dell'uomo⁶⁴³.

⁶⁴² L'assunto risulta chiaro in: LORZ, *Tierschutzgesetz*, München, 1987, III, ed., p. 57.

⁶⁴³ Per approfondimenti si veda il concetto di "ecosofia" e le ragioni del movimento "ecologia profonda" di Arne Naess [NAESS, *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement*, in *Inquiry*, n. 16, 1973, l'articolo è acquistabile anche su <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00201747308601682#.VkstB4TA5qM>] così come tutta la parte centrale della sua filosofia successiva. In italiano, v.: NAESS, *Ecosofia. Ecologia, società e stili di vita*, RED, 1994; poi in lingua inglese: ID., *Freedom, Emotion and self-*

3.1.1 Ora, diciamo subito che il legislatore, come spesso purtroppo accade, ha contribuito all'aumento di quel disordine che ha sempre confuso l'osservatore⁶⁴⁴. Al contrario di ciò che tutti noi saremmo portati a credere, *leggendo le regole spesso si comprende poco o nulla del gioco*.

La disciplina degli inquinamenti (d.lgs. 152/2006), all'art. 2, aprendo esplicitamente posizione - "*...promozione dei livelli di qualità della vita umana, attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*" - a favore della lettura *antropocentrica*, per poi contraddirsi all'art. 5 lett. i-ter dello stesso decreto-legislativo e nelle varie disposizioni settoriali (es. art. 74 let. c; art. 268;), quindi considerando *anche* la prospettiva *ecocentrica*. Non è tutto, all'interno della disciplina in protezione dell'atmosfera il legislatore del 2006 schiera in campo anche un terzo bene giuridico: *l'uso legittimo dell'ambiente*.

In altre parole, il dato positivo riflette la volontà del legislatore di non scegliere.

Del resto, questo è ciò che emerge anche dall'analisi delle fonti europee: l'art. 191 TFUE annovera tra gli obiettivi la protezione dell'uomo, le risorse naturali e la qualità dell'ambiente, così come la direttiva 2008/99/CE vincola gli Stati membri a produrre più penale per contrastare condotte che possano provocare "*...il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque ovvero alla fauna o alla flora*".

subsistence, 1975; ID., *Ecology, community and lifestyle*, 1989; ID., *Life's philosophy: reason and feeling in a deeper world*, 2002; per un panorama completo della sua impostazione, v.: NAESS, *The Selected Works of Arne Naess*", Drengson (a cura di), Springer, 2005. Diciamo sin da subito che condividiamo l'impostazione di fondo della filosofia di Naess, così come la finalità della stessa, non ogni suo contenuto.

⁶⁴⁴ Per la tematica "ambiente" lo riconosce, in passato, già: BAJNO, *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1990, p. 341 ss.; CATENACCI, *La tutela*, cit., pp. 30 e 31.

3.1.2. Nella prospettiva *antropocentrica*, ovvero quella che – sebbene con grande fatica e una buona dose d’immaginazione – sembrerebbe aver preferito il legislatore, la tutela dell’ambiente richiede inevitabilmente interventi penalistici *anticipati* e *indiretti*. “Anticipati” perché la tecnica di tutela più adatta allo scopo rimane il pericolo astratto-presunto⁶⁴⁵ o, ancor peggio, la precauzione, e “indiretti” in quanto sovente si colpisce (penalmente) il mero contrasto all’attività di pianificazione e controllo della p.a.

3.2. *L’inadempimento di obblighi di comunicazione alla p.a.* – La *strategia principale* per la protezione di questo bene (meglio: questi beni), è a lungo rimasta quella amministrativa. Del resto, la tutela ambientale nasce principalmente pubblicistica ma non strettamente, o esclusivamente, penalistica.

3.2.1. In primo luogo, come noto, anche le regole civilistiche forniscono il loro aiuto nella tutela dell’ambiente⁶⁴⁶: il principio del “*chi inquina paga*,”

⁶⁴⁵ In questo senso già: HEINE, *Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes*, in *ZStW* 101, 1989, p. 732 ss. e, in Italia, CATENACCI, *La tutela*, cit., p. 2 (nota 6); per una critica serrata v.: VERGINE, *Ambiente nel diritto penale (tutela penale dell’)*, *Dig. disc. pen.*, IX, Appendice, Torino, 1995, p. 756 ss.. Favorevoli ad un suo utilizzo in materia di beni collettivi, di ambiente, etc., tra gli altri: FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 187 ss.; GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689 ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti: note dommatiche e politico-criminali*, ivi, 1983, p. 1214; per i tedeschi degli anni ’80 e ’90, v. soprattutto: HEINE-MEINBERG, *Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht*, Berlin, 1976, p. 47 ss. TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 1980, p. 36 ss.

⁶⁴⁶ Fra i tanti, si v.: SALANITRO, *Tutela dell’ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, II, p. 472 ss.; sul tema della responsabilità da danno ambientale, tra i numerosi, v.: AA.VV., *La responsabilità per danno all’ambiente - L’attuazione della direttiva 2004/35/CE*, F. Giampietro (a cura di), Milano, 2006; P. FIMIANI, *Le nuove norme sul danno ambientale*, in *Il Sole 24 Ore*, 2006; G. BOCCONE, *Responsabilità e risarcimento per danno ambientale*, Rimini, 2006; F. ANILE, *Danno ambientale le nuove norme*, Milano, 2007; U. SALANITRO, *Il risarcimento del danno all’ambiente: un confronto tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008, 6, 39; sui profili civilistici del d.lgs. n. 152 del 2006, v.: L. COSTATO-F. PELLIZZER, *Commentario breve al codice dell’ambiente*, Padova, 2007; A. GERMANÒ-E. ROOK

anche se il pregiudizio non è puntualmente quantificabile" (c.d. liquidazione equitativa), ad esempio, è stato realizzato dall'art. 8 della l. 8 luglio 1986, n. 349, poi modificata dagli artt. 299 ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, secondo cui chi danneggia l'ambiente è tenuto al risarcimento nei confronti dello Stato e dall'art. 5-bis del d.l. 25 settembre 2009 n. 135, inserito in sede di conversione, diretto a ristrutturare il calcolo della quantificazione del danno ex Parte VI del d.lgs 152/2006.

3.2.2. Esiste inoltre un corposo profilo pubblicistico (*diritto amministrativo + diritto penale*) assai rilevante. Al suo interno la disciplina amministrativa regna sovrana; ebbene, sin dai primi anni Sessanta la regola è rimasta sempre il *command*⁶⁴⁷ – principalmente divieti e obblighi – *and control*, ovvero progetti, valutazioni tecniche, stime di conformità, *etc.* unite al divieto di svolgere attività pericolose; mai, invece, l'utilizzo di tecniche flessibili e più moderne⁶⁴⁸.

Il controllo ambientale concerne due *macro*-sistemi: uno sicuramente più amministrativo (ascrivibile alle potestà di amministrazione attiva tipiche di ciascuna amministrazione e in particolare a quelle in funzione istruttoria) e uno di *vigilanza tecnica*, ovvero ispezioni (rilevazioni, sopralluoghi, prelievi, analisi di campioni, verificazioni di stati di fatto,

BASILE-F. BRUNO-M. BENOZZO, *Commento al codice dell'ambiente*, Torino, 2008; – S. NESPOR-A.L. De Cesaris (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009.

⁶⁴⁷ GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1263 ss.. Si vedano inoltre G. D'AURIA, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2003, II, 1343 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; G. BERTI-N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, agg. III, Milano, 1999, 457 ss.; F. GARRI, *I controlli amministrativi nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998; U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993. 187; ma soprattutto A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza* in *Riv. giur. amb.*, 2007, 6, 945 ss.

⁶⁴⁸ Dagli inizi degli anni Ottanta in poi questa esigenza consentì ad alcuni autori di approfondire il tema e di presentare scritti diretti all'abbandono della rigidità amministrativa del *command and control*. Molto interessante, tra gli altri, la proposta qui non sintetizzabile per ragioni di spazio, presente in: NESPOR, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. comp. europ.* 2003, p. 969 ss.

ispezioni) affidate ad esperti-pratici del settore e verifiche periodiche (la vigilanza). Con esse si controlla periodicamente il rispetto di *standard*, *clausole*, *soglie* e *ordini* di varia natura.

Il quadro è completato da un sistema sanzionatorio specifico con funzione prevalentemente ripristinatoria dell'integrità ambientale.

Vi è da dire, anche se non è questa la sede per approfondire il punto, che le tecniche pubblicistiche, strutturate sull'ordine e il controllo (e divieti inerenti attività pericolose), si sono parzialmente rinnovate mediante l'introduzione di *procedimenti di pianificazione ambientale* e con le *tecniche di valutazione strategica e d'impatto ambientale* dei piani d'intervento territoriale.

Dunque il metodo pubblicistico è fondato anche su questo metodo preventivo (*specifico/collettivo, generale/di mercato e misto*)⁶⁴⁹ e trova la sua applicazione pratica attraverso attività quali la *programmazione* e la *pianificazione*.

Infine, esiste un ampliamento della tutela amministrativa mediante strumenti civilistici (*stakeholders*⁶⁵⁰, *transazione*, *Codice dei contratti pubblici*, *etc.*) capaci, insieme, di coadiuvare e garantire la stessa.

3.2.3. *L'amministrazione pubblica*, almeno sotto un profilo teorico, può molto. Vi è però da dire che il sistema delineato, soprattutto quello fondato sull'*ordine*, risulta agli occhi dei più⁶⁵¹ assai farraginoso, poco efficace e sotto più profili addirittura controproducente (economico, ecologico, *etc.*).

Il primo punto, sostengono alcuni critici, concerne i fondi: manca il denaro necessario per organizzare e concretizzare controlli preventivi, successivi, periodici, *etc.* Parimenti, l'imposizione di *standard* fissi e poco democratici,

⁶⁴⁹ La suddivisione tricotomica è presente, tra gli altri, in: M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 327 ss.; G. CALBRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in G. ALPA-F. PULITINI-S. RODOTÀ-F. ROMANI, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, p. 497 ss.; ID., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, p. 15 ss.

⁶⁵⁰ Cfr. S. CASABONA, *L'accordo in materia di ambiente*, Padova, 2008.

⁶⁵¹ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit, *passim*.

ha fallito come metodo: il criterio standardizzato non consente flessibilità creando situazioni di evidente disuguaglianza ed esalta la burocratizzazione delle procedure⁶⁵².

3.2.4. Il punto è che nemmeno quella penale può tutto; anzi, potrebbe pochissimo in realtà. Oltre ai numerosi *limiti tecnici* che i pratici del diritto sperimentano ogni giorno nei tribunali (ne parleremo oltre), la protezione penalistica implica spesso la *violazione strategica* di numerosi principi fondamentali che, insieme, formano il volto costituzionale dell'illecito e la violazione – di per sé più profonda – della base di intervento: il bene giuridico.

A quanto detto, e si conclude, occorre aggiungere alcune problematiche più concrete, quelle, ad esempio, relative alla tempistica del processo penale e, quindi, all'intervento della *prescrizione* del reato. Un sistema giudiziario efficace dovrebbe, almeno in linea teorica, vantare una tempistica media del procedimento inferiore a quella necessaria per raggiungere la prescrizione minima prevista in astratto. In Italia, invece, la durata media del procedimento penale è ben più di cinque anni⁶⁵³, mentre la prescrizione “minima” del reato – quella concernente le *contravvenzioni*, ovvero la maggior parte delle disposizioni penalistico-ambientali – è, *ex art. 157 c.p.*, quattro. *Ça va sans dire*.

3.3. *Le c.d. condotte propedeutiche all'offesa* – I legislatori interni (*governo e Parlamento*) costruiscono spesso l'incriminazione ambientale sul modello dell'inadempimento di obblighi di comunicazione alla pubblica amministrazione. D'altro canto, è noto come l'ambiente sia la tematica più ricca di fattispecie penali poste a tutela di funzioni (di controllo)

⁶⁵² PERRONE-CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in *Trattato di diritto tributario*, Amatucci (a cura di), Padova, 2001, *passim* (spec. p. 158 ss.).

⁶⁵³ Cfr.: VIGANÒ, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2014: la relazione del Primo Presidente della Cassazione Santacroce*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 gennaio 2014.

assolutamente non strumentali alla protezione dell'ambiente, il bene giuridico reale⁶⁵⁴, comunque si intenda definirlo.

Esiste poi un altro mezzo assai utilizzato dal legislatore penale in tema di illeciti ambientali: la contravvenzione capace d'incriminare condotte solo propedeutiche all'offesa (*iniziare a installare, realizzare un sito di discarica, etc.*) o meri tentativi contravvenzionali di fatti dal disvalore ben più pregnante (*esercizio non autorizzato, gestione di discarica abusiva, etc.*), che, non contenendo in sé il pericolo, arretrano oltre in campi caratterizzati dalla più assoluta neutralità dell'offesa⁶⁵⁵.

Anche in questo campo, per evidenti ragioni di coerenza, non possiamo che evidenziare l'illegittimità costituzionale della punizione di condotte prodromiche all'offesa per contrasto con l'offensività come principio. In questo ambito un loro (*ri*)allineamento sanzionatorio, orientato al principio di ragionevolezza-proporzionalità, non migliorerebbe la situazione d'illegittimità costituzionale⁶⁵⁶: qui, come altrove, il problema è a monte, è qualitativo, non quantitativo. Come abbiamo più volte sottolineato, non basta moderare la pena per recuperare la dignità penale di *condotte a offesa-zero*.

3.4. Ulteriori brevi considerazioni sul dilemma della precauzione – Il problema (v. cap. I, § 7.6.) della protezione penale di condotte tenute in stato di buio scientifico coinvolge anche, e forse soprattutto, la materia ambientale: esempi possono essere la disciplina degli organismi geneticamente modificati (d.lgs. n. 224/2003), dei *micro*-organismi geneticamente modificati (d.lgs., 206/2001), dell'elettro-smog (l. n. 36/2011), della gestione dei rifiuti (art. 178, d.lgs n. 152 del 2006), *etc.*

⁶⁵⁴ Cfr., ancora: CATENACCI, *La tutela*, cit., p. 137.

⁶⁵⁵ Sul tema, per approfondimenti, v.: CATENACCI, *La tutela*, cit., p. 158; BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., p. 137; RUGA RIVA, *Diritto penale*, cit., p. 47 ss.

⁶⁵⁶ In senso diverso, anche se per raggiungere scopi simili attenti ai principi, v.: RUGA RIVA, *Diritto penale*, cit., p. 48.

In queste e altre normative ambientali il principio di precauzione orienta la gestione del rischio in condizioni di assenza scientifica o, a volte, d'incertezza scientifica⁶⁵⁷ con l'ausilio di procedure autorizzazioni, limiti-soglia cautelativi e prescrizioni varie⁶⁵⁸ irrispettosi dei principi.

Anche in questa sede – ma per ogni altro approfondimento rimandiamo il lettore al cap. I, § 7.6. – è opportuno specificare come i principi di fonte comunitaria non impongano al legislatore interno la costruzione di fattispecie penali informate (anche) alla precauzione come la intendiamo noi – il che rimane per noi atteggiamento costituzionalmente illegittimo per contrasto col principio di offensività –, né orientano in tal senso l'ermeneutica giudiziaria interna: ciò che conta davvero, almeno dal nostro punto di vista, è l'esistenza dell'offesa.

3.5. Verso la parte speciale: un'altra legge dalla doppia anima (n. 68 del 2015). Meriti e criticità – Dopo decenni di continue richieste inascoltate si è aggiunta nel panorama giuridico italiano la legge 22 maggio 2015, n. 68, la quale ha inserito (anche⁶⁵⁹) nel Libro secondo del Codice penale – dopo le norme a tutela della pubblica incolumità – i delitti contro l'ambiente. L'intervento si presenta assai più interessante per innovazioni – ipotesi di degradamento dell'illecito penale, predisposizione di strumenti politico-criminali efficienti, *etc.* – che potremmo definire “secondarie” rispetto alle nuove figure delittuose. Si tratta infatti, è bene specificarlo sin da subito, di un intervento dalla doppia anima: la prima *macro*-area segue la linea

⁶⁵⁷ Cfr.: CASTRONUOVO, *Il principio*, cit., p. 2.

⁶⁵⁸ In questo senso, tra gli altri, v.: RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2013, p. 37. A supporto di questa tesi, v. Cass. pen., 6 giugno 2007, Ghisolfi, in tema di formaldeide qualificato come probabile cancerogeno. Sentenza ripresa dall'autore a p. 37 (nota 73).

⁶⁵⁹ La normativa ha inserito anche una disciplina inerente l'estinzione degli illeciti amministrativi e penali in materia ambientale (Parte sesta-*bis* d.lgs 152/06 concernente la “Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale”), oltre che alcune modifiche alla legge 7 febbraio del 1992, n. 150 protese all'inasprimento sanzionatorio, sia amministrativo che penale, già previsto in precedenza. Tratteremo tutti questi argomenti oltre.

dell'inasprimento sanzionatorio (eco-reati, confisca, estensione del termine prescrizionale, *etc.*), mentre la seconda si concentra sulla predisposizione di meccanismi diretti alla non punibilità di numerose contravvenzioni ambientali.

3.5.1. L'inquinamento e il disastro ambientale tipico – Seguendo un ordine logico occorre però trattare subito del nucleo centrale dell'intero sistema: *l'inquinamento ambientale* (art. 452-bis c.p.) e il *disastro ambientale tipico* (art. 452-quater c.p.).

Ci riferiamo, rispettivamente, alle condotte di chi *abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna* o di chi, fuori dai casi previsti dall'art. 434 c.p., provoca "abusivamente": (a) un'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema⁶⁶⁰, (b) una sua alterazione la cui riparazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, (c) un'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte al pericolo.

In primissimo luogo pare opportuno sottolineare come le importanti sanzioni (pene) previste dalle due norme, oltre a rispondere ad esigenze di prevenzione generale, consentono l'attivazione di tutti i mezzi di ricerca della prova (es: intercettazioni).

Ora inutile dire che l'inserimento della già nota⁶⁶¹ clausola d'illiceità speciale "*abusivamente*" – presente in entrambe le fattispecie e nell'art. 452-quater e -sexsies c.p. –, a meno che il legislatore non abbia inteso decorare senza senso le disposizioni, ricopra un ruolo specifico, una funzione-filtro nell'ambito del *rischio consentito*. La clausola, peraltro conforme all'art. 3

⁶⁶⁰ La giurisprudenza è concorde nel ricondurre il termine "ecosistema" all' "*ambiente biologico naturale, comprensivo di tutta la vita vegetale ed animale ed anche degli equilibri tipici di un habitat vivente*" [cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 3147 del 6 aprile 1993].

⁶⁶¹ Il termine "abusivamente" è presente anche all'art. 260 d.lgs 152/2006.

della direttiva 2008/99/CE, la quale richiede l'illiceità delle condotte, non si presenta come *generica* o troppo *indeterminata*, ma concernente un livello di rischio rilevante, quello attivato in violazione delle norme di legge (statale o regionale, in materia di ambiente, di igiene, di sicurezza sul lavoro, *etc.*) o delle prescrizioni amministrative presenti nei titoli abilitativi.

Di diverso avviso, a differenza di parte della dottrina, la giurisprudenza principale: i giudicanti inglobano nel suo significato anche ulteriori casistiche, quasi tutto in buona sostanza⁶⁶².

La nostra opinione, tuttavia, si accosta a quella presente in dottrina; del resto, se le autorizzazioni o le prescrizioni dovessero generarsi da condotte penalmente rilevanti il giudice potrebbe agire di conseguenza⁶⁶³, così come in presenza di valori soglia insufficienti per la tutela dell'ambiente o della salute, sempre che ne ricorrano tutti i presupposti, potrebbe procedere per abuso d'ufficio, corruzione⁶⁶⁴, *etc.*

La prima condotta "abusiva" (*ex art. 452-bis c.p.*) si colora di alcuni concetti assai generici quali quelli inerenti compromissioni o deterioramenti *significativi* e *misurabili* dei singoli beni ambientali coinvolti. Che il legislatore abbia inteso sottolineare la presenza di un'offesa, di una situazione di pericolo o di danno, rilevante e

⁶⁶² La giurisprudenza di legittimità, escludendo *tout court* qualsivoglia sospetto d'illegittimità costituzionale del termine, ha specificato che con "abusivamente" debba intendersi una condotta svolta clandestinamente, quindi nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni o, comunque, quando queste ultime risultano scadute, illegittime, apparentemente illegittime, *etc.* [cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 21030 del 21 maggio 2015; ma anche n. 18669 del 6 maggio 2015; n. 19018 del 2 maggio 2013; n. 46189 del 13 dicembre 2011; n. 40 845 del 19 novembre 2010; n. 358 dell'8 gennaio 2008, in *Dir. e giust. agr. Amb.*, 7-8, 2008, p. 441 ss. con nota di LO MONTE, *La locuzione "ingenti quantitativi (art. 53 d.lgs 22/97 ora art. 260 d.lgs 152/06) al vaglio della giurisprudenza: dall'indeterminatezza normativa alle tautologie interpretative*; n. 4503 del 3 febbraio 2006]. In dottrina, per la nostra lettura, v.: RUGA RIVA, *I nuovi ecreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, p. 6 ss.; contrario, v.: SANTOLOCI, *In Italia ci si ammala e si muore di "parametri". Disastri ambientali a norma di legge (da evitare con la nuova legge sui diritto ambientali)*, in *www.dirittoambiente.net*.

⁶⁶³ Cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 13676, del 15 dicembre 2006.

⁶⁶⁴ Sul punto, v.: RUGA RIVA, *I nuovi ecreati*, cit., p. 10.

apprezzabile oggettivamente nel *quantum* a prescindere da valori-limite specifici è per alcuni molto chiaro. Diversamente, tale atteggiamento risulta a nostro avviso criticabile: *i limiti-soglia di settore sono misurabili ma, essendo strutturati sul pericolo presunto, se non sul modello della mera inosservanza, quindi su limiti inferiori a quelli minimamente dannosi o pericolosi*⁶⁶⁵, non riflettono automaticamente un'offesa effettiva rilevante per l'ambiente.

Orbene, ci pare che il vaglio sulla significatività e sulla misurabilità della compromissione o del deterioramento debba concernere la *qualità* piuttosto che la *quantità*: come spesso accade nel diritto penale, se non si possiedono i *numeri* ci si deve concentrare sugli *indici*. Alcuni di questi, ad esempio, potrebbero essere rinvenuti⁶⁶⁶: a) *sulla frequenza e sull'ampiezza degli sforamenti dei valori-soglia o sulla frequenza e sulla gravità delle violazioni delle prescrizioni*; b) *sulla gravità e sulla persistenza nel tempo degli effetti prodotti dalla contaminazione sulle matrici ambientali o su flora e fauna, anche in ragione della relativa estensione quantitativa o delle caratteristiche qualitative delle sostanze inquinanti*; c) *sui costi di recupero e ripristino (o di eventuale bonifica) non particolarmente onerosi e sul grado di difficoltà tecnica e durata delle relative operazioni di reintegrazione del danno*.

L'ultimo comma dell'art. 452-bis c.p. contempla un'ipotesi aggravante per coprire la casistica riguardante inquinamenti ambientali ai danni di un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico, archeologico, ovvero in danno di specie di animali o vegetali protette.

L'inquinamento ambientale, ad ogni modo, si trova oggi protetto da due fattispecie in rapporto di specialità⁶⁶⁷ – un delitto (art. 452-bis c.p.) e una contravvenzione (art. 733-bis c.p.) – oltre che da contravvenzioni di settore (artt. 137, 256 e 279 T.U.A.) strutturate sul pericolo astratto, sicuramente in

⁶⁶⁵ Si aggiungono poi le riflessioni di F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, Milano, 2012, p. 296; RUGA RIVA, *Il caso Ilva: profili penali-ambientali*, in www.lexambiente.it.

⁶⁶⁶ Cfr.: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 11.

⁶⁶⁷ Cfr.: RAMACCI, *Diritto penale*, cit., p. 382.

progressione criminosa (pericolo astratto-condotta/danno-evento di pericolo concreto o di danno) con il delitto in parola⁶⁶⁸.

Da ultimo, l'art. 452-ter c.p., che individua uno strano⁶⁶⁹ delitto complesso (*inquinamento + omicidio o lesioni*) aggravato dall'evento⁶⁷⁰, concerne morti o lesioni inquinamento-correlate con malattia superiore ai venti giorni, cagionate almeno per colpa (art. 27, commi 1 e 3 Cost.).

Se la condotta d'inquinamento dovesse essere causa delle morti o delle lesioni, allora si dovrebbe riflettere puntualmente sulla *concreta* – dunque non fondata sulla mera violazione di regole di precauzione specifica, quali i limiti-soglia – prevedibilità ed evitabilità di queste ultime da parte del soggetto attivo del reato.

Quanto alla responsabilità per omissione *ex art. 452-bis c.p.*, nonostante la struttura naturalmente commissiva della norma (emissioni, scarichi, etc.), a carico d'imprenditori e/o funzionari pubblici ben potrebbe porsi il problema dell'omissione impropria *ex art. 40 cpv c.p.* Diverso, invece, il discorso in ordine all'art. 3-ter TUA quale fonte del medesimo obbligo: qui ci troviamo davanti a regole estremamente generali e generiche, non di comportamento. In questi casi le fonti principali dell'obbligo d'impedire l'evento saranno, in quanto specificazioni tecniche di norme di legge, le prescrizioni, i titoli abilitativi.

Il nuovo *disastro ambientale tipico*, in primo luogo, presenta una clausola di riserva espressa di sapore meramente pedagogico⁶⁷¹, ma capace di

⁶⁶⁸ Così: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 14.

⁶⁶⁹ I problemi sono più di uno: il primo concerne la predisposizione di un reato (452-ter c.p.) punito con meno rigore rispetto al concorso tra l'art. 452-bis c.p. e l'art. 589, comma 4, c.p. Il primo risulta punibile con anni 20, mentre nel secondo caso 21. Più diffusamente, v.: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 21. Il secondo, invece, concerne la predisposizione incostituzionale del medesimo massimo edittale sia in caso di più morti che in caso di più lesioni. Da ultimo, alcuni problemi, qui non affrontabili, sussistono con riferimento ai rapporti tra il 452-ter c.p. e il disastro ambientale (452-quater c.p.). Cfr.: *Ibidem*, p. 22.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 15 (spec. p. 19 ss.).

⁶⁷¹ Cfr.: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 27. La clausola di riserva in parola, chiaramente prevista per evitare possibili fraintendimenti in ordine ai procedimenti penali in corso *ex art. 434 c.p.*, crea problemi piuttosto rilevanti la cui soluzione necessita di interpretazioni ragionevoli.

orientare l'interprete su un'ovvietà: il *disastro ambientale atipico* – ricondotto (inopportunamente⁶⁷²) all'art. 434 c.p. –, *rimane in vita*.

Le numerose applicazioni dell'art. 434 c.p. sono ormai richiamate dalla maggior parte degli studiosi della causalità, dell'offensività, dell'ambiente in generale, *etc.*

Tra i processi più rilevanti è qui opportuno richiamare Eternit, Porto Marghera e Ilva.

In ordine cronologico, sul caso del Petrolchimico di Porto Marghera – in tema di esposizione continua di lavoratori a sostanze poi rivelatesi tossiche come Cvm e, di conseguenza, Pvc, correlate all'insorgenza di varie malattie, tra cui il letale angiosarcoma epatico – il “castello accusatorio” concerneva contravvenzioni ambientali, avvelenamento e adulterazione, episodi di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, omicidio e lesioni colpose, che confluivano in un'articolata ipotesi di disastro innominato colposo (art.li 434, comma 2; 449 c.p.). Inutile ormai ricordare le problematiche tecnico-giuridiche legate ai temi della causalità e della colpa.

Poi – sempre in ordine cronologico – gli studiosi si sono dovuti confrontare con le vicende processuali amianto-correlate, tra tutte il caso Eternit: dall'omicidio e dalle lesioni colpose all'innovativa, ma assai poco fortunata, imputazione concentrata

⁶⁷² La storia concernente il rapporto fra l'art. 434 c.p. e il disastro ambientale è assai complessa. In estrema sintesi, i reati di disastro in generale – quelli in cui la vittima, come noto, non è individuata se non come entità diffusa – presentano la struttura dell'attentato, comunque da declinare secondo il principio di offensività con l'inserimento dell'*idoneità* come requisito strutturale o come premessa essenziale degli “atti diretti a” (v. nota 277), concentrata su di un carattere *violento* che nei disastri ambientali non è dato scorgere. Si è fatto a lungo analogia in *malam partem*; prova ne è che il legislatore è dovuto ad un certo punto intervenire, con l'art. 452-*quater* c.p., per tipizzare questa tipologia di disastro prima assente. Nello specifico, poi, il 434 c.p. presenta le caratteristiche tipiche di una disposizione in pieno contrasto con la determinatezza-tassatività: sia perché utilizzabile per la repressione di fatti estremamente eterogenei (pericolo di disastro automobilistico, pericolo di una colata di lava vulcanica, *etc.*), sia perché infarcita di clausole così generali da compromettere addirittura l'orientamento dell'interprete nello stabilirne il momento consumativo [v.: Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, sul “caso Eternit”, ma anche Cass. Pen., 28 maggio 2014, n. 32170 con nota di ZIRULIA, *L'amianto continua a uccidere, ma il disastro è già prescritto. Un altro caso “tipo Eternit”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 dicembre 2014]. La certezza in punto di consumazione – come è stato di recente sottolineato da Massimo Donini durante il convegno modenese “Disastri e diritto penale” tenutosi il 23 ottobre 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza – dipende strettamente dalla tassatività del tipo. Per maggiori approfondimenti, v.: GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Grosso-Padovani-Pagliaro (diretto da), Milano, 2008, v. IX, t. 1, p. 1 ss.; BENINI-DEL RE, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, v. IX, libro II, Milano 2010, p. 267 (spec. p. 431 ss.).

sull'omissione di cautele dirette a evitare infortuni o disastri sul lavoro e il c.d. disastro innominato (ambientale-sanitario).

Da ultimo, il caso Ilva di Taranto e alla sue modalità, oltre che al "tipo" di produzione⁶⁷³: qualcosa di chiaramente affine alle logiche di massimizzazione dei profitti, ma gravemente incompatibile con l'ambiente, con la vita dei lavoratori e con quella dei cittadini. L'indagine che ha portato all'instaurazione del procedimento dimostra – almeno sotto un profilo astratto ancora tutto da dimostrare – le logiche di un macro-sistema che ha consentito all'impresa di inquinare per decenni senza ricevere alcun fastidio. Parliamo di trentacinque capi d'imputazione contestati a cinquanta persone fisiche, tre capi di illeciti amministrativi da reato contestati a tre persone giuridiche, numerose misure cautelari applicate ad Ilva e ad altre controllate, un sequestro finalizzato alla confisca di otto miliardi e centomila milioni di euro; un processo che vede come indagati anche esponenti politici di rilievo (il sindaco di Taranto, il presidente e l'assessore all'Ecologia della provincia di Taranto, presidente e qualche assessore della regione Puglia, dirigenti e funzionari dell'Arpa Puglia e della commissione Ipcc-Aia. Senza contare altri indagati, quali avvocati, consulenti, ispettori di Polizia, luogotenenti dei Carabinieri, e così oltre.

Tra le varie imputazioni, è dato scorgere per diciassette dirigenti di Ilva il disastro ambientale doloso e aggravato (art. 434, comma 2, c.p.) e l'omissione dolosa di cautele, oltre all'avvelenamento di acque e di sostanze alimentari.

Gran parte del processo si giocherà sulla natura dei valori-soglia, in quanto spesso – ma non sempre – Ilva li ha rispettati cagionando comunque un disastro, *etc.*

Ferme tutte le critiche alle modalità con cui questi valori-soglia vengono strutturati, solo l'accoglimento dello stesso quale *soglia di rischio (sicuramente) consentito* potrebbe portare ad esiti parzialmente assolutori.

In effetti le due fattispecie, il disastro *tipico* e il disastro *atipico*, non coincidono affatto. La seconda (art. 434, comma 2, c.p.) esige due eventi: uno naturalistico di danno – *accadimento [...] atto a produrre effetti dannosi gravi [...] per l'ambiente* – e uno giuridico di pericolo astratto – *idoneo a causare un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone* – che l'art. 452-*quater* c.p. non pare avere.

⁶⁷³ In questo senso, RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in AA.VV. *Casi di diritto penale dell'economia. Vol. II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, L. Foffani-D. Castronuovo (a cura di), Bologna, 2015, p. 149 ss. (spec. p. 150).

La nuova fattispecie prevede una definizione ben più dettagliata di evento disastroso per l'ambiente ma, contestualmente, sembra porlo *in alternativa* all'offesa alla pubblica incolumità.

Le modalità con le quali il legislatore ha deciso di costruire la fattispecie rimangono assai criticabili. Del resto, la presenza di numerosissimi avverbi e di tanti aggettivi sottolinea, già in astratto, una scarsa pregnanza dei sostantivi. La disposizione è scritta male, non vi è dubbio.

I due fatti ipotizzati sono dissimili: è possibile sostenere che laddove il disastro non presenterà i requisiti specializzanti della nuova normativa (contaminazione non irreversibile, alterazioni eliminabili con provvedimenti non eccezionali, *etc.*) potrà essere utilizzato dalla giurisprudenza – anche se noi, come abbiamo già precisato, non condividiamo tale approccio – il “vecchio” art. 434 c.p.

La tipicità chiaramente dolosa delle due fattispecie di danno in analisi (452-*bis* e -*quater* c.p.) è poi estesa dall'art. 452-*quinques*, comma 1, c.p. anche a quella colposa punita con una sanzione diminuita da uno a due terzi.

Al secondo comma del medesimo articolo si riconosce una diminuzione di pena di un terzo per le condotte (inquinamento o disastro) colpose che innescano *ex novo*⁶⁷⁴ un mero pericolo per l'ambiente.

Siamo davanti a due fattispecie autonome⁶⁷⁵ costruite sul pericolo concreto, alternative a quelle dolose di danno appena analizzate. D'altra parte, a voler ragionare diversamente si genererebbe una conseguenza inaccettabile: basterebbe la presenza di una circostanza aggravante ritenuta equivalente per punire un disastro (o un inquinamento) colposo con le pene previste per quello doloso.

3.5.2. Altre norme codicistiche – Spostando l'attenzione sulle altre norme previste dalla legge e introdotte all'interno del Codice del '30, troviamo il delitto comune di *Traffico ed abbandono di materiale ad alta*

⁶⁷⁴ L'ipotesi di persistenza di un pericolo già sorto per altre cause comunque indipendenti dalla condotta del soggetto attivo, a differenza di quanto previsto dall'art. 450 c.p., non è presa in considerazione.

⁶⁷⁵ Per ulteriori approfondimenti sul punto, v.: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 37 ss.

radioattività (art. 452-*sexies* c.p.), quello di *impedimento del controllo* (art. 452-*septies* c.p.), alcune aggravanti (art.li 452-*octies* e -*novies*), il c.d. *pentimento operoso* (art. 452-*decies* c.p.), *la confisca* (art. 452-*undecies* c.p.) e *il ripristino dello stato dei luoghi* (art. 452-*duodices* c.p.).

Innanzitutto, oltre alla sostanziale abrogazione dell'identico art. 3, l. n. 704/1982 in tema di materiale ad alta radioattività e alla causazione del pericolo di morte o di lesioni gravi o gravissime, è opportuno segnalare l'eccessiva fumosità proprio delle nozioni di "*alta radioattività*" e di "*materiale radioattivo*", presenti nell'art. 452-*sexies* c.p.

L'unica definizione normativa capace di fornire all'interprete strumenti solidi è quella che lo sovrappone alla diversa idea di "*sorgente ad alta attività*" ex art. 2 d.lgs 52/2007⁶⁷⁶, ovvero quella contenente un radionuclide – si tratta di un nuclide instabile che decade emettendo energia sotto forma di radiazioni – la cui attività è uguale o superiore a quella indicata nella lista dell'allegato 1 del medesimo decreto.

La dottrina più attenta⁶⁷⁷ ha però evidenziato, forse a ragione, anche una seconda fonte utile per l'interpretazione di questo primo segmento normativo: la Guida tecnica n. 26 dell'Enea-Disp (ora APAT-Dipartimento Nucleare) del 1987 rubricata "*Gestione dei rifiuti radioattivi*": in essa è dato scorgere una definizione che considera materiale *ad alta radioattività* quello che richiede migliaia di anni per raggiungere concentrazioni di alcune centinaia di Bq/g.

Quanto al concetto di "*materiale radioattivo*" la normativa di settore offre definizioni eterogenee e, comunque, non esportabili *tout court*. Anche in questo caso pare che l'interprete non potrà che riferirsi alla definizione a dizionario di radioattività: *presenza di alcuni nuclei atomici instabili (radioisotopi o radionuclidi) capaci di emettere radiazioni elettromagnetiche in*

⁶⁷⁶ Così, per primo: RAMACCI, *Diritto penale*, cit., p. 390.

⁶⁷⁷ Vedi: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit. p. 40.

*forma di raggi alfa, beta e gamma, e di penetrare corpi opachi e che, se assorbiti, possono causare danni irreparabili ad organismi viventi e all'ambiente*⁶⁷⁸.

Oltre a una clausola di riserva che richiama reati più gravi (es: art. 260 TUA), le condotte tipiche sanzionate con la pena congiunta della reclusione e della multa, sono: *cedere, acquistare, ricevere, trasportare, importare, esportare, procurare ad altri, detenere, trasferire, abbandonare o disfarsi abusivamente e illegittimamente di materiale ad alta radioattività*. Pene, queste, aumentate in progressione nel caso in cui si determini: a) pericolo di compromissione o deterioramento (anche non significative e misurabili) delle acque o dell'aria o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo ovvero di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria della flora o della fauna (comma 2, *circostanza aggravate ad effetto comune*); b) pericolo per la vita o per l'incolumità delle persone (comma 3, *aggravante ad effetto speciale*).

L'attività di vigilanza e di controllo ambientali e di sicurezza e igiene del lavoro è tutelata, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, dall'art. 452-septies c.p. Il delitto di pericolo⁶⁷⁹ in parola punisce, *sempre che il fatto non costituisca più grave reato* (resistenza a pubblico ufficiale, lesioni, etc.), *chiunque nega l'accesso, predispone, ostacola o muta artificialmente lo stato dei luoghi, impedisce o intralcia o elude o, in alternativa, compromette gli esiti delle attività di vigilanza e controllo*.

È chiaro che l'utilizzo di una lista così importante di condotte rilevanti, unito ad un riferimento (attività di vigilanza e di controllo ambientali e di sicurezza e igiene del lavoro) così generico, determinano un'applicabilità a tappeto dell'ultimo evento di compromissione dolosa con riferimento ad ogni attività di verifica esistente nella disciplina *lato sensu* intesa (d.lgs 152/2006, art. 13 della l. 689/81, art.li 55 e 354 c.p.p., etc.).

La legge in analisi presenta poi alcune aggravanti.

⁶⁷⁸ Questa, ad esempio, la definizione presente nel dizionario di Repubblica [Cfr. www.dizionari.repubblica.it/italiano/R/radioattività.php].

⁶⁷⁹ Si tratta di un delitto posto in tutela dell'insorgenza del pericolo per il bene tutelato: *il buon andamento della pubblica amministrazione nelle attività di acquisizione della prova*.

La prima (art. 452-*octies* c.p.) costituisce l'*aggravante ambientale riferita alle fattispecie associative*. Essa concerne infatti l'associazione per delinquere se il sodalizio criminale è diretto a commettere i delitti contro l'ambiente (comma 1) e l'associazione di tipo mafioso se l'attività è diretta a commettere delitti contro l'ambiente o il suo scopo è l'acquisizione della gestione o, comunque, del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale (comma 2).

La scelta rimane forse opinabile sotto un punto di vista politico-criminale⁶⁸⁰, ma da accogliere con entusiasmo; ciò, a tacer d'altro, in quanto capace di fornire una forte risposta al delicato tema delle *ecomafie*, uno degli interessi settoriali della criminalità organizzata⁶⁸¹.

La seconda (art. 542-*novies* c.p.), un'*aggravante ambientale* generica o al di fuori del contesto associativo, prevede un aumento della sanzione da un terzo alla metà e la procedibilità d'ufficio del *reato*, delitto o contravvenzione, al quale accede, ogni qual volta quest'ultimo è commesso allo scopo di eseguire uno o più tra i delitti contro l'ambiente contemplati dal Codice penale, dal d.lgs 152/2006 o da altra disposizione di legge in materia, nonché quando dalla commissione del fatto deriva la violazione di una o più norme presenti nel d.lgs 152/06 o da altra legge che tutela l'ambiente.

Come avviene per i delitti più gravi, è dato scorgere delle situazioni che provocano una diminuzione sensibile – dalla metà ai due terzi – della risposta sanzionatoria per i delitti ambientali, per l'associazione a delinquere (*ex art.li 416 + 452-*octies* c.p.*) e per il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lgs 152/06), riservata a coloro che, prima dell'apertura del dibattimento, si adoperano per evitare

⁶⁸⁰ Parte della dottrina si è chiesta in che modo l'associazione (art. 416 c.p.) possa essere considerata aggravata se finalizzata a inquinare o impedire controlli ambientali e non se diretta a uccidere o commettere bancarotta fraudolenta, *etc.* [cfr.: RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 50].

⁶⁸¹ Sul tema, ampiamente: RAMACCI, *La repressione delle violazioni penali in materia ambientale: limiti attuali e prospettive future*, in *Amb. e svil.*, 9, 2007, p. 788 ss.

che l'attività illecita venga portata a conseguenze ulteriori o provvedono concretamente alla messa in sicurezza e alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi.

Per adempiere a tutte queste attività spesso tecnicamente complesse l'imputato, se esse sono già materialmente avviate e se è possibile dimostrarlo con certezza, può chiedere, sempre nei limiti dell'apertura del dibattimento di primo grado, la sospensione del procedimento penale. La previsione appena menzionata, potendo provocare il congelamento del processo per diversi anni e quindi aggravare le difficoltà classiche di ogni istruzione dibattimentale, appare assai delicata.

Per chi – attecnicamente: “pentito” – aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti, la pena è diminuita da un terzo alla metà.

Diversamente, le cose che servono a commettere alcuni *delitti dolosi* specifici (inquinamento ambientale, disastro ambientale, traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, impedimento del controllo e per le associazioni criminali *ex art.li 416, 416-bis c.p. + 452-octies c.p.*) o che costituiscono il prodotto, il profitto degli stessi, sempre che non appartengano a terzi estranei agli illeciti e che l'imputato non abbia concretizzato il *pentimento operoso* già analizzato (art. 452-*undecies* c.p.), sono, in seguito alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta, sottoposte alla misura di sicurezza patrimoniale della *confisca*, anche per equivalente⁶⁸².

⁶⁸² La misura irrevocabile della confisca per equivalente, almeno stando alla lettera della legge, comprende tutti i delitti previsti dal titolo in analisi (quindi anche quelli colposi), non solo quelli appena menzionati (dolosi). Con la conseguenza illogica che le condotte colpose risulterebbero passibili di confisca *solo per equivalente*. Con ogni probabilità ci troviamo di fronte ad un errore materiale intervenuto nella costruzione della fattispecie: a nostro parere, esso risiede nel comma secondo e, pertanto, la confisca (classica o per equivalente) deve rimanere applicabile solo con riferimento ai delitti sorretti dalla volontà: eventuale, parziale o piena che sia. Del resto, la *profonda differenza di disvalore* tra le condotte colpose e quelle dolose impone all'osservatore di arrivare a

Rimanendo solo per qualche istante sul medesimo tema, è opportuno notare come l'art. 1, comma 4, l. 68/2015 sia intervenuto modificando l'art. 12-*sexies*, comma 1, d.l. 306/1992 (conv. L. 7 agosto 1992 n. 356) inserendoci il disastro ambientale, l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti ambientali e il traffico di rifiuti (art. 260 d.lgs 152/06). Così facendo, in caso di condanna o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., sarà sempre disposta la confisca – ex art. 12-*sexies* – del denaro, dei beni o di altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o alla propria attività economica. Per questa tipologia di confisca, almeno stando alla giurisprudenza principale⁶⁸³, non è richiesto alcun nesso di pertinenzialità *cosa-reato*.

Il legislatore, probabilmente intendendola una circostanza aggravante, non ha previsto nella disposizione in parola l'art. 452-*ter* c.p. Tuttavia, come abbiamo già sottolineato, essa costituisce un delitto aggravato dall'evento, non un *quid pluris* con effetti sanzionatori.

Una previsione codicistica dalle spiccate finalità ripristinatorie appare quella ex art. 452-*duodecies* c.p.: il ripristino dello stato dei luoghi che il giudice ordina, in caso di condanna o di 444 c.p.p., e che concerne il *recupero*⁶⁸⁴ e, ove possibile, il *ripristino*⁶⁸⁵ dello stato dei luoghi.

conclusioni simili. Tale differenza qualitativa, in mancanza di indicazioni precise del legislatore, non può non riflettersi sulle scelte repressive che si prospettano all'interprete.

⁶⁸³ Per tutte, cfr.: Cass pen., SS. UU, sent. n. 920 del 12 gennaio 2004, Montella.

⁶⁸⁴ La terminologia utilizzata non brilla per chiarezza. Ad ogni modo, per "recupero" pare debba intendersi un *ripristino parziale*, più scarno e incompleto, ma comunque capace di eliminare il degrado che impedisce l'uso dei luoghi inquinati.

⁶⁸⁵ Per "ripristino" deve intendersi la riconduzione dei luoghi al loro stato originario, riportandoli allo stato *pre-delitto*. Chiaro è che tale ripristino totale può risultare tecnicamente assai complesso, ma in questo caso il condannato deve procedere ugualmente, o addirittura impensabile, ecco il perché della specificazione "...*ove possibile*".

Da ultimo, l'art. 452-terdecies c.p. contempla l'illecito di *omessa bonifica*. In realtà, si tratta di un'omissione contemplata sia sotto forma di *delitto* che di *contravvenzione* (art. 257 d.lgs 152/06, v. oltre § 3.6.1).

Mentre il testo unico (o Codice dell'ambiente), come vedremo, concentra la sua attenzione nell'attività di colui che, dopo aver inquinato, *non provvede alla bonifica in conformità del progetto approvato dall'autorità competente* nell'ambito del procedimento di cui agli art.li 242 ss., il Codice penale, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, sanziona la condotta di chi, essendovi obbligato, non provvede alla ripristina, alla bonifica o al recupero dello stato dei luoghi di cui si è detto.

Il delitto, pertanto, interviene ampliando la casistica e contemplando le ipotesi estranee al *progetto* di cui parla l'art. 257 d.lgs 152/06.

3.5.3. Le questioni "secondarie" della l. 68/2015 – Come dicevamo in apertura, la l. 68/15 è intervenuta anche su altre questioni (*non*) secondarie assai interessanti e, soprattutto, decisamente rilevanti.

In particolare, e prima di ogni altra cosa, i termini di prescrizione per tutti i nuovi delitti previsti nel titolo VI-bis del Codice penale risultano raddoppiati. La previsione in parola, date le caratteristiche tipiche dei reati contro l'ambiente (difficoltà tecnica di accertamento, *etc.*) e i tragici risultati prodotti dalla scelta dei giudici di legittimità nel processo Eternit, pare aver colto nel segno. Certo è che ben avrebbe fatto il legislatore a modificare anche i termini prescrizionali delle contravvenzioni in materia ambientale.

Inoltre, l'art. 1, comma 5, della l. 68/15 ha modificato l'art. 32-*quater* c.p. nel senso di prevedere la pena accessoria dell'*impossibilità*, in caso di condanna ai per i delitti di inquinamento, disastro, traffico ed abbandono di materiale ad alta radioattività, impedimento al controllo e attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, *di contrattare con la pubblica amministrazione* per un tempo uguale alla pena principale inflitta ai sensi dell'art. 37 c.p.

Risulta migliorato (*ex art. 1, comma 7, l. 68/15*) anche il coordinamento per la persecuzione concreta dei delitti ambientali. Si prevede, infatti, l'obbligo d'informativa per il pubblico ministero che procede per i delitti previsti

dagli art.li 452-*bis*, -*quater*, -*sexies*, -*octies*, c.p., al procuratore generale presso la Corte d'Appello di competenza, all'agenzia delle entrate e al procuratore nazionale antimafia.

Pur non potendola commentare in questa sede, degna di nota pare la modifica all'art. 25-*undecies* d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche. Con essa, in breve, sono stati inserite pene pecuniarie per i reati di cui agli art.li 452-*bis*, -*quater*, -*quinquies*, -*sexies*, -*octies* c.p. e, per quanto concerne l'inquinamento e il disastro, l'applicazione delle misure interdittive di cui all'art. 9 del d.lgs 231/2001.

3.5.4. Estinzione del reato contravvenzionale. Procedura – Da ultimo ma non per ultimo, occorre ripercorrere le grandi novità prodotte dall'art. 1, comma 9, l. 68/2015 in tema di estinzione dei reati contravvenzionali previsti nel T.U.A e inserite nella parte sesta-*bis* del d.lgs n. 152/2006 “*Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi (?)*⁶⁸⁶ e penali in materia di tutela ambientale”.

Le regole in commento compongono un modello complesso [artt. 318-*bis*, -*ter*, -*quater*, -*quinquies*, -*sexies*, -*septies*, -*octies*] finalizzato all'estinzione dell'illecito contravvenzionale già conosciuto in altri ambiti: si pensi, ad esempio, all'ambito della sicurezza sul lavoro [art. 20 ss. d.lgs. 758/1994].

In primo luogo, secondo alcuni, esistono due esclusioni dall'ambito di operatività della disciplina in commento: una che necessita di un vaglio concreto *case by case* e una astratta. Seguendo questa suddivisione concettuale sono espressamente escluse le contravvenzioni che creano un danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette (art. 318-*bis*) nonché quelle non inserite nel T.U.A: O.G.M., sostanze pericolose, *etc.*

Ciò significa che – eccezion fatta per gli illeciti contravvenzionali di danno, sicuramente esclusi *ab origine* – il mero utilizzo del pericolo astratto non basta per includere la norma di volta in volta considerata nel meccanismo estintivo in parola. Ben potrebbe darsi il caso di una contravvenzione

⁶⁸⁶ La disciplina in commento, pur menzionando gli illeciti amministrativi, si limita a predisporre istruzioni riferite ai *reati contravvenzionali*.

penale costruita sul superamento di limiti soglia che, in concreto, abbia prodotto, per la quantità di sostanza inquinante immessa, un pericolo concreto per il bene tutelato. Alle stesse conclusioni, inoltre, si arriva col procedimento logico opposto: una contravvenzione costruita sul pericolo concreto, se riflette una minaccia non attuale per il bene, rientra nella disciplina *de quo*.

Quanto alla seconda esclusione, la natura di norma eccezionale (art. 14 disp. prel. c.c.) delle cause estintive in parola impedisce il ragionamento analogico in *bonam partem* con riferimento a quelle fattispecie contravvenzionali che rinviano al T.U.A. per il solo aspetto sanzionatorio.

Una volta accertata la contravvenzione, l'organo competente la comunica al pubblico ministero ai sensi dell'art. 347 c.p.p.⁶⁸⁷ (il quale sospende il procedimento penale⁶⁸⁸) e impartisce al contravventore alcune prescrizioni, anche dirette a far cessare il pericolo astratto o la prosecuzione di attività astrattamente pericolose, asseverate tecnicamente da enti specializzati (indicativamente, le varie agenzie regionali per l'ambiente), da eseguire entro un periodo di tempo che tiene in considerazione le relative difficoltà tecniche. Copia delle prescrizioni stesse viene poi notificata o comunicata al rappresentante legale dell'ente nell'ambito del quale opera il contravventore stesso. Il termine per la regolarizzazione può, solo per cause non imputabili al contravventore, essere prolungato, su richiesta di quest'ultimo, per un periodo non superiore a sei mesi; tale proroga deve essere immediatamente comunicata al pubblico ministero. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine inserito nella prescrizione l'organo accertatore verifica il tutto e:

a) se la violazione è stata eliminata, secondo le modalità previste e nei termini corretti, ammette il contravventore al pagamento in sede amministrativa (entro trenta giorni) di una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita dalla contravvenzione violata. Entro centoventi giorni l'organo accertatore comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione e l'eventuale pagamento e quest'ultimo chiede l'archiviazione;

⁶⁸⁷ Ai sensi dell'art. 318-*quinquies*, se la notizia di reato viene reperita dal pubblico ministero stesso o da privati, *etc.*, la Procura della Repubblica deve comunicarla immediatamente all'organo di vigilanza o alla polizia giudiziaria affinché provvedano ad attivare la procedura.

⁶⁸⁸ La sospensione del procedimento non preclude, ai sensi dell'art. 318-*sexies*, comma 3, la richiesta di archiviazione, l'assunzione di prove con indicente probatorio o il sequestro preventivo.

b) se la violazione non è stata eliminata l'organo accertatore ne dà comunicazione al pubblico ministero e al contravventore entro novanta giorni dalla scadenza del termine.
c) se la violazione è stata eliminata in ritardo il procedimento penale riprende e si conclude, ma la somma da versare ai sensi dell'art. 162-*bis* c.p. è ridotta alla metà del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa. Tale specificazione, dato che l'articolo 162-*bis* c.p. risulta subordinato all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose in atto, appare superflua.

Esistono almeno due *macro*-casistiche da valutare: la prima concerne il caso in cui il contravventore abbia eliminato la violazione (o i suoi effetti) prima dell'intervento delle prescrizioni, la seconda, invece, tutti gli altri casi.

Ora, nella prima ipotesi l'organo competente – in alternativa, quello di vigilanza (Corpo Forestale dello Stato, NOE dei Carabinieri, agenzie dell'ambiente, *etc.*) o la polizia giudiziaria – può impartire prescrizioni “ora per allora” e/o verificare l'avvenuta eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose⁶⁸⁹ per poi ammettere il contravventore virtuoso al pagamento della somma a titolo di oblazione. Nel secondo caso, invece, la procedura rimane quella classica summenzionata.

Di particolare rilevanza risulta anche l'assenza di un primo limite temporale: in effetti, a differenza delle norme in materia giuslavoristica (art. 20 d.lgs. 19 dicembre 1994 n. 758), la disposizione in commento prevede solamente il limite di sei mesi della eventuale proroga.

Alla luce della normativa summenzionata, e concludiamo sul punto, ci pare possibile prevedere un'applicazione quantitativamente assai più rilevante di quest'ultima disciplina rispetto a quella della parte dedicata ai ben più complessi, soprattutto con riferimento profilo probatorio, *eco-delitti*.

3.5.5. L'ultima modifica apportata dalla legge in commento concerne il commercio di specie animali e vegetali in via di estinzione; ma di ciò non è possibile parlare in questa sede.

⁶⁸⁹ In questo senso, in tema di sicurezza sul lavoro, già: Corte cost., sent. n. 19 del 26 gennaio 1997.

3.6. Illeciti comuni nel Testo Unico Ambientale – Esistono fattispecie capaci di operare *a prescindere* dal *micro-settore* di riferimento: *l'omessa bonifica* (art. 257, comma 1, prima parte, TUA), *l'omessa comunicazione di evento potenzialmente contaminante*, (art. 257, comma 1, ult. parte, TUA) e *gli illeciti in tema di AIA*.

3.6.1. L'omessa bonifica è costruita sul modello dell'illecito contravvenzionale autonomo⁶⁹⁰ che, *ex art.* 257, comma 1, prima parte, lungo la (giusta) logica del "*se inquinari – aria a parte – bonifichi*", incrimina la condotta di chi cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo delle acque superficiali e delle acque sotterranee superando le c.d. Concentrazioni di Soglia del Rischio – questo l'evento⁶⁹¹ – senza provvedere alla bonifica (causa sopravvenuta di punibilità che non legittima misure di sicurezza⁶⁹²) in conformità con il progetto approvato dall'autorità competente nell'apposito procedimento amministrativo.

Se l'inquinamento concerne sostanze pericolose ai sensi dell'allegato D, parte quarta, del d.lgs. n. 152/2006 o ai sensi delle tabelle 5 e 3/A dell'allegato 5, parte terza, è previsto un aggravio di pena (arresto + ammenda).

Una *previsione ripristinatoria*, questa, tecnicamente complicata⁶⁹³ ma certamente positiva.

⁶⁹⁰ Così Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2007, in *Amb. & Svil.*, 2008, 2, p. 127 ss.; *contra* Cass. pen., sez. II, 13 aprile 2010 e la principale dottrina, v. per tutti, MICHELETTI, *sub art.* 257, in F. Giunta (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, II ed., Padova, 2007, p. 367 ss.

⁶⁹¹ Cfr.: DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, p. 282.

⁶⁹² In questo senso, con ampia motivazione, v.: RUGA RIVA, *L'omessa bonifica*, cit., p. 401 ss.; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 188; G. Grasso, in M.ROMANO-G. GRASSO- T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, v. III, II ed., Milano, 2011, p. 623 ss.

⁶⁹³ Come funziona [art. 242 ss., d.lgs 152/2006]: se vi è il rischio, in senso atecnico, di contaminazione, il responsabile o colui che individua le stesse, deve attivare le misure di prevenzione e comunicarlo all'autorità. Essi devono indagare sui parametri oggetto dell'intervento e se il livello delle CSC (Concentrazioni Soglia di Contaminazione) indicato nella parte quarta allegato 5 non è superato si ripristina il sito comunicandolo

3.6.2. Con il d.lgs 128/2010, invece, il governo è intervenuto introducendo nel d.lgs 152/2006 il titolo III-*bis* inerente l'*Autorizzazione Integrata Ambientale* (AIA) richiesta per attività industriali, nuove o modificate, fortemente inquinanti e per quelle presenti nell'allegato VIII. Essa deve contenere i limiti di emissione/immissione del territorio interessato, assunti con le migliori tecniche disponibili (le c.d. BAT, *Best Available Techniques*).

L'art. 29-*quattordices*, comma 1, reato di pericolo astratto e permanente, sanziona chi esercita attività presenti nell'allegato VIII senza l'AIA o con autorizzazione sospesa o revocata; se si è in possesso dell'AIA si debbono rispettare le prescrizioni ivi contenute (*ex* comma 2 dello stesso articolo) e, una volta giunto l'ordine di chiusura dell'impianto, l'attività deve cessare *ex* comma quarto del medesimo articolo, pena l'arresto da sei mesi a due anni o ammenda da 5.000 a 52.000 euro.

Da precisare, e si conclude, che gli illeciti in materia di AIA, per via di una scelta poco comprensibile e sicuramente infelice, non rientrano tra i reati c.d. presupposto per la responsabilità amministrativa dell'ente.

4. L'alterazione delle condizioni naturali dell'aria: profili antichi di un problema attuale. La disciplina penalistica – L'inquinamento dell'aria, nonostante le definizioni diffuse nelle varie discipline succedutesi nel tempo⁶⁹⁴, consiste nell'accumulo di una o più sostanze, in concentrazioni

all'autorità; se, invece, il livello è superato occorre comunicarlo immediatamente alle autorità e stendere un piano di caratterizzazione del sito e applicare la procedura di analisi del rischio. A questo punto se il livello di CSC è superato occorre presentare un progetto di bonifica o di messa in sicurezza che dovrà essere approvato dall'autorità pubblica, in caso contrario la procedura si arresta.

⁶⁹⁴ In tema di "definizioni", la prima è presente nella legge n. 615 del 1966: "*emissione in atmosfera di fumi, polveri, gas e odori di qualsiasi tipo atti ad alterare le condizioni di salubrità dell'aria e a costituire pertanto pregiudizio diretto o indiretto alla salute dei cittadini e danno ai beni pubblici o privati*". Il nuovo, almeno in senso figurato, d.lgs. n. 152 del 2006 lo intende invece come "*...ogni modificazione dell'aria atmosferica, dovuta all'introduzione nella stessa di una o di più sostanze in quantità e con caratteristiche tali da ledere o da costituire un pericolo per*

tali da modificare le normali condizioni ambientali e di salubrità dell'aria. Questo "accumulo" nasce da una o, più spesso, numerose *emissioni*⁶⁹⁵ *peggiorative*, intese come sostanze eterogenee inquinanti (gas o materie volatili, polveri di ogni tipo, sostanze chimiche, *etc.*) che si aggiungono alla naturale composizione dell'aria: *ossigeno* (21%) + *azoto* (78%) + *argon* (0,9%), *anidride carbonica* (0,03%) + *idrogeno*, *ozono*, *ammoniaca*, *elio* e *neon*, anche se in quantitativi molto ridotti (0,07%).

4.1. L'inquinamento dell'atmosfera (*troposfera* + *stratosfera* + *mesosfera* + *ionosfera*) può concretizzarsi per cause *artificiali* o per cause *naturali*, ma ciò non deve portare l'osservatore a confondere un dato fondamentale: oltre all'intervento dell'uomo (produzione di energia, di beni, il trasporto di persone o merci, *etc.*), infatti, la qualità dell'aria può essere compromessa da inquinanti anche *naturali*; si pensi alle polveri sollevate da venti che soffiano nei deserti, all'erosione dei materiali litoidi, all'attività respiratoria di ogni essere vivente, alla produzione di ozono creata dalla scarica elettrica durante i temporali e ai possibili incendi da essa provocati, a quelle prodotte dai vulcani, alla geotermia in generale, alle decomposizioni di composti organici e al biossido di zolfo e ossidi di azoto che immettono in atmosfera. Tuttavia, questa tipologia d'inquinamento, è prevista dall'ecosistema.

4.2. Per quel che concerne invece l'inquinamento "ad opera dell'uomo" occorre sottolineare come esso costituisca il vero problema ambientale, quello più antico. Un problema nato dal fuoco utilizzato per la cottura del

la salute umana o per la qualità dell'ambiente oppure tali da ledere i beni materiali o compromettere gli usi legittimi dell'ambiente".

⁶⁹⁵ Esiste una differenza tra "emissioni" e "immissioni". Le prime concernono la fonte; le seconde, invece, concernono i livelli d'inquinamento a valle, quello percepito in altre parole. Sulla differenza terminologica, v.: MAZZOLA, *Le immissioni*, Milano, 2004, p. 2: "Le emissioni da sé non arrecano nocimento ad alcuno. Il nocimento si può avere quando esse divengono immissioni, entrando nella sfera individuale di una persona fisica, ed in particolare quando all'interno di questa sfera vengono avvertite come non tollerabili o risultino tali. Si tratta quindi di comprendere con quali criteri la persona fisica abbia il potere di reagire nei confronti del soggetto che provoca le immissioni e soprattutto in quale modo possa esercitare tale potere".

cibo e per il riscaldamento delle caverne, di capanne, case, *etc.*, dei nostri antenati, esso accompagna (aumentando esponenzialmente dalla rivoluzione industriale in poi) tutta la storia dell'umanità fino ai giorni nostri⁶⁹⁶.

La qualità dell'aria risulta fondamentale sotto due profili: uno più generale concernente la strutturazione di progetti per il futuro (*aria/vita*) e uno più specifico, che interessa l'uomo *hit et nunc* (*aria/salute*).

Già a livello generale (*aria/vita*) la nostra presenza su questa terra è favorita anche dall'*equilibrio degli elementi*: l'atmosfera (involucro di *gas* che avvolge il pianeta) che produce l'*effetto serra naturale*⁶⁹⁷ – fenomeno sufficiente ad impedire al pianeta di raffreddarsi eccessivamente – viene compromessa da qualsiasi attività produttiva di emissioni inquinanti misurabili in quantitativo di CO₂ equivalente.

In breve, l'emissione eccessiva di CO₂ nell'aria contribuisce all'aumento dell'*effetto serra naturale* e, di conseguenza, all'aumento del riscaldamento globale (*global warming*), inteso come crescita costante della temperatura media dell'atmosfera terrestre e degli oceani.

Il secondo profilo problematico concerne la qualità dell'aria che l'uomo respira in un determinato luogo e momento storico (*aria/salute*).

⁶⁹⁶ Sul profilo (anche) storico di normative a sfondo ecologico, v., per la letteratura tedesca: HEINE, *Ökologie und Recht in historischer Sicht*, in Lübke-Ströker (a cura di), *Ökologische Probleme im kulturellen Wandel*, Paderborn, 1986, p. 116-134; ID., *Ökologie und Recht: Zur historischen Entwicklung normativen Umweltschutzes*, in GA, 1988, XII, p. 1 ss.; ID., *Umweltbezogenes Recht im Mittelalter*, in Herrmann (a cura di), *Nutzung und Gestaltung von Umwelt im späten Mittelalter und der frühen Neuzeit*. Richiami presenti anche in ESER, *La tutela penale dell'ambiente in Germania*, in *Indice pen.*, 1989, p. 231 ss. (spec. p. 233 ss.)

⁶⁹⁷ La radiazione solare, sotto forma di luce visibile, fornisce energia per il funzionamento del sistema clima: circa metà della radiazione solare è assorbita dalla superficie terra (che si riscalda), mentre l'altra parte si disperde nello spazio. La superficie della terra emette a sua volta delle radiazioni infrarosse: parte di esse vengono disperse nello spazio e altre riassorbita ed emesse in tutte le direzioni grazie alle molecole dei *gas-serra* e delle nubi. Seppur con l'utilizzo di termini sicuramente tecnici, è così che si riscalda la superficie terrestre (e la parte bassa dell'atmosfera) al punto giusto per consentire la vita.

Prendiamo, ad esempio, il caso del PM10; secondo autorevoli studiosi esiste una stretta correlazione tra salute e inalazione di un particolato dotato di precise caratteristiche fisiche e chimiche. Esiste infatti tutta una serie di sostanze con effetti tossicologici di rilievo (aerosol acidi, metalli, idrocarburi policiclici aromatici ed altri composti organici, endotossine), spesso legati alle dimensioni delle particelle di riferimento. In linea generale, minori sono le dimensioni, maggiore è, a parità di massa, la superficie disponibile ad adsorbire sostanze biologicamente attive e ad interagire con l'apparato respiratorio⁶⁹⁸. Tale particolato, una volta entrato nelle vie respiratorie, infiamma i tessuti coi quali viene a contatto con conseguenti danni tissutali, trasformazioni patologiche dell'epitelio (metaplasia mucosa), infiammazioni croniche, probabili malattie cardiovascolari e, anche se gli studi principali sono ancora in corso, cancro.

In altre parole, esiste da sempre una profonda correlazione tra qualità dell'aria e salute dell'essere umano che la respira.

4.2.1. Il problema ambientale, così come quello specifico concernente la qualità dell'aria, è assai antico. Possediamo numerose testimonianze dei danni prodotti, sin dall'XI secolo (ma anche in epoca precedente⁶⁹⁹) dal fuoco – Orazio, ad esempio, si lamenta dell'annerimento da fuliggine degli edifici di Roma e Seneca nota un miglioramento della sua salute dovuto all'allontanamento dai *fumi* della città – dai grandi disboscamenti, dalla messa in coltura di terre vergini, dell'introduzione di nuove specie vegetali, dell'inquinamento dell'acqua, *etc.*

Non solo, possediamo documentazioni scritte relative alle lamentele di Enrico II (1250) relativamente ai fumi emessi dai forni a carbone utilizzati (anche) per la ristrutturazione del Castello di Nottingham e, venticinque anni più tardi a Londra, le combustioni di carbone prodotte da fabbri e ferrai costringe Edoardo I a nominare una commissione *ad hoc* per la loro analisi e il loro controllo mediante il divieto di utilizzo (1273).

Attraverso altre testimonianze – Shakespeare, Elisabetta I, e così oltre – arriviamo all'affermarsi della scienza sperimentale di Galileo e Newton; dunque, all'alba della rivoluzione industriale.

⁶⁹⁸ DOLARA, *Inquinamento dell'aria*, in *Tossicologia generale e ambientale*, Padova, 1997, pag. 193 ss.

⁶⁹⁹ Pensiamo alla denuncia del padre della filosofia sul tema "disboscamento" [cfr.: PLATONE, *Crizia*, in *Opere complete*, Bari, 1978, p. 463 ss.]

In questo segmento della storia dell'umanità ha vissuto un personaggio assai importante ai nostri fini: lo scrittore inglese John Evelyn. Un uomo che con il suo trattato *Fumifugium* (1661) sugli effetti nocivi del fumo pernicioso derivante dalla combustione del carbone nella Londra del Seicento – la patria dello *smog* (*Smoke + fog*)⁷⁰⁰– diede forma al problema. Per la verità, qualche decennio prima (1622), già William Petty – politico e fine economista inglese – suggeriva di dirigere verso occidente l'espansione urbanistica di Londra per consentire al vento dominante di ripulire l'aria dal fumo e dai vapori maleodoranti.

Tuttavia, Petty non creò nulla, se non una strategia di *urbanistica olfattiva*⁷⁰¹; mentre Evelyn, al contrario, osservando alcune relazioni tra le emissioni dei fumi e la crescita di piante e frutti, strutturò la prima vera scienza dell'inquinamento atmosferico.

Passando al XVIII secolo troviamo gli studi di Hales sull'acidità delle piogge e quelli di Von Linne sugli effetti dell'inquinamento provocato da una fonderia di Falun (1734) sulla salute dell'uomo e delle piante del luogo. Anche se nella letteratura italiana esistono scritti celeberrimi sul tema⁷⁰², è in quella francese che risiede la migliore descrizione della condizione ambientale tipica delle società *pre-industriali*: zolfo e solventi⁷⁰³, fumo di legna e di carbone⁷⁰⁴, tali da rendere Parigi un “...purgatorio della gente che non ha ancora perduto interamente l'odorato”⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ Il neologismo *smog* compare per la prima volta il 26 luglio 1905 sul *Daily Graphic* di Londra.

⁷⁰¹ Sul punto, anche sotto il profilo della ricostruzione storica, v.: LORENZINI-NALI, *Le piante e l'inquinamento dell'aria*, Springer Verlag, 2006, p. 11.

⁷⁰² Il pensiero va immediatamente a: PARINI, *La salubrità dell'aria*, in *Le odi*, 1759 le cui sestine descrivono una situazione milanese profondamente distrutta da coltivazioni nocive e rifiuti ammorbanti.

⁷⁰³ Cfr.: SÜSKIND, *Parfume*, incipit.

⁷⁰⁴ MERCIER, *Tableau de Paris*,

⁷⁰⁵ Cit.: AMÉDÉE DE TISSOT, *Paris et Londres comparées*, 1830.

Con la diffusione massiccia dell'industria – poi ribattezzata da Arnold Toynbee nel 1884 come *rivoluzione industriale*⁷⁰⁶ – il problema diviene assai serio e di dimensioni macroscopiche.

La letteratura si arricchisce di riferimenti (spesso critici) sull'inquinamento *artificiale* dell'aria prodotto dalle fabbriche⁷⁰⁷ e la politica effettua alcuni tentativi inutili di protezione dell'aria: celebre è il primo *Smoke Prohibition act* del 1821, piuttosto che la graduale dislocazione delle fabbriche inquinanti fuori dalla città londinese prodotta dallo *Smoke Nuisance Abatement act* del 1853.

Qualche anno più tardi (1862), in Inghilterra, il diritto conobbe la prima legge organica contro l'inquinamento *artificiale* atmosferico: l'*Alkali act*; il primo corpo d'ispettori ambientali⁷⁰⁸ e, sia in Germania⁷⁰⁹ che in Italia⁷¹⁰, i primi studi fitotossicologici sfociati nel 1909 nella scoperta (di matrice scozzese, Glasgow) di una correlazione tra aumento della mortalità di esseri umani e *inquinamento artificiale*.

Sul finire dell'Ottocento – qui un dato storico d'importanza centrale – è dato scorgere il primo bilanciamento politico *ambiente/industria*: con il *Public Health act* del 1875 s'inserisce una clausola capace di *bilanciare* l'inquinamento (artificiale) e le emissioni dannose con la natura dell'industria e del commercio. L'industria, ormai vecchio sinonimo di occupazione, sviluppo, prosperità, *etc.*, ha sempre avuto dei costi, tra cui

⁷⁰⁶ Cfr.: TOYNBEE, *Conferenze sulla rivoluzione industriale in Inghilterra*, 1884.

⁷⁰⁷ Nel periodo che va dalla prima rivoluzione industriale al 1900 la letteratura si riempie di riferimenti allo stato disastroso dell'ambiente in generale e dell'atmosfera in particolare: da SWIFT, *I viaggi di Gulliver*, 1729 e DICKENS, 1840, fino a DE AMICIS, *Ricordi di Londra*, 1874.

⁷⁰⁸ Uno dei primi ispettori fu Angus R. Smith, colui che definì per la prima volta il fenomeno, già individuato tempo prima da Honoratus Fabri e da Wilhelm Lampadius, della *pioggia acida* ovvero della fitotossicità delle sostanze presenti nell'acqua piovana, nonché quello assai attuale di "climatologia chimica". Sul tema, v.: LORENZINI-NALI, *Le piante*, cit., p. 13.

⁷⁰⁹ Per i primi approcci eco-fisiologici, v. il pensiero di WILLIAM VON SCHROEDER (1872).

⁷¹⁰ UGO BRIZI, *Una nuova malattia (antracnosi) del mandorlo*, 1896, inerente anche gli effetti dannosi della SO₂ sulla vegetazione.

l'inquinamento. Nella città più inquinata di quel mondo (Londra) la fuliggine era denaro, quasi un'icona del progresso. D'altra parte, quando il capitalismo incontra il socialismo⁷¹¹, inglobandolo senza pietà, la legge si concentra inevitabilmente sui singoli interessi estetici, igienico-sanitari e, soprattutto, economici; quasi mai sull'ambiente⁷¹².

4.2.2. Questa subordinazione delle risorse ambientali alle logiche della produzione e del consumo, però, esce dalla critica scientifica, ristretta e disorganizzata, per approdare nell'agenda del pensiero ecologista⁷¹³, penalistico⁷¹⁴ e della politica italiana⁷¹⁵ (oltre che mondiale) solo negli anni Settanta del secolo scorso: nel '72, infatti, alla Conferenza di Stoccolma sull'acidificazione dell'ambiente – promossa dalla Svezia con la partecipazione di ventuno Stati e di rappresentanti di ONU (Organizzazione delle Nazioni Unite) e CE (Comunità Europea) – si prende finalmente atto di un problema che nei decenni precedenti aveva provocato catastrofi inenarrabili.

IL (O MEGLIO, UN) CASO: 5 dicembre 1952, Londra⁷¹⁶. Un duro aumento del livello *d'inquinamento artificiale* dell'aria, favorito da una forte *inversione termica* – quando la temperatura dell'aria aumenta all'aumentare della quota, anziché diminuire –, a sua volta

⁷¹¹ Per approfondimenti di rinvia all'analisi storico-politica, qui largamente condivisa, di: GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, Torino, 1968.

⁷¹² La legislazione fino agli anni '70 del secolo scorso, in effetti, rifletteva principalmente preoccupazioni di questo tipo. Sul punto si rinvia a: CORSO, voce *Inquinamento*, in *Guida per le autonomie locali*, 1978, 1979, 1980 e in *Annuario delle autonomie locali*, 1981, 1981, Roma; GIANNINI, *Ambiente*, cit., p. 23 ss.; SALVIA, *L'inquinamento. Profili pubblicistici*, Padova, 1984, p. 8;

⁷¹³ Tra i tanti, v.: AGUESSE, *Guida all'ecologia*, Milano, 1977; BUONANICI, *Crisi energetica e qualità dello sviluppo*, in *Probl. trans*, 1980,, n. 3, p. 118 ss.; REGUZZONI, *Per una politica dell'ambiente negli anni '80*, Torino, 1981; AA.VV., *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Lipari (a cura di), Bari, 1974; ma anche l'interessante lettura dei *problemi ambientali* di: GALBRAITH, *L'economia e l'interesse pubblico*, Vicenza, 1974;

⁷¹⁴ Cfr.: CATENACCI, *I reati ambientali*, cit., p. 289.

⁷¹⁵ Per quanto concerne la risposta italiana alla crisi ambientale-atmosferica, ricordiamo la legge n. 615 del 1966 e la sua introduzione del concetto di *standards*.

⁷¹⁶ Per una splendida e precisa descrizione del disastro in parola si veda: SANTOIANNI, *Disastri: da Atlantide a Chernobyl, l'uomo e le grandi catastrofi*, Firenze, 1996, p. 112 ss.

provocata dall'utilizzo massiccio degli impianti di riscaldamento (a carbone), determinò il formarsi di uno strato di aria fredda e stagnante, intrappolata verso il basso da un altro strato di aria più calda, causando un'assenza totale di ventilazione e la nascita di una nebbia fittissima composta da fumi di combustione, durata fino al 9 dicembre 1952. Inutile dire che un tale avvenimento provocò un numero imbarazzante di vittime: quattromila decessi per gravi infezioni all'apparato respiratorio (ipossia, bronchite, polmonite *etc.*) solo durante la prima settimana, ottomila nelle settimane successive⁷¹⁷. Un aumento della mortalità di 2,6 volte quella presente nell'anno precedente.

Vedendo migliaia di persone spegnersi coi polmoni saturi di fuliggine e biossido di zolfo, il mondo incominciava a prendere coscienza di un problema noto già da secoli in ambito scientifico. Inizia a formarsi, seppur lentamente, una sensibilità ambientale.

4.2.3. Oggi viviamo immersi in una società post-industriale che sconta ancora la presenza di una massiccia alterazione delle condizioni naturali dell'aria prodotte da gas di scarico di autoveicoli, caldaie, centrali elettriche, fabbriche, impianti d'incenerimento e così oltre.

A prescindere dalla fonte, gli inquinanti più diffusi in atmosfera⁷¹⁸, infatti, sono il *biossido di zolfo* (SO₂)⁷¹⁹, gli *ossidi di azoto* (NO_x)⁷²⁰, il *monossido di*

⁷¹⁷ Questi dati sono tratti da: <http://www.metoffice.gov.uk/education/secondary/students/smog.html>

⁷¹⁸ Un ottimo riassunto degli inquinanti è presente in: AA.VV, *Manuale ambiente*, Milano, 2013, p. 549 ss.

⁷¹⁹ Il *biossido di zolfo* si caratterizza per trasparenza e, al medesimo tempo, un odore pungente. Esso si genera a seguito delle combustioni per ossidazione dello zolfo presente nei combustibili fossili: in altre parole, *più zolfo è presente nei combustibili utilizzati più biossido di zolfo otterremo con la loro combustione*. I campi prediletti, quindi, sono quello energetico e quello delle industrie di trasformazione. Questa sostanza provoca fastidi – soprattutto irritazioni – agli occhi, alla gola, alle vie respiratorie; è, in generale, un fattore che favorisce l'acuirsi di malattie croniche negli anziani e nei bambini, in particolare se asmatici. Quanto all'ambiente atmosferico, essa incide sullo zono stratosferico combinandosi col vapore acqueo e generando acido solforico: da qui le già citate "piogge acide" con effetti fitotossici, la compromissione dell'ecosistema acquatico e l'effetto corrosivo sui materiali (costruzioni, vernici, metalli, *etc.*).

⁷²⁰ Gli *ossidi di azoto* sono il *monossido* (NO) e il ben più pericoloso *biossido* (NO₂). Oltre che da fattori naturali (vulcani, fulmini, incendi, *etc.*), essi sono prodotti dai processi di combustione ad alte temperature: veicoli, centrali termiche, riscaldamento domestico, *etc.* Inutile dire che qui il problema principale concerne il trasporto stradale, dunque i veicoli.

carbonio (CO)⁷²¹, l'ozono (O₃)⁷²², il benzene (C₆H₆)⁷²³, gli idrocarburi policiclici aromatici (IPA)⁷²⁴, le polveri atmosferiche (Particulate Matter o Particolato Totale Sospeso)⁷²⁵, i metalli pesanti⁷²⁶ tra cui il piombo (Pb)⁷²⁷.

Anche in questo caso l'effetto sull'essere umano esposto agli ossidi di azoto è deleterio per l'apparato respiratorio (mucose, soprattutto), nasale, bronchiale, *etc.* Ancora, i danni all'ambiente sono riassumibili in questo senso: danneggiamento alla vegetazione provocata da un impoverimento dei terreni di ionio, calcio, magnesio, sodio e potassio oltre che dalla formazione di ioni metallici altamente tossici per le piante.

⁷²¹ Il monossido di carbonio nasce ogni volta in cui una sostanza contenente carbonio brucia in maniera incompleta per mancanza di ossigeno. Oltre a presentarsi come inodore, incolore ed insapore, è più leggero dell'aria, dunque si diffonde con una rapidità sorprendente. La fonte principale, oltre alle raffinerie di petrolio, impianti siderurgici e di saldatura in generale, è costituita dagli scarichi dei veicoli a benzina (in quelli a *diesel*, invece, la combustione avviene con eccesso di ossigeno) in situazioni di traffico rallentato: code, motore al minimo, decelerazione, *etc.*

⁷²² L'ozono è un gas dotato di un forte odore, composto da tre atomi di ossigeno (O₃, infatti) che abita la stratosfera naturalmente in percentuali minime: 20-80 microgrammi/m³ e protegge la terra da più del 90% delle radiazioni solari. La sua funzione è determinante per la vita su questo pianeta. Il problema, però, è quando esso scende a livello del suolo: in questo caso diviene tossico per l'uomo in determinate quantità. Nessuno lo "immette" nell'aria che respiriamo sulla terra, ma si genera con una reazione chimica: inquinanti + forti radiazioni solari + alta temperatura e alta pressione + bassa ventilazione.

⁷²³ Il benzene è un liquido capace, oltre che di generarsi da processi di combustione, anche di evaporare con grande facilità a temperatura ambiente, e si presenta come incolore ma altamente infiammabile. La sua natura, lo si anticipa subito, è cancerogena (cat. 1, R45). La fonte principale è il traffico veicolare: circa l'80% del benzene nell'aria proviene dalla combustione della benzina. Altre fonti minori possono essere le emissioni derivanti da cicli di raffinazione, stoccaggio e distribuzione delle benzine.

⁷²⁴ Questi idrocarburi sono formati a seguito della combustione del carbonio, degli idrocarburi alifatici, aromatici per combustione incompleta e processi pirolitici. Le fonti principali, anche in questo caso, sono i motori alimentati a benzina e a gasolio; poi, ma in misura minore, da impianti termici, centrali termoelettriche, raffinerie, impianti di bitumazione, incenerimento di rifiuti, *etc.*

⁷²⁵ Le polveri atmosferiche sono di grande interesse. La dizione comprende una serie di particelle eterogenee solide e volatili, oltre che di minuscole gocce liquide sospese nell'aria. Le fonti sono innumerevoli: dai gas di scarico delle autovetture alle industrie, dagli inceneritori alle centrali termiche, e così oltre. Esistono *particelle tossiche* per l'uomo e *particelle potenzialmente tossiche*: queste ultime, pericolosissime, fungono da mezzo con il quale altre sostanze tossiche possono entrare nell'organismo degli esseri viventi, piante comprese. La grandezza di queste particelle, di questa polvere, è fondamentale: quelle

Oggi come ieri, le aree metropolitane – imbibite d'industrie e d'automobili a benzina o a gasolio – sono le più interessate da queste sostanze inquinanti: lì vige ancora una regola non scritta capace di dimostrare che *laddove vivono gli uomini vi sono alte concentrazioni d'inquinamento atmosferico, nei posti in cui essi vivono in massa respirare diviene attività assai pericolosa.*

La domanda che si (im)pone è la seguente: possiamo evitare tutto questo? Abbiamo alternative o le tecnologie necessarie per crearle?

4.3. (Segue) L'industria di ieri nel mondo di domani. Siamo homo sapiens-sapiens, ma non sempre si vede – Il presente paragrafo, lo anticipiamo subito, intende dimostrare in breve come la gestione dell'inquinamento non debba preferire il diritto penale, ma lo sviluppo di una c.d. *green economy* in continua crescita, anche se spesso trascurata *dal*, o sconosciuta *al*, legislatore (non solo) nazionale.

Una riflessione di *politica-criminale dell'ambiente*, in realtà.

Esiste un dibattito meraviglioso sul miglioramento dei processi economici e sociali, capace di garantire un progresso (anche) ecosostenibile⁷²⁸.

con diametro superiore a 10 *micron* si sedimentano o sono trattenute dalle vie aeree superiori, ma quelle uguali o inferiori a 10 *micron* sono perfettamente "respirabili", riescono a penetrare l'organismo fino agli alveoli polmonari. In altre parole, più piccole sono (PM10, PM2.5, PM1, addirittura), più pericolose sono.

⁷²⁶ Essi sono i "metalli" che compongono la litosfera con densità superiore a 4,6 g/cm³. Alcuni, in determinate quantità, sono essenziali per la nostra vita: ferro, rame, zinco, *etc.*, altri no (mercurio, cromo, piombo, *etc.*). Il loro problema è che entrano nel nostro organismo con le attività più comuni come mangiare, bere, fumare, respirare, *etc.*, e si depositano nell'apparato digerente, nel fegato, nei polmoni e nei reni e nel cervello, senza che il nostro corpo possa più espellerli naturalmente.

⁷²⁷ Esso costituisce – ma, soprattutto, ha costituito in passato – il metallo pesante più presente in atmosfera a seguito di emissioni di gas di scarico di autoveicoli alimentati a benzina addizionata con piombo.

⁷²⁸ Inserire i testi principali

Assistiamo oggi ad un passaggio epocale sul tema: dal progresso sostenibile come problema, alla *green economy* come stimolo per l'innovazione e aumento della competitività.

Disponiamo di ricerche assai importanti in tema di tecnologie ambientali (*clean tech*), indagini, prototipi e realizzazioni concrete di macchinari, utensili, *etc.*, capaci di limitare l'inquinamento (soprattutto atmosferico) sia come obiettivo primario che come obiettivo secondario: un settore, questo, che vale più di 3.840 miliardi di Euro⁷²⁹.

Queste ultime tecnologie costituiscono il futuro perché servono principalmente per produrre, creare, modificare, e così oltre, ma, contemporaneamente, per ridurre l'inquinamento.

In Italia, ad esempio, sappiamo che l'investimento di tecnologie e prodotti *green* è in grande ascesa: i processi produttivi si migliorano, l'occupazione cresce, il mercato si estende ampliandosi e la competitività aumenta nel lungo periodo⁷³⁰.

L'industria, se opportunamente sostenuta da politiche sensibili al problema ambientale, possono trasformarsi "da grigie a verdi" con grande facilità.

4.3.1. Esistono forti resistenze a questo sviluppo. Ora, un evolucionista direbbe che *l'homo sapiens* è quella specie studiata dalle scienze sociali perché dotata di poteri straordinari d'impresa, politici, religiosi, solidali, di riflessione, di progresso, *etc.*; in altre parole, perché profondamente civile⁷³¹ rispetto ai suoi "antenati".

⁷²⁹ Questo dato è il prodotto di uno studio, condotto nell'anno 2010, dal Dipartimento per l'innovazione della Gran Bretagna, cfr. *Low Carbon and Environmental Goods And Services*, Department for Business, Innovation and Skills, 2011.

⁷³⁰ Eurostat, *The Environmental goods and services sector*, 2009. Si veda: Green Italy. L'economia verde sfida la crisi. Rapporto 2012, reperibile su www.unioncamere.gov.it.

⁷³¹ Sul punto si veda l'interessante intervento di MONTANI, *L'approccio ecocentrico allo sviluppo sostenibile. Ecologia, economia e politica*, sulla possibile introduzione dell'ecologia come materia "di sistema".

Purtroppo, nei fatti, non sempre è così: spesso le logiche di mercato, il denaro e l'avidità dei pochi si unisce all'incoscienza di molti rallentando il progresso.

4.3.2. Prendiamo, ad esempio, il petrolio e, nello specifico, l'utilizzo dei motori a benzina, ovvero i principali responsabili della presenza di sostanze inquinanti nell'aria: abbiamo le tecnologie, prima fra tutte il motore alimentato a GPL, oltre che le soluzioni alternative (treni, autobus, biciclette a pedali, auto elettriche, *etc.*), ma non conosciamo – vuoi per carenza di fondi, vuoi per mancanza di interesse “personale” – scelte politiche protese a favorirne davvero lo *sviluppo* (piste ciclabili, spazi di parcheggio dedicati, abbassamento del limite massimo di velocità in città, *etc.*) e una degna *diffusione* (sovvenzioni statali per l'acquisto di biciclette, *etc.*). Non che segnali di questo tipo non siano mai esistiti, tuttavia, almeno sotto un profilo comparatistico, la situazione dell'Italia risulta quantomeno imbarazzante⁷³².

Gli esempi si sprecano: lo Stato – l'Europa globalmente intesa in qualche caso sì – non stanziava un quantitativo rilevante di fondi per l'investimento sulla *economia verde*, ma costringe le aziende a svolgere adempimenti burocratici snervanti sottoponendo a processo penale numerose violazioni inerenti le procedure stesse. Anzi, come abbiamo visto, addebita all'imprenditore i ritardi ingiustificati della sua amministrazione.

Un assurdo.

4.3.3. In Italia, ma non solo, ci concentriamo, spesso con il diritto penale, sulla repressione degli effetti che il diritto amministrativo non riesce ad evitare per carenze interne abbondantemente superabili; le cause ci interessano poco, troppo poco.

4.3-bis. (segue) Diritto penale, inquinamento atmosferico e povertà –
Come in numerosi altri ambiti del diritto e, più in generale della società,

⁷³² Verificare cosa accade negli altri paesi

esiste a nostro parere una relazione profonda tra *tutela penale dell'atmosfera e povertà*⁷³³.

Con questo accostamento concettuale intendiamo riferirci a due *macro-problematiche* di grande interesse per il giurista, oltre che per l'economista: l'impossibilità di chiedere ai paesi storicamente più poveri, i c.d. *paesi emergenti*, di rinunciare allo sviluppo dell'industria per salvaguardare l'ambiente e lo spostamento della produzione industriale dai paesi più ricchi verso questi ultimi.

4.3 bis.1. Secondo i dati forniti dalla *Global Alliance of Health and Pollution* (GAHP) il numero dei decessi inquinamento-correlati nei paesi emergenti ammonta ogni anno a circa nove milioni. Un paese "povero", oltre alle problematiche più note – condizioni igienico-sanitarie scarse, acqua spesso non potabile e, quindi, vulnerabilità generale nei confronti dell'inquinamento in genere – presenta un sostentamento economico derivante dalla produzione di energia "sporca". Il punto è che esiste un disinteresse pressoché totale, e spesso volontario, dei paesi più sviluppati verso il miglioramento di una situazione già assai precaria.

ESEMPIO: la popolazione dell'Africa subsahariana, un'area dove il 40% delle persone vive con meno di due dollari al giorno, dipende – nonostante l'esistenza di fonti di energia pulita, come le straordinarie e quantitativamente enormi fonti idriche – da mezzi di produzione obsoleti spesso consistenti in combustione di biomasse non trattate o di legname.

Ciò accade anche in India, in Cina, *etc.*, e, più in generale, in buona parte dell'oriente. Si pensi, a mero titolo di esempio, alla più grande discarica di rifiuti a "cielo aperto" di Agbogbloshie, un sobborgo della capitale del Ghana (Accra) dove vengono collezionati rifiuti elettronici e tecnologici, spesso provenienti in modo illecito – traffico internazionale di rifiuti, ad esempio – da paesi "ricchi".

Ciò che non si ricicla si brucia, questa è la regola in quella discarica. Pertanto, l'impatto ambientale di luoghi di deposito dei rifiuti di questo tipo –

⁷³³ Tra i tanti, anche fra la letteratura straniera, si v.: QUERINI, *La tutela dell'ambiente nell'Unione Europea: un'analisi critica*, Milano, 2007, cap. V, p. 140 ss.

soprattutto con riferimento alla qualità dell'aria, se pensiamo alla combustione d'ingenti quantità di materiale (plastica, *etc.*) non riciclabile – assume dimensioni macroscopiche e assai demoralizzanti.

Riflettiamo, per portare un secondo esempio, sul rapporto *urbanizzazione/inquinamento atmosferico*: esistono ad oggi aree assai estese, come l'Asia o l'Africa, nelle quali la vita si svolge prevalentemente in aree rurali. Cosa accadrà quando inizierà un loro spostamento davvero “di massa” all'interno delle città?

Nei luoghi dove l'urbanizzazione sta da qualche tempo sviluppandosi – es.: Delhi, la capitale dell'India – è dato scorgere un livello d'inquinamento atmosferico generale davvero allarmante.

4.3. -bis. 2 Uno degli ostacoli maggiori al superamento di tale tragica situazione globale è, come dicevamo, il disinteresse dei paesi più sviluppati o, meglio, il loro interesse (non solo economico) contrario.

A nostro parere il tema deve interessare i giuristi almeno quanto interessa già da tempo gli economisti. Tale affermazione si giustifica con riferimento all'influenza di una normativa (penale, civile o amministrativa) ambientale nel procedimento decisionale che porta le imprese a trasferire la produzione nei *paesi emergenti*; quelli ad oggi più poveri in altre parole.

Il processo continuo di denazionalizzazione dell'industria dipende, seppur solo in parte, dalla qualità delle normative (nel nostro caso: penali) inerenti il settore ambientale e, per rimanere all'interno del nostro approfondimento, delle emissioni, delle immissioni o, più in generale, della qualità dell'aria.

Il presente paragrafo, e qui concludiamo la nostra breve riflessione, intende indurre il lettore a tenere in stretta considerazione il rapporto *disciplina penalistica dell'inquinamento atmosferico/economia/povertà*; esso esiste e non può non essere valorizzato.

Sia esso raggiunto con mezzi leciti o con mezzi illeciti, l'obiettivo dei paesi più avanzati – e delle imprese locali – diviene spesso quello di sfruttare la povertà utilizzando i luoghi da essa interessati come discariche o come sedi perfette per una produzione priva di quei limiti – spesso effettivamente illogici o contrari ai principi – che il diritto europeo-

continentale impone all'imprenditore che sceglie di non delocalizzare la produzione.

4.4. L'aria e il carattere necessariamente globale della sua tutela. Il caso delle "nubi di smog" made in Japan – Come largamente noto, l'aria costituisce una fonte (di vita, ma anche di energia) gratuita, inesauribile ma alterabile. Forse non siamo ancora politicamente pronti per abbandonare vecchie tecnologie dannose (v. § 7.1.), ma dobbiamo renderci conto che la qualità dell'atmosfera interessa tutti (benestanti, poveri, intelligenti, scrittori, giudicanti, architetti, bambini, donne, anziani, *etc.*), in ogni luogo del pianeta.

Quando si parla di *inquinamento atmosferico transfrontaliero* s'intende fare riferimento alla diffusione eccessiva di sostanze come lo zolfo, gli ossidi di azoto, l'ammoniaca, i composti organici volatili (solventi e idrocarburi), *etc.* che producono effetti *ovunque* e contro *tutti*; tra i tanti è possibile citare l'acidificazione dell'acqua e del suolo, l'eccesso di azoto sulla superficie terrestre e la formazione di ozono a bassa quota (v. nota 601).

Già a Ginevra nel 1979 (Convenzione sull'inquinamento atmosferico, entrata in vigore nel 1983), l'uomo si era accorto di questa caratteristica predisponendo interventi mirati effettuati con tutta una serie di protocolli attuativi⁷³⁴ che, tra le altre cose, fissano [con il Protocollo di Goteborg del 1 dicembre 1999] livelli di emissioni massima dei principali inquinanti – dal 2012 anche delle polveri sottili – nei vari Paesi aderenti (Europa + Paesi dell'Est, Canada e Stati Uniti d'America). I nuovi obiettivi del protocollo in parola consistono in una riduzione nel 2020, rispetto ai valori registrati nel 2005, del 60% delle emissioni di ossidi di zolfo, 40% degli ossidi di azoto, 30% per i composti organici volatili, 20% per il particolato e 6% per l'ammoniaca.

In breve: il carattere nomade dell'aria rende la sua qualità un problema globale *per definizione*, ma ad oggi solo i Paesi firmatari sono obbligati a

⁷³⁴ Per un loro elenco si rimanda a AA.VV., *Manuale ambiente*, cit., p. 557.

ridurre le emissioni summenzionate. Questa è una difficoltà centrale se si tiene in considerazione l'assenza della Cina.

4.4.1. Un caso secondo noi drammaticamente rilevante è costituito dalle nubi di smog che, troppo spesso, coprono il cielo di Pechino, di Shanghai, e delle principali metropoli cinesi.

La storia dell'inquinamento in Cina è tutta particolare⁷³⁵: il problema fu ignorato o, meglio, nascosto – celebre, nel 1970, il rifiuto di Mao Tse-Tung di mandare una sua delegazione alla prima giornata mondiale della Terra: il regime comunista favorisce l'agricoltura e le industrie statali, dunque l'inquinamento è impossibile (sic) – a lungo.

Pertanto, alcun sistema di controllo o gestione dell'inquinamento (soprattutto) atmosferico venne pensato e attuato. Almeno in quegli anni, la prevalenza di un'agricoltura semplice consentì all'inquinamento di rimanere in qualche misura sotto controllo, ma da quando il capitalismo (1994) sdoganato dal premier Teng Hsiao-Ping convinse numerose imprese rurali a puntare obiettivi industriali assai più redditizi, il disastro fu incommensurabile.

Solo cinque anni più tardi (1999) il South China Morning Post pubblicò un articolo sul comunicato stampa dell'AAAS dal titolo "In Cina nove delle dieci città più inquinate del mondo (!)". Un primato indesiderabile, non vi è dubbio.

Oggi la situazione non è più sostenibile: emissioni di sostanze inquinanti (soprattutto polveri sottili) enormemente sopra al limite stabilito dall'WHO⁷³⁶ di PM₁₀ e PM_{2,5} (nel 2013 si parlava di 775 microgrammi/m³),

⁷³⁵ Per una completa ricostruzione storico-politica si veda: DAVIS, *Quando il fumo scorreva come l'acqua. Inganni ambientali e battaglie contro l'inquinamento*, p. 286 ss. (spec. p. 288).

⁷³⁶ Nel 2006 l'*Organizzazione mondiale della sanità* (OMS o, in lingua inglese, WHO), ha riconosciuto la correlazione fra esposizione alle polveri sottili e malattie cardiovascolari, ha indicato il PM_{2,5} come misura aggiuntiva di riferimento delle polveri sottili nell'aria e ha abbassato i livelli di concentrazione massimi "consigliati" a 20 e 10 microgrammi/m³ rispettivamente per PM₁₀ e PM_{2,5}. L'UE ha adottato una nuova direttiva – 2008/50/EC – che concerne anche la qualità dell'aria e il PM_{2,5} (recepita in Italia con il d. lgs 155/2010) stabilendo limiti del PM₁₀ a 40 microgrammi/m³ (media massima annuale) e 50

nebbia di smog tanto frequente da provocare migliaia di decessi ogni anno e da costringere i sopravvissuti a indossare continuamente maschere di protezione, oltre che l'amministrazione della città a installare gigantografie raffiguranti i panorami che, senza nebbia, tutti i turisti avrebbero potuto ammirare.

Questa nube tossica distruttiva – qui un punto fondamentale – è in forte espansione e, secondo alcuni esperti, in movimento verso il Giappone⁷³⁷, e oltre.

4.5. L'art. 674 c.p. – Nell'ambito della tutela dell'atmosfera è dato scorgere due norme-chiave: l'art. 844 c.c. e l'art. 674 c.p. Esse, come avremo modo di verificare oltre, propongono una tutela non tanto dell'aria come risorsa naturale (come accade, invece, nelle leggi speciali), ma della salute dei cittadini nel loro complesso (art. 674 Cod. pen.) o nei loro rapporti (art. 844 Cod. civ.)⁷³⁸ ed "indirettamente" la risorsa aria, in maniera del tutto concorsuale e non alternativa alle leggi speciali⁷³⁹. Entrambe le norme hanno conosciuto utilizzi diversi rispetto a quelli per i

microgrammi/m³ (valore massimo giornaliero) con la possibilità di superare tali limiti per un massimo di trentacinque volte l'anno. Inutile dire che questi limiti sono, almeno in Italia, puntualmente superati (v. sent. 19 dicembre 2012 della Corte di Giustizia Europea per il superamento negli anni 2006 e 2007).

Secondo alcuni studi condotti dal professor Osamu Nagafuchi, l'isola giapponese di Yakushima sarebbe già stata raggiunta dalla nube cinese. Cfr. http://www.nytimes.com/2013/04/25/world/asia/japanese-scientist-blames-china-for-yakushimas-dying-trees.html?_r=0

⁷³⁸ L'art. 844 c.c., recita: "Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso". Parliamo dunque del caso in cui l'attività di Caio, provocando fastidiosi rumori, odori o fumi, viene impedita dal suo vicino (di fondo) Sempronio, con eventuale risarcimento del danno, solo se supera la c.d. *normale tollerabilità*. Per approfondimenti civilistici sul tema v.:

⁷³⁹ In questo senso v. MAGLIA, *Diritto ambientale*, 2011, pp. 257, ss.

quali erano state scritte nel '30 e nel '42: un modello, questo, tipico in molti micro-settori della tutela penale⁷⁴⁰.

“Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altri uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l’arresto fino ad un mese o con l’ammenda fino a lire quattrocentomila”, così recita l’art. 674 c.p.⁷⁴¹

Un illecito contravvenzionale unico⁷⁴², istantaneo⁷⁴³, posto a tutela dell’incolumità pubblica e costruito negli anni Trenta sul modello del *pericolo*, per punire chi gettava o versava in luogo pubblico cose atte a sporcare o colpire altre persone, non per costituire un medicinale penalistico – già somministrato da decenni – per una più efficace tutela, anche in concorso con la legislazione speciale⁷⁴⁴, contro ogni tipologia d’inquinamento, soprattutto atmosferico.

⁷⁴⁰ Pensiamo, ad esempio, all’inquinamento idrico e all’articolo 635 c.p. o ai reati di avvelenamento ed adulterazione di acque (artt. 439, 440, 452 C.P.), piuttosto che all’inquinamento da rumore e all’articolo 659 c.p., e così oltre.

⁷⁴¹ Per una disamina storica, oltre che attuale, del getto pericoloso di cose, v. il recente lavoro monografico: GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008.

⁷⁴² Cfr., *ex plurimis*: Cass. pen., sez. III, sent. n. 37495.

⁷⁴³ *Contra*, dunque per la natura permanente: Cass. pen., sez. III, sent. n. 27562 del 1 luglio 2015; n. 19637 del 2012.

⁷⁴⁴ Sin dal 1985, la Corte di Cassazione penale (sent. n. 6249/85), ad esempio, ha stabilito che “... è pienamente configurabile il concorso tra il reato di cui all’art. 674 Cod. pen. (getto pericoloso di cose) e quello previsto dall’art. 20 della Legge 13 luglio 1996, n. 615 (c.d. legge antismog), in quanto esiste una compatibilità fra le norme sopra indicate [...] la normativa contro l’inquinamento atmosferico ha per finalità la protezione della risorsa-aria come bene giuridico autonomo e, solo in via mediata, la generalità dei soggetti che subiscono le conseguenze del degrado qualitativo dell’aria che respirano. Ne consegue che per il configurarsi della responsabilità penale a carico dei titolari delle industrie che comportino, a causa delle loro lavorazioni, lo sprigionarsi di gas, fumi, odori, polveri e rumori, non è indispensabile il requisito della tossicità di tali emanazioni, essendo sufficiente una loro generica nocività, ossia un pregiudizio di qualsiasi specie”. Per il dibattito dottrinale sul punto, v.: V., POSTIGLIONE, *Verso un diritto*, cit., p. 197; FUZIO, *L’art. 674 Cod. pen. e la rilevanza di limiti della legislazione speciale antismog*, in *Giur. mer.*, 1983, p. 667; LUCCHESI, *Rapporti fra l’art. 674 Cod. pen. e la disciplina “antismog”*, in *Giust. pen.* 1981, II, p. 438 e SATURNINO, *L’art. 674 Cod. pen. e l’inquinamento atmosferico di origine industriale*, in *Giur. mer.*, 1981, p. 454.

In generale, la fattispecie in parola risultava (e risulta) *comoda* sotto un profilo probatorio⁷⁴⁵, anche se caratterizzata da sanzioni ben poco incisive (fino a un mese di arresto e fino a 206 Euro di ammenda), comunque oblazionabili.

La *comodità* di ieri non si rinviene oggi in ragione della tipologia di pericolo ritenuto sussistente: se è quello *concreto* a venire in riferimento⁷⁴⁶, allora le semplificazioni probatorie – in ordine al nesso di causalità *condotta/evento di pericolo*, alle *misurazioni delle emissioni*, e alle *ricerche scientifiche* capaci di evidenziare i vari livelli di emissioni considerabili pericolosi per la salute delle persone, e oltre – assicurate dall'*astratta idoneità ad offendere* si perdono inevitabilmente. Se il vaglio è concreto, allora non basta nemmeno più il superamento dei limiti tabellari previsti per determinate attività o per specifiche sostanze da discipline di settore, ma occorre la prova concreta dell'offesa (o, in questo caso, del *pericolo di molestia*)⁷⁴⁷. Naturalmente, considerare *molestia* un qualsiasi stato d'animo emissione-correlato – paura, ansia, isteria collettiva, *etc.* –, spesso nemmeno riconducibile a patologie psichiatriche, significa espungere con *escamotage* illegittimi la verifica dell'idoneità in concreto tipica della tecnica di tutela con cui la fattispecie pare costruita.

Che negli anni questa fattispecie sia stata ampliata per reprimere anche condotte offensive per l'ambiente è tutto sommato comprensibile, come lo è la sua applicabilità a emissioni industriali, artigianali e agricole oggetto di disciplina specifica, ma i *limiti* di questa estensione sicuramente lo sono meno.

Poche fattispecie codicistiche, in effetti, presentano così numerosi punti dubbi – o, comunque, in forte frizione con la legalità come principio – e contrasti giurisprudenziali anche interni alla medesima sezione della

⁷⁴⁵ Sul punto RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 175.

⁷⁴⁶ Questa è la lettura più recente in giurisprudenza [*ex plurimis*: Cass. pen., sez. III, 17 aprile 2009, n. 16286; n. 36845 del 26 settembre 2008] e quella largamente prevalente in dottrina [tra gli altri, v.: RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, p. 175].

⁷⁴⁷ Cfr. la già citata: Cass. pen., sez. III, sent. n. 36845 del 26 settembre 2008.

Corte nomofilattica. Oltre al ben noto problema concernente la perimetrazione del termine *indefinito* per antonomasia – la “cosa”⁷⁴⁸ – il cittadino non è mai stato messo nelle condizioni di conoscere *ex ante* la rilevanza penale o meno della sua condotta astrattamente riconducibile all’art. 674 c.p. Esistono contrasti su ogni tema: dall’unicità del reato all’elemento oggettivo dello stesso, dalla rilevanza del superamento dei limiti-soglia al momento consumativo della contravvenzione, e così oltre.

4.5.1. Ad ogni modo, sul punto pare di fondamentale importanza l’analisi della seconda parte dell’art. 674 c.p., laddove il legislatore del ’30 specifica la rilevanza penale di emissioni di *gas*, vapori o fumi “... *nei casi non consentiti dalla legge*”. Una corretta interpretazione di tale segmento codicistico necessita, in primo luogo, di alcune brevi specificazioni di ordine storico.

Il codice Zanardelli del 1889 prevedeva al Libro III, Titolo I, Capo IV, art. 475, la punizione per il getto o il versamento pericolosi di cose: “*Chiunque getta o versa in luogo di pubblico transito, o anche in un recinto privato comune a più famiglie, cose atte ad offendere o imbrattare le persone è punito con l’arresto sino a dieci giorni o con l’ammenda sino a lire cento*”. All’epoca, almeno stando alle ricostruzioni di autorevoli autori del tempo⁷⁴⁹, le emissioni non erano ricomprese perché non risultavano catalogabili in *cose* passibili di “*getto o versamento*”.

4.5.2. Queste immissioni eterogenee (industriali, caldaie a metano per riscaldamento, idriche, esalazioni maleodoranti provenienti da impianti, da deiezioni di animali, dalla circolazione stradale, e oltre) devono poi risultare quantitativamente *aldilà* di precisi limiti quantitativi.

Qui la questione si complica e l’incertezza regna sovrana: alcune pronunce ritengono il *getto pericoloso di cose* configurabile indipendentemente dal

⁷⁴⁸ Da qui il problema noto relativo alla riconducibilità all’art. 674 c.p. dell’*elettrosmog*. Sul tema, per tutti, v.: RIGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, cit., p. 178 ss.

⁷⁴⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, XI, Torino, 1923, p. 340, ripreso da GIZZI, *Inquinamento elettromagnetico e getto pericoloso di cose*, in *Cass. pen.*, v. 9, p. 3438 ss. (spec. nota 22). In questo scritto l’autrice utilizza, giustamente, questa constatazione storica per rafforzare l’impossibilità di ricomprendere oggi le *onde elettromagnetiche* nel 674 c.p.

superamento dei valori-soglia previsti dalla legge⁷⁵⁰; altre, più correttamente, considerano il rispetto di questi ultimi, solo se presenti⁷⁵¹, come una *presunzione di liceità del comportamento*⁷⁵². A nostro avviso attivare il diritto penale per punire emissioni rientranti nei *limiti* (scritti o desunti⁷⁵³, ma) stabiliti dal legislatore per eccesso perché superano il concetto civilistico di *normale tollerabilità* (844 c.c.), significa commettere un errore scientifico: l'incolumità pubblica, essendo un interesse pacificamente collettivo, necessita di offese dirette verso un numero indefinito di soggetti⁷⁵⁴; "dettaglio", questo, che impedisce ad una norma destinata a regolare i rapporti tra privati di fungere da strumento per la misurazione di un'offesa penale quantitativamente e qualitativamente differente. In definitiva, la valutazione circa l'idoneità offensiva deve essere duplice: in *astratto* (sono superati i *limiti-soglia*? e il livello di tollerabilità?) e in *concreto* (quella condotta specifica ha attivato concretamente un pericolo per l'incolumità pubblica? ha posto in pericolo l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone?).

⁷⁵⁰ Cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 15734 del 15 febbraio 2009; sent. n.ri 15707, 15708, 15709, 15710, 157011 del 15 aprile 2009; n. 7605 del 27 febbraio 2012.

⁷⁵¹ Esiste un orientamento, oggi piuttosto consolidato, che riconosce la *presunzione di liceità dell'emissione* solo in presenza di *valori-soglia* specificamente prestabiliti dalla legge. Ciò significa, in altre parole, che tale presunzione non opererà mai in tema di emissioni odorigene intollerabili, ad esempio (cfr. Cass. pen., sez. III, sent. n. 37037 del 2012). Sul tema, v: Cass. pen., sez. III, n. 37495 del 17 ottobre 2011; sent. n. 34896 del 27 settembre 2011; n. 2377 del 20 gennaio 2012. Per la dottrina, tra gli altri, v.: PAONE, *Emissioni in atmosfera, molestia alle persone e intervento giudiziario* (nota a Cass. pen. n. 37495/2011), in *Ambiente e sviluppo*, n. 4/2012, p. 313.

⁷⁵² Cfr.: Cass. pen., sez. III, n. 36845 del 26 settembre 2009 (sentenza "Tucci", caso Radio Vaticana); Cass. pen., sez. III, sent. n. 13 luglio 2011, n. 37495. Sul punto anche RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 177.

⁷⁵³ Pur prendendo atto dell'indirizzo dominante in giurisprudenza (v. nota 649), anche in mancanza di *limiti-soglia* predeterminati spetterà al giudice utilizzare tutte le conoscenze specifiche di settore per determinare il *livello di tollerabilità consentita* – il quale consente di valutare l'operatività o meno della presunzione di liceità – in rapporto alla predisposizione di tecniche aggiornate (migliore tecnologia disponibile, MTD). Sul tema, tra gli altri, v.: MONTAGNA, *Nota a Cassazione penale del 9 marzo 2006*, in *Cass. pen.*, v. 9, 2007, p. 3332.

⁷⁵⁴ Molto chiaro sul punto anche RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 177.

4.6. All'interno del d.lgs. 152/2006: titolo I, parte V. La qualità dell'aria fra inosservanze rilevanti, omissioni specifiche, prescrizioni amministrative e superamento di limiti-soglia – Il Testo Unico in materia ambientale licenziato nel 2006 contiene, nella Parte V integrata dal d.lgs 128/2010, nuove norme *in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera*⁷⁵⁵ che hanno modificato profondamente tutta la disciplina precedente⁷⁵⁶. La Parte Quinta contiene tre titoli disciplinanti, rispettivamente, la prevenzione e la *limitazione delle emissioni in atmosfera di impianti e attività*⁷⁵⁷, *gli impianti termici civili*⁷⁵⁸ e *i combustibili*⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Per tutto ciò che non diremo, con riferimento alla disamina tecnica sul contenuto (prevenzione e limitazioni delle emissioni in atmosfera di impianti e attività, impianti termici civili, combustibili, *etc.*), si rinvia a: MIDIRI, *La disciplina delle emissioni in atmosfera nel "testo unico ambiente"*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2/2010, p. 249 ss.; L. ROMANO, *Inquinamento atmosferico*, in AA.VV., *Manuale ambiente*, Milano, 2013, p. 559 ss.; e per la disciplina strettamente penalistica a RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 159 ss.

⁷⁵⁶ La prima normativa dedicata alla tutela dell'aria era la, ben poco fortunata [cfr. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 295] legge 13 luglio 1966 n. 615 (*Provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico*), poi sostituita quasi integralmente dal d.P.R. 24 maggio 1988 n. 203, integrato da una serie caotica di provvedimenti normativi complessi.

⁷⁵⁷ Il "titolo I" si applica agli impianti termici civili non disciplinati dal Titolo successivo, dunque quegli impianti con potenza tecnica nominale inferiore a 3 MW e alle altre attività che producono emissioni. In esso sono inoltre presenti numerose definizioni rilevanti che utilizzeremo nel proseguo della trattazione. Tra le altre, riportiamo quella di *inquinamento atmosferico* (ogni modificazione in quantità e con caratteristiche tali da ledere o da costituire un pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente oppure tali da ledere i beni materiali o da compromettere gli usi legittimi dell'ambiente), di *emissione* (qualsiasi sostanza solida, liquida o gassosa introdotta in atmosfera che possa causare inquinamento atmosferico e, per le attività di cui all'art. 275, qualsiasi scarico, diretto o indiretto, di composti organici volatili – COV – nell'ambiente), di *emissione convogliata* (emissione di un effluente gassoso effettuata attraverso uno o più appositi punti), *emissione diffusa* (emissione diversa da quella ricadente nella definizione di emissione convogliata), *emissione tecnicamente convogliabile* (emissione diffusa che deve essere convogliata sulla base delle migliori tecniche disponibili o in presenza di situazioni o di zone che richiedono una particolare tutela).

⁷⁵⁸ Il secondo titolo si applica agli impianti termici civili con potenza tecnica nominale inferiore ai 3 MW e presenta sanzioni meramente amministrative. Non c'è penale qui.

⁷⁵⁹ Il presente Titolo si applica ai combustibili ed è protetta sia dal diritto amministrativo che dal diritto criminale (art. 296 TUA).

4.6.1. In linea generale, (quasi⁷⁶⁰) tutti gli *stabilimenti*⁷⁶¹ – industriali, artigiani, di servizi⁷⁶², *etc.* – contenenti impianti che emettono in atmosfera devono essere autorizzati (art. 269 d.lgs 152/06), oltre che rispettare alcune ferree prescrizioni e alcuni controlli periodici⁷⁶³. Tale autorizzazione, rilasciata dalla regione, dalla provincia autonoma o dalla diversa autorità indicata con legge regionale, dura quindici anni: un tempo, questo, sicuramente eccessivo se si pensa alle tempistiche tipiche dell'avanzamento scientifico-tecnologico esistenti in materia ambientale. L'impianto sanzionatorio di stampo penalistico è contenuta principalmente nell'art. 279 del d.lgs 152/06 e presenta illeciti di tipo contravvenzionale a soggetto attivo *pre-determinato*: il *costruttore incaricato*

⁷⁶⁰ Esistono specifici casi espressi di *esclusione*: impianti destinati alla difesa nazionale, emissioni provenienti da sfiati e ricambi d'aria esclusivamente adibiti alla protezione e alla sicurezza degli ambienti di lavoro di cui all'art. 272, comma quinto, distributori di carburante di cui allo stesso articolo e le attività ad "inquinamento poco significativo" contenenti nell'allegato 4 del d.lgs 152/06, così come modificato dal d.lgs 128/2010. Per ulteriori specificazioni tecniche si rinvia a AA.VV., *Manuale ambiente*, cit., p. 561 ss. Ad ogni modo, per queste deroghe valgono i limiti di emissione e le prescrizioni stabiliti dalle regioni e dalla normativa vigente (art.li 272, comma 1 e 271, comma 3 e 4).

⁷⁶¹ La nozione di impianto non coincide più con quella di stabilimento (art. 268, comma 1, d.lgs 152/2006): il d.lgs 128/2010 considera esplicitamente *impianto* un dispositivo/sistema fisso e destinato ad una specifica attività, mentre lo *stabilimento* un complesso unitario e stabile in cui sono presenti uno o più impianti o attività. Questa distinzione assume particolare significato per la nostra materia: *l'autorizzazione*, infatti, è oggi data allo stabilimento, non più ai singoli impianti. Ciò semplifica, ma non troppo. Di fatto, con la disciplina precedente solo gli impianti che producevano emissioni da autorizzare venivano controllati con la procedura ordinaria. Oggi *l'autorizzazione* è unica, ma è sufficiente la presenza (nello stabilimento) di un solo impianto con emissione in atmosfera che richiede un'autorizzazione rilasciata con procedura ordinaria che anche tutti gli altri impianti (magari normalmente suscettibili di controlli caratterizzati da procedure semplificate) debbono seguire la stessa procedura aggravata.

⁷⁶² Cfr. Cass. pen., sez. III, sent. n. 19330 del 9 maggio 2015.

⁷⁶³ L'art. 278 d.lgs 152/2006 prevede che a fronte di alcune infrazioni *l'autorità* possa *diffidare, diffidare e sospensione dell'autorizzazione per gli impianti e le attività oggetto di violazione, revocare l'autorizzazione relativamente agli impianti o alle attività oggetto della violazione in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte o per reiterata violazione delle prescrizioni imposte nell'autorizzazione pericolosa o lesiva per la salute o per l'ambiente.*

(colui che inizia a installare, ad esempio) e il *gestore* (colui che successivamente esercita l'impianto o l'attività).

Il primo considera un reato proprio⁷⁶⁴ e permanente⁷⁶⁵, concernente l'attività di colui che *inizia o esercisce* (quindi attiva anche senza inquinare effettivamente⁷⁶⁶) *uno stabilimento* che produce emissioni in atmosfera *in assenza della prescritta autorizzazione*⁷⁶⁷. Allo stesso modo è *punita la condotta di colui che prosegue l'attività dello stesso stabilimento senza verificare l'inesistenza delle autorizzazioni necessarie*⁷⁶⁸. Non solo, i singoli impianti che emettono in atmosfera non possono essere *spostati e/o modificati* (modifica c.d. sostanziale⁷⁶⁹) senza l'autorizzazione di cui all'art. 269, comma 8, d.lgs 152/06⁷⁷⁰.

Esiste poi un'altra contravvenzione penale prevista sempre dal primo comma dell'art. 279 d.lgs 152/06 la quale concerne la condotta di colui che *continua l'esercizio dello stabilimento con l'autorizzazione scaduta, decaduta, sospesa o revocata*.

⁷⁶⁴ Cfr.: Cass. pen., sez. III, n. 27360 del 10 luglio 2012, in *Dir. giust. agr. amb.*, n. 2, 2013, p. 104 ss. con nota di: MARASCIALLI, *L'inquinamento atmosferico: individuazione del soggetto attivo del reato*.

⁷⁶⁵ Cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 5025 del 7 febbraio 2007; sent. n. 22018 del 9 giugno 2010.

⁷⁶⁶ Non è importante che l'attività inquinante abbia effettivamente avuto inizio, ma è sufficiente che sia stata sottratta al controllo preventivo degli organi di vigilanza. Sul punto, cfr.: Cass. pen., sez. III, n. 192 del 7 gennaio 2013, in *Dir. giur. agr. amb.*, n. 9, 2013, p. 537 ss. con nota di ANTONINI-ANDREOZZI, *Sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di decorrenza del termine di prescrizione del reato di realizzazione di impianto senza autorizzazione alle emissioni in atmosfera*.

⁷⁶⁷ La richiesta di autorizzazione, occorre qui specificarlo, necessita di due allegati: il *progetto* dello stabilimento e la *relazione tecnica* che descrive il ciclo produttivo in cui si inserisce l'attività dei singoli impianti interessati dalla presente disciplina ambientale.

⁷⁶⁸ Cfr.: Cass. pen., sez. III, sent. n. 8051 del 27 febbraio 2007; n. 19332 dell'8 maggio 2009.

⁷⁶⁹ Per modifica c.d. sostanziale s'intende quella che comporta un aumento o una variazione qualitativa delle emissioni o che altera le condizioni di convogliabilità tecnica delle stesse [Cass. pen., sez. III, sent. n. 15500 del 23 aprile 2012]. La modifica c.d. non sostanziale di un impianto in assenza di autorizzazione, invece, è stata depenalizzata con il d.lgs 128/2010.

⁷⁷⁰ Cass. pen., sez. III, sent. n. 30863 del 23 luglio 2008.

Passando al ben più interessante comma secondo dell'articolo in analisi si scopre l'esistenza di una contravvenzione formale di pericolo⁷⁷¹ diretta a reprimere penalmente le violazioni dei valori limite⁷⁷² di emissione o le prescrizioni stabilite: a) *dall'autorizzazione*; b) *dagli Allegati I, II, III, V*; c) *dai piani e dai programmi della normativa di cui all'art. 271*; d) *imposte altrimenti dall'autorità competente*.

Il comma successivo, invece, contempla il reato permanente⁷⁷³ di *messa in esercizio di un impianto o l'esercizio di un'attività senza averne dato la preventiva comunicazione* ai sensi dell'art. 269, comma 6 o 272, comma 1, d.lgs 152/06 da applicare fuori dai casi previsti dal diverso art. 29-*quattordices*, comma 7.

Al comma quarto è previsto un reato permanente⁷⁷⁴ applicabile, fuori dai casi previsti dall'art. 29-*quattordices*, comma otto, per l'omessa comunicazione, o la comunicazione incompleta o inesatta⁷⁷⁵, all'autorità competente de dei dati relativi alle emissioni dello stabilimento.

L'art. 288, invece, contiene tutta una serie di sanzioni amministrative per attività precedentemente non punite, ma al quinto comma richiama un punto per noi interessante: se l'autorità competente impone al gestore dello stabilimento di adeguare le emissioni ai limiti entro un determinato termine (oltre il quale lo stabilimento non può più funzionare) ed egli non adempie si applica la norma penale *in bianco* per antonomasia: l'art. 650 c.p.

⁷⁷¹ Cass. pen., sez. III, n. 24334 del 10 giugno 2014.

⁷⁷² Per *valori-limite* deve intendersi i fattori di emissione, le concentrazioni, la percentuale o il flusso di massa di sostanze inquinanti nelle emissioni che non devono essere superati (v. art. 268, lett. q TUA). Questi debbono essere individuati dall'autorità competente in sede di autorizzazione tenendo conto di alcune caratteristiche concrete quali l'età dell'impianto, la localizzazione dell'attività, *etc.* Un profilo per noi assai importante concerne il grado di discrezionalità lasciata al giudicante circa il loro superamento: egli non ha discrezionalità in questo senso in quanto i controlli, effettuati dall'autorità o dagli organi di cui all'art. 268, comma 1, l. p), debbono rilevare concretamente una divergenza tra i valori reali e quelli prescritti.

⁷⁷³ Cass. pen., sez. III, sent. n. 9403 del 29 febbraio 2008.

⁷⁷⁴ Cfr. Cass. pen., sez. III, sent. n. 9403 del 29 febbraio 2008.

⁷⁷⁵ Cass. pen., sez. III, sent. n. 44298 del 28 novembre 2007.

5. Il modello tedesco di protezione penale della qualità dell'aria. Tra Costituzione e Codice penale – L'ambiente (*Umwelt*) è nel sistema giuridico tedesco un sinonimo di *ecosistema* – composto dai suoi elementi (*biotici + abiotici*) naturali: flora, fauna, il suolo, il clima, il paesaggio, l'acqua e l'aria e la loro gestione – paragonabile, seppur con vari adattamenti, all'approccio frazionato che informa il d.lgs 152/2006. Presente sin dal 1994 nella Costituzione tedesca (art. 20° GG)⁷⁷⁶, la concezione *tendenzialmente antropocentrica*⁷⁷⁷ ha riconosciuto il bene collettivo "ambiente" come un obiettivo d'azione dello Stato che necessita di scelte coerenti nel lungo periodo, uno *Staatszielbestimmung*, più che un diritto fondamentale all'ambiente (*umweltgrundrecht*) del singolo individuo. Si tratta di una *scelta costituzionale* ben precisa: obbligare gli organi dello Stato a tenere sempre in stretta considerazione le basi naturali della vita e gli animali, bilanciandoli con gli altri fini costituzionalmente garantiti e creando così l'equilibrio politico di volta in volta prescelto dal legislatore nazionale⁷⁷⁸. Quest'ultimo è considerato il primo, anche se non l'unico, destinatario della norma in analisi e, dunque, l'unico organo legittimato a strutturare gli equilibri di cui si è appena parlato; tanto che

⁷⁷⁶ Per tutti, sicuramente: SCHOLZ, *Artikel 20a GG*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG (*a cura di*), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2010, p. 16 ss.

⁷⁷⁷ Il punto è che non è possibile attribuire soggettività giuridica alla natura e, ad ogni modo, la lettura antropocentrica rischierebbe di compromettere gli equilibri di *interessi vitali* per l'essere umano. Ad ogni modo, qui ci pare opportuno sottolinearlo, per la dottrina tedesca principale ciò non significa propendere per ragionamenti puramente utilitaristici e, quindi, per un disimpegno etico [cfr. EPINEY, *Artikel 20a GG*, in H. MANGOLDT-F. KLEIN- C. STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz: GG*, München, 2010, p. 178]. Ad ogni modo, all'interno dello StGB esistono fattispecie (§§ 324, 324a, 325, 329, comma 3) senza soggetto passivo che pongono la tutela dell'uomo in secondo piano.

⁷⁷⁸ La ricerca dell'*equilibrio* di cui si parla – tutt'altro che operazione semplice – coincide con la strutturazione dei limiti e degli obiettivi della tutela imposta dall'art. 20a GG. Ad ogni modo, è chiaro nella letteratura tedesca prevalente che tale valutazione non possa non tenere in stretta considerazione il *paradosso della precauzione* (v., sopra, §) e non svilupparsi lungo le direttrici del divieto di peggioramento, del mantenimento dei diritti esistenti e della prevenzione dei rischi scientificamente chiari, soprattutto se riferiti a effetti irreversibili sull'ambiente. Sul punto, tra gli altri: EPINEY, *Artikel*, cit., p. 194 ss.

alcuni⁷⁷⁹ hanno addirittura parlato dell'esistenza di una "riserva di fare leggi" (*Gesetzgebungsvorbehalt*).

Nessuno spazio si prospetta dunque per *deleghe* ad altri organi quali il governo o, comunque, tutte le altre fonti normative, anche se di rango pari alla legge ordinaria⁷⁸⁰. Questo limite, a tacer d'altro, pare quantomeno doveroso se si considera la natura globale – oggi pacificamente condivisa – del danno ambientale: a livello internazionale risponde lo Stato nel suo complesso, quindi anche a livello interno dovrà assumersi ogni responsabilità (anche) davanti alle minoranze.

5.1. Senza soffermarsi a lungo sull'evoluzione storica delle prime due riforme penalistiche in materia ambientale in Germania, per ragioni di tempo qui non riassumibili⁷⁸¹, è per noi più utile concentrare l'attenzione sulle soluzioni attuali – §§ 324-330d *StGB* + legislazione speciale⁷⁸² – ad

⁷⁷⁹ Cfr.: EPINEY, *Artikel*, cit., p. 190 ss.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 200.

⁷⁸¹ Fino agli anni Ottanta la tutela dell'ambiente era affidata a fattispecie incriminatrici disorganiche inserite *qua e là* all'interno di discipline di sapore squisitamente amministrativistico. La disciplina penale in protezione dell'ambiente venne poi fatta confluire all'interno del Codice penale tedesco mediante la diciottesima riforma del codice penale per combattere la delinquenza ambientale del 28 marzo 1980 [*Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, in *BGBI*, I, 1980, p. 373] e ampliata con la trentunesima legge di riforma del codice penale, quindi la seconda legge per contrastare la delinquenza ambientale del 27 giugno 1994 [*Strafrechtsänderungsgesetz – Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, *BGBI*, I, 1994, p. 1440]. Sul punto, in lingua spagnola, si v.: WASSMER, in *Revista penal*, 1999, p. 121 ss. La prima riforma, anche se la Corte costituzionale tedesca non si è pronunciata in questo senso (cfr. *BVerfGE*, 75, 329, p. 340 ss.) determinò la vittoria, tutt'ora in esistenza, del modello della c.d. *norma penale in bianco* [cfr. Heine, Rn. 4] e dell'indeterminatezza della terminologia utilizzata, in piena violazione della tassatività e dell'uguaglianza (non dimentichiamo che i singoli *Länder* possono così intervenire con modalità profondamente differenti sul tipo penale). Nel '94 il legislatore modificò parte dell'esistente dirigendo tali interventi verso un rafforzamento dell'accessorietà amministrativa dell'*Umweltstrafrecht*.

⁷⁸² Si pensi alla legge sugli alimenti (LFGB), a quella sui farmaci (AMG), sui prodotti chimici (ChemG), quella sulle malattie infettive (IfSG), quella sulla salute degli animali (TierGesG), quella federale inerente la protezione della natura (BNatSchG), quella sulla caccia (BJagdG) e, infine, quella sulla protezione della flora in generale (PflSchG).

una criminalità ambientale in lieve calo ma, comunque, quantitativamente poco rilevante⁷⁸³.

Tuttavia, non può essere taciuto il più recente intervento legislativo diretto ad europeizzare il diritto penale dell'ambiente; decisione, questa, generata – sulla base della direttiva 2008/99/CE – con la 45^a *StrÄndG* del 6 dicembre 2011. Sebbene criticata⁷⁸⁴, la riforma ha modificato profondamente sia i delitti del Codice⁷⁸⁵ che la legislazione speciale⁷⁸⁶; tanto che in dottrina si parla oggi di una *terza riforma generale* (3° UKG) contro la delinquenza ambientale⁷⁸⁷ capace d'*invertire la tendenza*, sempre esistita all'interno della letteratura d'Oltralpe, *protesa a richiedere una depenalizzazione*⁷⁸⁸.

5.2. In tema di contaminazione dell'aria, il Codice penale tedesco prevede al § 325, comma 1, una protezione per la salute dell'uomo e dell'ambiente *lato senso* inteso (anche animali, piante, *etc.*).

⁷⁸³ Le più recenti statistiche, pur tenendo conto della c.d. "cifra oscura", parlano di una leggera riduzione dei casi concernenti i reati contro l'ambiente: dai 40.000 presenti nel 1997 ai 31.388 del 2013. Dalle statistiche di cui disponiamo è possibile dedurre una prevalenza di violazioni inerenti leggi speciali (14.737 casi), seguita da numerosi delitti codicistici (12.333 casi). Ad ogni modo, i reati contro l'ambiente costituiscono, in Germania, solo il 0,56% della delinquenza totale. Cfr. *Bundeskriminalamt (ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch, 2013*, p. 270; ma anche WASSMER, *Delitos contra el medio ambiente*, in *Revista penal*, n. 35, 2015, p. 262.

⁷⁸⁴ Le critiche, in generale, nascono dalla mancata trasposizione di tutti gli "obblighi" comunitari: predisposizione della colpa grave, passaggio dal danno al pericolo in alcune fattispecie (es: § 324 StGB in tema di inquinamento idrico), *etc.* Sul tema, cfr.: GARTZ, *Das neue Europäischen Vorgaben*, ZUR, 2013, p. 316 ss.; SZESNY-GÖRTZ, *Das neue Umweltstrafrecht – Kritisches zur Umsetzung der Richtlinie Umweltstrafrecht*, in ZUR, 2012, p. 405 ss.

⁷⁸⁵ La risposta penale all'illecito ambientale è adottata dal legislatore tedesco, contemporaneamente, sulle strutture del danno (§§ 324, 325, comma 1, StGB), del pericolo concreto (es. § 325a, comma 2, StGB), astratto/concreto o presunto (§§ 325, comma 2, 326, 327, 328, 329 StGB). Per un breve ma completo riassunto, sempre in lingua spagnola, delle modifiche si rinvia a WASSMER, *Delitos*, cit., p. 263.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 263-264.

⁷⁸⁷ Cfr. HEGER, *Strafrechtsänderungsgesetz – Ein erstes europäisiertes Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, in HRRS, 2012, p. 211; così anche WASSMER, *Delitos*, cit., p. 262.

⁷⁸⁸ HEGER, *Ein erstes*, cit., p. 211 e 212.

Questo il testo della disposizione nei confronti della quale, lo specifichiamo subito, non risulta applicabile né l'ipotesi del pentimento operoso ex § 330b StGB né la confisca (§ 330c StGB):

“Chiunque, nell'esercizio di un impianto, in particolare di uno stabilimento o di una macchina, violando obblighi amministrativi, cagiona alterazioni dell'aria atte a nuocere, al di fuori della sfera di pertinenza dell'impianto, alla salute altrui, ad animali, a piante o ad altre cose di rilevante valore, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. Il tentativo è punibile.

Chiunque, nell'esercizio di un impianto, in particolare di uno stabilimento o di una macchina, violando gravemente obblighi amministrativi, libera nell'aria, al di fuori dell'area dello stabilimento, sostanze nocive in quantità considerevole, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria.

Se l'autore agisce per colpa, si applica la pena detentiva fino a tre anni o la pena pecuniaria. Sostanze nocive ai sensi del comma 2 sono le sostanze: 1) idonee ad inquinare in modo duraturo un corso d'acqua, l'aria, il suolo o ad alterarli altrimenti in peggio.

I commi 1 a 3 non si applicano agli autoveicoli, ai veicoli a rotaia, agli aerei e ai natanti.

La disciplina del primo comma – applicabile al di fuori degli stabilimenti e, dunque, aldilà delle disposizioni inerenti la sicurezza sul lavoro – concerne l'*Anlage*, ovvero stabilimenti industriali di vario tipo (impianti di raccolta e smaltimento dei rifiuti, siti artigianali, *etc.*) e non industriali (aeroporti, strade pubbliche, *etc.*).

L'impianto o, meglio, lo stabilimento, non deve inquinare l'aria all'esterno, o peggiorare in modo consistente una situazione già precaria, in nessun momento della sua vita. Certo è che la punibilità della condotta inquinante, dolosa o colposa, sconta l'esistenza di un *pericolo* c.d. *astratto-concreto*⁷⁸⁹ e di un rapporto causale con un'autorizzazione amministrativa violata con riferimento agli obblighi in essa stabiliti o, comunque, una qualsiasi disposizione giuridica [§ 330 StGB].

⁷⁸⁹ Questa tipologia intermedia di pericolo (*astratto-concreto* o *potenziale*) concerne, in fase di accertamento giudiziale, la verifica dell'esistenza di una legge scientifica capace di sostenere il *giudizio di idoneità della condotta a produrre l'evento*. Dovranno altresì essere presi in considerazione elementi concreti ulteriori, a nostro parere anche diversi da quelli contemplati dalla legge scientifica di riferimento, capaci di far emergere ancor meglio l'idoneità di cui si è detto.

Le domande, sul tema, divengono le seguenti: l'osservanza della prescrizione avrebbe potuto evitare l'inquinamento o il peggioramento dello stato dell'aria? La sostanza, sola o combinata con altre⁷⁹⁰, è idonea⁷⁹¹ ad offendere la *salute*⁷⁹² dell'uomo, delle piante, degli animali o altre cose di particolare valore?

Il comma successivo, il secondo, intende proteggere, sempre con la tecnica del pericolo astratto-concreto, la purezza dell'aria a prescindere dall'influsso della sostanza inquinante sull'essere umano. La sua *natura* apparente di mera violazione dolosa o colposa, seppur *grave*⁷⁹³, di asettici obblighi (amministrativi) sembra consentire la punizione di condotte di emissione di sostanze nocive a prescindere dalla concretizzazione del pericolo, ma così non è. In effetti, il legislatore tedesco recupera una parvenza di concretizzazione del pericolo obbligando l'interprete a selezionare le sole sostanze *idonee* ad inquinare in modo duraturo, o peggiorare, l'ambiente. Servono, anche in questa sede, solide basi scientifiche capaci di dimostrarne la "capacità inquinante".

5.2.1. Le sanzioni presenti al § 325 *StGB*, come altre (§§ 324 – 239 *StGB*), subiscono un aumento consistente con riferimento ad emissioni consapevoli e volute, quindi dolose, di "particolare gravità"⁷⁹⁴ che

⁷⁹⁰ Molto chiara sul punto l'opinione, largamente condivisa, di: MÖHRENSCHLAGER, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrechts des Strafgesetzbuches*, in *WuV*, 1984, p. 62 ss.

⁷⁹¹ L'idoneità, come abbiamo detto (v. nota 701), si presenta come astratta e generica, ma sorretta da forti leggi scientifiche di copertura.

⁷⁹² Il concetto di *salute*, almeno in questa sede, varia al modificarsi del soggetto di riferimento. Se concentriamo l'attenzione sull'uomo, allora essa è qui intesa come causa dell'insorgere di una malattia non irrilevante o come l'aggravio della stessa. Se spostiamo l'attenzione sulle piante e sugli animali – o, meglio, su quelle piante o quegli animali che rappresentano un valore ecologico, economico e naturale – occorre far riferimento al concetto di deperimento. Quanto all'idea di sapore molto antropocentrico di "altre cose di valore", occorre fare riferimento a beni (mobili, mobili registrati e non) di particolare pregio paesaggistico, culturale, etc.,

⁷⁹³ In questo senso la violazione deve risultare non marginale o lieve. Sul punto, essendo questa una limitazione assai generica e non legislativamente definita, a nostro avviso l'interprete tedesco brancola nel buio più assoluto.

⁷⁹⁴ Sul punto è il legislatore tedesco che disciplina i c.d. casi di particolare gravità, includendo nella lista: il danneggiamento di un corso d'acquale, il suolo o un'area

generano un *danno effettivo e reale*, ai sensi del § 330, comma 1, *StGB*: da sei mesi a dieci anni di reclusione. Un diverso aggravio, costruito sul pericolo concreto e sul danno effettivo, più consistente è previsto al comma 2 per le condotte dolose che causano la morte di un uomo, espongono la sua vita a pericolo o che provoca un grave danno alla sua salute o (anche per un numero consistente di uomini) un danno qualsiasi alla salute⁷⁹⁵, è punito da uno a dieci anni se danneggia un corso d'acqua, il suolo o un'area protetta (*ex* § 329, comma 3, *StGB*) in modo tale che il danno non possa essere eliminato che con un impegno straordinario o solo dopo molto tempo⁷⁹⁶, oppure con pena detentiva non inferiore a tre anni se la condotta non è già punita ai sensi del primo comma.

Qui, come abbiamo già specificato durante la trattazione, rileva il dolo, non la colpa. In quest'ultima ipotesi ci si affida alle ipotesi presenti al § 330a *StGB*.

5.2.3. La liberazione di sostanze tossiche sull'uomo è poi prevista e punita dal § 330a *StGB*, comma 1, laddove, ricalcando concettualmente l'evento presente nel § 330, comma 2, n. 1, *StGB*, punisce da uno a dieci anni di detenzione “...chi diffonde o libera sostanze che contengono veleni o che possono generarli e in tal modo causa pericolo di morte o di un grave pregiudizio alla salute di un uomo o il pericolo di un danno alla salute per un gran numero di persone”. Sostanze tossiche per l'uomo e, solo di riflesso, negative per l'ambiente, questo è il primo punto. Con tale segmento codicistico strutturato sul dolo con la tecnica del pericolo concreto, il legislatore

protetta in modo che il danno non possa essere eliminato con un impegno straordinario o solo dopo molto tempo, il pericolo per l'approvvigionamento pubblico di acqua, il danneggiamento permanente del patrimonio di una specie animale o di piante in estinzione, l'agire a scopo di lucro, *etc.*

⁷⁹⁵ Esclusione fatta per la morte, i casi di minore gravità sono puniti dall'ultimo comma del § 330 *StGB* con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

⁷⁹⁶ In questo senso è opportuno specificare che la norma non si concentra meramente sulla funzionalità (ambiente/uomo) del bene dell'ambiente compromesso, ma al ripristino delle sue caratteristiche *fisiche e biologiche* tipiche. Cfr. CRAMER-HEINE, § 330, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rn. 3.

tedesco ha inteso reprimere in anticipo il pericolo di morte o di danneggiamento della salute di un singolo e di una moltitudine indefinita di soggetti.

“Se con il fatto l'autore causa la morte di un uomo, si applica la pena detentiva non inferiore a tre anni”, prosegue poi con il secondo comma della disposizione in analisi. Qui l'attenzione rimane apparentemente ancorata alla condotta dolosa e si sposta sull'evento di danno (morte), riferito anche solo ad un singolo. Tuttavia, ai sensi del § 18 StGB l'effetto aggravante in analisi potrà essere imputato al soggetto agente solo se cagionato (almeno) per colpa.

L'articolo prosegue con il terzo comma stabilendo che: *“...nei casi di minore gravità tra quelli previsti dal comma 1, la pena detentiva è da sei mesi a cinque anni, tra quelli previsti dal comma 2 è da uno a dieci anni”*. Qui la condotta colposa non è contemplata.

Ben di maggiore interesse risultano i commi quarto e quinto: *“Chi, nei casi di cui al comma 1, causa il pericolo per colpa, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria”*. *“Chi, nei casi di cui al comma 1, agisce per colpa grave e causa il pericolo per colpa, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria”*. Con queste specificazioni si orienta la protezione penale alla condotta colposa costruita sul pericolo concreto, con la differenza che all'ultimo comma è richiesta la *colpa grave* della condotta e una creazione del pericolo anche solo di *colpa lieve*.

5.3. In generale, è possibile osservare come questo l'impianto codicistico, fondato sulla responsabilità della sola persona fisica⁷⁹⁷, risulti basato principalmente sulla struttura del pericolo *astratto-concreto* (v. §§ 325, comma 1 e 2; 325a, comma 1; ma anche i §§ 328, comma 1, n. 2.; 311; 324a, comma 1, n. 1) – pochi, sempre per difficoltà processuali, di prova, quelli costruiti sul danno o sul pericolo concreto puro –.

Nondimeno, la disciplina qui approfondita sulla protezione penale dell'aria presenta caratteristiche differenti: la tecnica del *pericolo potenziale*

⁷⁹⁷ Le persone giuridiche e gli enti collettivi sono passibili di mera sanzione amministrativa conforme al § 30 OWiG.

si aggiunge a fattispecie incentrate sul *danno* e sul *pericolo concreto*; si nota un grande assente, il *pericolo presunto*.

Sempre su di un piano generale, la disciplina nel suo complesso, ma sotto certi profili anche quella dell'aria, si caratterizza per una forte accessorietà al diritto amministrativo: anche Oltralpe il tipo penale, almeno in materia ambientale, dipende strettamente dall'atto amministrativo.

Ecco che i due problemi principali in punto di offensività (*pericolo presunto* e *protezione penale di obblighi amministrativi*) sembrano ridursi ad uno soltanto: la *Verwaltungsakzessorietät*. Comunque, posto che il dibattito sul tema è assai acceso in Germania, alcune brevi precisazioni debbono essere fatte anche in punto di livello di concretizzazione del pericolo astratto-concreto.

Procediamo per gradi.

Il diritto amministrativo come definizione materiale e completamento del *Tatbestand* produce quella *struttura penalistica orientata alla mera disobbedienza* teorizzata in Germania agli inizi del Novecento e già ampiamente criticata nel primo capitolo della presente ricerca.

Ad ogni modo, è opportuno qui sottolineare nuovamente come tale tecnica non tuteli beni e non si discosti solamente dall'idea di un diritto penale in protezione di questi ultimi, magari sanzionando in via indiretta una loro potenziale aggressione, ma polverizzi completamente la base liberale del *quando punire*.

Le *funzioni* amministrative di governo non sono *beni* penalistici – non solo non *preesistono* alla legge (penale) e spesso non sono condivise e sviluppate nella cultura di riferimento, ma vengono strutturate *ad hoc* dalla maggioranza di volta in volta al potere e risultano incompatibili con la statuto costituzionale minimo del diritto penale – e una loro tutela finalizzata alla cura indiretta d'interessi meritevoli finisce per dilatare il concetto-base fino a confondere il *bene giuridico* con quello di *obbligo asettico di per sé inoffensivo*.

Certo è che ad una letteratura, come quella tedesca, che non si è (quasi) mai occupata degli sviluppi più importanti della penalistica italiana dagli anni Settanta ad oggi, non è possibile chiedere di valorizzare un principio

che non conosce. Pertanto, in Germania i problemi di compatibilità si dirigono verso la (*in*)determinatezza prodotta da questo *trend ex art. 103, comma 2, GG* e, dunque, verso profonde analisi sulle varie tipologie di influsso amministrativo nel tipo penale⁷⁹⁸.

6. Considerazioni generali (ma finali) sul diritto penale dell'ambiente e sul "settore atmosferico" – La disciplina penale dell'ambiente interna si caratterizzava in passato dalla presenza di una legislazione complementare in protezione di acqua, aria, etc., e di alcune fattispecie codicistiche geneticamente utilizzabili in materia (art. 423-bis c.p., etc.) o rese forzosamente utilizzabili dalla giurisprudenza (artt. 647, 434, 449, 635 c.p. etc.). Questo impianto però non avrebbe mai potuto reggere al variare repentino dei tempi e al "progresso" dell'industria lato senso intesa. Così, dopo qualche anno il d.lgs 3 aprile 2006 n. 152 ha fornito un Testo Unico Ambientale che, dopo varie peripezie, è entrato a far parte a pieno titolo del diritto penale dell'ambiente. In quest'ultimo, alle varie discipline specifiche inerenti i singoli macro-settori di riferimento, si affiancano discipline comuni concernenti l'omessa bonifica, l'omessa comunicazione di evento potenzialmente contaminante e gli illeciti in tema di AIA. Quanto al bene giuridico, esso non riesce ad abbandonare quei contorni che da sempre risultano incerti, anche se ad oggi pare possibile registrare che la disputa tra letture ecocentriche e letture antropocentriche è conclusa con la prevalenza applicativa delle seconde. Ultimo appunto generale: la struttura di fondo del diritto penale dell'ambiente è composta da interventi penalistici spesso anticipati e assai indiretti.

⁷⁹⁸ In questo senso è facile, negli studi della letteratura tedesca, trovare distinzioni come accessorie amministrative riferite agli *atti* (provvedimenti, autorizzazioni, divieti, etc.), al diritto (regolamenti, etc.) o ai contratti pubblici. Così suddividendo, questa dottrina è unanime nel legittimare alla luce della "punibilità stabilita dalla legge" (*Strafbarkeit gesetzlich bestimmt*) *ex art. 103, comma 2 GG*, solo le inosservanze di norme di diritto amministrativo, lo *Verwaltungsrechtsakzessorietät*. Cfr., per tutti, le riflessioni presenti in: CATENACCI-HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. dir. pen. econ.*, 1990, p. 940 ss.

6.1. L'illecito ambientale si presenta caratterizzato da una prevalenza della contravvenzione e da un'accessorietà marcata al diritto amministrativo, che si sostanzia in tre modelli tipici: l'esercizio non autorizzato (o segnalato) all'Autorità; la mera disobbedienza all'Autorità stessa; e il superamento di soglie di immissione/emissione prestabilite da agenzie varie e recepite dal legislatore penale.

Il governo, spesso l'unico legislatore in materia, adotta sovente la tecnica della normazione in bianco infarcita di numerosi rinvii, di clausole generiche di ogni tipo e sanzioni marcatamente illogiche perché avulse dal contesto. Alle problematiche appena riassunte si deve aggiungere la repulsione della giurisprudenza principale verso l'applicazione di cause di giustificazione (esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, etc.) o di esclusione della colpevolezza (stato di necessità, inesigibilità, etc.) compatibili con la materia ambientale.

Altri problemi generali e assai seri concernono poi l'inapplicabilità della recidiva penale alle contravvenzioni e ai delitti colposi, nonché l'irrilevante deterrenza di sanzioni prevalentemente pecuniarie (ammenda) irrogate a soggetti facoltosi che, in una logica di costi/benefici, ben potrebbero inserire l'illecito ambientale "a bilancio".

Il modello contravvenzionale – quello, come abbiamo già detto più volte, prevalente in materia ambientale – condiziona anche l'inapplicabilità del tentativo (art. 56 c.p.) e l'esistenza di una soglia di prescrizione fissata su tempistiche inferiori della durata media del processo penale.

Così come la preponderante presenza di limiti-soglia condiziona in futuro l'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p.

Nonostante la nostra avversione teorica verso soglie prodotte con metodo ascientifico, riteniamo che de lege lata esse possano, anzi debbano, contemplare casi di superamento "offensivo" ma esiguo, tecnicamente esistente ma penalmente irrilevante.

6.2. Nel 2015 l'ambiente è stato toccato da una nuova disciplina (l. n. 68) dalla doppia anima che ha, da un lato, introdotto nel Libro secondo del Codice penale gli eco-delitti, la confisca, etc., mentre dall'altro lato ha predisposto un meccanismo di non punibilità per gli illeciti

contravvenzionali già ampiamente conosciuto nel diritto penale della sicurezza sul lavoro.

Per quanto concerne la parte violenta della normativa, occorre in sede di conclusioni sottolineare come essa risulta caratterizzata da approssimazioni poco scientifiche in relazione ai caratteri offensivi delle condotte punibili. Gli art.li 452-bis e ss. presenta problemi non di poco conto, in primo luogo, in tema di descrizione del disvalore d'evento. Con taglio decisamente antropocentrico il legislatore è intervenuto con termini e aggettivi poco coerenti e puntuali. L'art. 452-bis c.p. parla di deterioramento significativo dell'ambiente senza tenere in considerazione la vastità di un ecosistema o della biodiversità. Allo stesso modo sussiste il termine compromissione – il quale, di per sé, indica un deterioramento irreversibile –, altrettanto macroscopico se riferito all'ambiente nel suo complesso. Qui la difficoltà probatoria è evidente e, a nostro parere, decisiva per il futuro della disposizione.

Non solo, l'art. 452-bis c.p. ricalca, sotto un profilo stilistico, parte dell'art. 452-quater c.p., il disastro ambientale: anche quest'ultimo parla infatti di "alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema". Ciò rende le due casistiche (almeno in parte) pienamente sovrapponibili e probabilmente attirerà l'attenzione della giurisprudenza verso il disastro e le rispettive pene assai più gravi (da cinque a quindici anni di reclusione) di quelle previste per l'inquinamento (da due a sei anni di reclusione).

Le due fattispecie (452-bis e -quater c.p.) sono costruite sul verbo cagionare, dunque sull'evento di danno o di pericolo. Tale caratteristica – diametralmente opposta al trend internazionale inerente la valorizzazione dell'attitudine della condotta a innescare il deterioramento dell'ambiente – risulta assai ossequiosa dell'offensività come principio, forse troppo però; troppo se si tengono in stretta considerazione le caratteristiche tipiche degli attacchi alle risorse ambientali, le regole del procedimento penale e, nello specifico, della prova. L'imputazione causale di eventi di danno o di pericolo è, per il diritto ambientale, assai ardua, almeno in alcune ipotesi riferibili ad aggressioni a beni macroscopici; pertanto, deve sussistere una soluzione coerente coi principi, ma non ignara della prassi e delle

difficoltà teorico-dogmatiche che la materia presenta. Il rischio è evidente: scaricare la violenza repressiva delle Procure della Repubblica sulle sole misure cautelari, dove occorre il *fumus del fatto*, non la sua prova⁷⁹⁹.

Sul tema si registra purtroppo anche generiche clausole d'illiceità speciale per equilibrare repressione e attività di governo. L'inquinamento e il disastro devono essere realizzati abusivamente, l'abbandono di materiale radioattivo, invece, illegittimamente. Non ogni violazione può essere a nostro parere abusiva o illegittima, ma questo rimane appunto un'opinione, seppur largamente condivisa in dottrina. E' qui il problema.

6.3. Sul versante non violento della riforma, invece, merita di essere ripreso in questa sede il meccanismo di estinzione degli illeciti contravvenzionali previsti dal TUA. Tale disciplina, prevedendo la possibilità per il contravventore di eliminare le conseguenze dannose o pericolose della sua condotta e di accedere così al pagamento di una somma di denaro a titolo di oblazione con procedimento penale momentaneamente sospeso (e poi, in caso di buon esito della procedura amministrativa, archiviato), consente all'osservatore di prevederne una diffusissima applicazione. La logica del ripara subito e paga come alternativa al procedimento penale è vincente. Così lo è stato per la sicurezza sul lavoro, così lo sarà sicuramente anche per il diritto ambientale.

6.4. Per quanto concerne l'atmosfera, abbiamo visto che il suo inquinamento conosce fonti naturali, oltre che artificiali. Non solo l'uomo inquina l'aria, ma anche la natura stessa; tuttavia, quest'ultima non risulta di per sé offensiva in quanto anomalia da sempre prevista e ben gestita dall'ecosistema nel suo complesso. Il problema, come sempre accade, è l'uomo e il suo intervento attivo – peggiorativo – su quest'ultimo.

Una cattiva qualità dell'aria mettendo in pericolo la sopravvivenza della nostra specie (es. CO₂ ed effetto serra/riscaldamento globale) e la salute dei suoi componenti (es.: PM10, SO₂ NO_x, CO, O₃, etc.), costituisce un problema

⁷⁹⁹ In questo senso: CATENACCI, *Il commento*, in corso di pubblicazione.

immediato e di grande rilevanza. Esso non ha confini e si presenta indissolubilmente connesso con tematiche eterogenee: una su tutte la povertà. Come negare, in coscienza, che uno dei metodi più gettonati per evitare le numerose restrizioni presenti in tema di emissioni nei Paesi più ricchi sia trasferire la produzione in Paesi più poveri dove per gli abitanti il lavoro rappresenta una delle poche possibilità di sopravvivere?

In Italia la disciplina penale relativa alla tutela dell'aria ha per lungo tempo fatto affidamento, seppur ampliando oltre misura i limiti della legalità, nell'art. 674 c.p., nella sua capacità di tutelare l'incolumità pubblica con tecniche orientate al pericolo. Tuttavia, un suo corretto inquadramento all'ombra dei principi, primo fra tutti quello di offensività, comporta il rifiuto di un concetto di molestia sovrapponibile a qualsiasi stato d'animo (ansia, paura, isteria collettiva, etc.) e la necessità di un duplice vaglio – astratto con la verifica del superamento delle soglie consentite e concreto con la verifica relativa all'attivazione del pericolo nel caso singolo – che ne ridimensionano di fatto l'applicabilità presso i Tribunali.

Con il riordino della disciplina generale avvenuto tramite il già citato d.lgs 152/2006, la parte V – così come integrata dal d.lgs 128/2010 – dello stesso presenta una disciplina organica in tema di inquinamento atmosferico. Gli impianti che emettono in atmosfera devono essere autorizzati, rispettare numerose prescrizioni e consentire controlli periodici. Tutta la relativa disciplina risulta, come abbiamo visto, caratterizzata da un centro – l'amministrazione – intorno al quale gravitano le varie sanzioni penali derivanti dall'inosservanza di ciò che l'amministrazione stessa ordina caso per caso in tema di autorizzazione, prescrizioni varie e controlli di ogni sorta. La tecnica è quella già ampiamente criticata del pericolo presunto/della mera disubbidienza e dell'accessorietà al diritto amministrativo; qualcosa che, ad esempio, è solo in parte sovrapponibile a ciò che avviene nel sistema tedesco.

Quest'ultimo, al pari del nostro, si caratterizza per una forte accessorietà al diritto amministrativo nella tutela dell'atmosfera. Alla tecnica del pericolo potenziale – quella largamente più utilizzata per gli illeciti contro

l'ambiente in generale – si aggiungono tipi costruiti sul pericolo concreto e sul danno, ma mai su quello presunto.

La *Verwaltungsakzessorietät* come problema esiste dunque anche Oltralpe, ma lì non è tanto l'offensività – e, a monte, l'assenza di un bene giuridico – a venire in riferimento, quanto piuttosto l'indeterminatezza della fattispecie così costruita.

Da un lato loro non utilizzano in questo ambito il pericolo presunto, ma dall'altro confondono due piani (offensività/determinatezza) che debbono immancabilmente rimanere distinti. Al contrario, in Italia lo sviluppo dell'offensività come principio dagli anni Settanta in poi ha consentito di distinguere con grande precisione questioni dissimili, ma la sciatteria con cui ci ostiniamo a scrivere le disposizioni ingrassa un sistema già irrimediabilmente saturo di incoerenze e difficoltà applicative.

Confrontare la disciplina penale dell'atmosfera tra Italia e Germania è stato dunque utile per comprendere un dato generale ma di fondamentale importanza: la comparazione non è un mezzo per rifiutare in blocco un sistema differente dal nostro o per inchinarsi ad esso; al contrario, comparazione è sinonimo di umiltà e comparare significa ricevere visite con la consapevolezza di apprendere dagli ospiti non meno di quanto è possibile insegnare loro.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

(Per ragioni di spazio, l'indice bibliografico che segue riporta soltanto la bibliografia essenziale. Si rimanda all'apparato bibliografico riportato nelle note al testo per i riferimenti completi)

- AA. VV., *Ambiente e diritto*, Perugia, 2008;
- AA.VV., *Casi di diritto penale dell'economia*, v. II, *Impresa e sicurezza* (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp), L. Foffani-D. Castronuovo (a cura di), Bologna, 2015;
- AA. VV., *Diritto costituzionale comparato*, CARROZZA-DI GIOVINE-FERRARI (a cura di), Laterza, 2009;
- AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffré, 1984;
- AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, A.M. STILE (a cura di), Jovene, 1985;
- AA. VV., *Commento al Testo Unico ambientale*, Franco Giampietro (a cura di), Giuffré, 2004;
- AA. VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, STORTONI-FOFFANI (a cura di), Giuffré, 2004;
- AA. VV., *Europa e diritto penale*, Paliero-Viganò (a cura di), Giuffré, Milano, 2013;
- AA.VV., *La crisi della democrazia*, Mimesis, Milano, 2014;
- AA. VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, A. RUGGERI (a cura di), Giappichelli, 1994;
- AA. VV., *La tutela penale dell'ambiente*, Fausto Giunta (a cura di), Utet, I ed., 2004;
- AA. VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, M. Donini (a cura di), Giuffré, 2003;
- AA. VV., *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, F. RICCOBONO (a cura di), Milano, 1991;
- AA.VV., *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994;
- AA.VV., *Gli inquinamenti. Profili penali*, Milano, 1974;
- AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*", a cura di L. Foffani, A. Doval Pais, D. Castronuovo, Milano, 2013;
- AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010;
- AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo- continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Giappichelli, 2008;
- AGAZZI, *Scienze della vita, immagine dell'uomo e progresso*, in AA.VV., *Biologia moderna e visioni dell'umanità*, Roma, 2003, p. 51 ss.;

AGUADO CORREA, *El Principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999;

ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base nella dogmatica dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *La ragionevolezza del diritto*, Giappichelli, 2002, p. 37 ss.;

ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi ed., 1997;

ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985;

ALGHRANI A., *Bioethics, medicine and the criminal law. The criminal law and bioethical conflict*, Cambridge, 2013;

ALONSO GARCÍA, *Costituzione europea: un nuovo modello di giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 874 ss.;

ÁLVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, 5 ss.;

AMATO, *Tornare al futuro*, Roma-Bari, 2002;

AMELUNG K., *Birnbaums J.M.F., Lehre vom strafrechtlichen "Güter"-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken*, in D. KIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach, 1997, 349 ss.;

AMELUNG K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1972;

AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, Fest. Hassemer, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 155 ss.;

AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, p. 181 ss.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983;

ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Ist. It. Arti Grafiche, 1930;

ARROYO ZAPATERO L., *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, n. 1, 1987, 100 ss.;

ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2013;

AZZALI, *La tutela penale dell'ambiente. Un'indagine di diritto comparato*, Cedam, 2001;

AZZALI, *Scritti di teoria generale del reato*, Giuffrè, 1995;

AZZARRITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?* in *Cost.*, 3/2008, p.1 ss.;

AZZARRITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Della democrazia e delle sue dinamiche. Della storia e della memoria (costituzionale)*, Jovene, 2009, v. V, p. 1777 ss.;

BALDINI V., *La democrazia parlamentare e i miti della politica. L'evoluzione della forma di governo parlamentare italiana e il linguaggio della politica*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 1 ss.;

BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *DDDP*, n. 3/1998, p. 5 ss.;

BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997;

BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968;

BARTOLE, *Scritti scelti*, Jovene, 2013;

BARTONE, *Diritto penale odierno e concreto. Il reato nel suo volto europeo e internazionale*, Cedam, 2012;

BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 6, p. 15 ss.;

BAUCCELLS I LADÓS J., *Nuevas perspectivas de la politica criminal europea en materia ambiental*, Atelier, Barcelona, 2007;

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ristampa, VII ed., Bologna, 1999;

BECK, *La società del rischio, Verso una seconda modernità*, Carocci ed., 2000;

BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005;

BELFIORE, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto: i principi di ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Esi, Jovene, 2010, p. 46 ss.;

BERMAN, *L'esperienza della modernità*, Bologna, 1985;

BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, p. 485 ss.;

BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 787 ss.;

BERNASCONI C., *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità e colpevolezza*, Jura, 2008;

BERNASCONI, *Il difficile equilibrio fra legalità e offensività nella tutela penale dell'ambiente*, in *RTDPE*, 2003, p. 47 ss.;

BERRA A., *Brevi riflessioni sul bene giuridico ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 1990, I, 263;

BERTOLINI, *Ambiente (tutela dell')*. IV) Diritto penale, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988.

BETTINI R., *Effettività ed efficacia del diritto nella prospettiva della legittimazione*, in RENATO TREVES (a cura di), *Diritto e legittimazione*, Franco Angeli Ed., 1985, p. 211 ss.;

BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Cedam, 2000;

BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002;

BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004;

BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto e Quest. Pubbl.*, 2002, p. 115 ss.

BIRNBAUM J.M.F., *Über das Erforderniß einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 14 (1834), 149 ss.;

BOBBIO, *Diritto e potere: saggi su Kelsen*, Ed. Scient. It., 1992;

BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ediz. di Comunità, 1965;

BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990

BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1970;

BOBBIO, *teoria generale della politica*, Torino, 1999;

BOCCALATTE, *La motivazione della legge, profili teorici e giurisprudenziali*, Cedam, 2008;

BOCHERS J., *Umweltstrafrecht un Sanktionen*, Kovač, Hamburg, 2012;

BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, 2005;

BRICKNELL, *Environmental crime in Australia*, AIC Reports, Australian Government, 2010;

BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Ind. pen.*, 1968, p. 5 ss.;

BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità Europee*, in *ID.*, *Scritti di diritto penale*, Giuffré, 1997, 215 ss.;

BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, in *Riv. dir. agr.*, 1973;

BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997;

BRICOLA, *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Canestrari-Melchionda (a cura di), Giuffré, 1997;

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Utet, 1973;

BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 47 ss., 74 ss.;

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 1973, 14 ss., 82 ss.;

BROWNING, *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgh-London, Tait-Simpkin-Marshall, 1843;

CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, v. I e v. II, Padova, 1988;

CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen nella <<opzione penale>> con particolare riferimento al diritto penale economico*, in *RTDPE*, 1989, p. 189 ss.;

CADOPPI, *Verso un diritto penale unico europeo?* in PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'unione europea*, Giuffrè, 1999, p. 40 ss.;

CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Giuffrè, 2000;

CANESTRARI, *Commento alla legge n. 40 del 2004*, in *DDP*, n. 4/2004, p. 416 ss.;

CANESTRARI, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005

CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *EG*, XXVI, Roma, 1991;

CARBONARO, *I partiti nel sistema politico allargato in Italia*, in CARBONARO (a cura di), *Legittimazione del potere. Problematica del rapporto fra Stato istituzioni e società*, Franco Angeli ed., 1986, p. 52 ss.;

CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995;

CARIGLIA, *L'operatività del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in LA TORRE-SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, 2002, p. 173 ss.;

CARLASSARE-SORRENTINO-RESIGNO, *La dottrina di Sergio Fois*, Collana piccole conferenze, Mucchi ed., 2011;

CARLI, *La qualità della normazione in Italia. un problema di cultura*, in RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, p. 179 ss.;

CARLI, *La qualità di normazione in Italia: un problema di cultura*, in M. Raveraira (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007;

CARLI, *Motivare le leggi: perché no?*, IN PISANESCHI-VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de'Santi*, Giuffrè, 2007, p. 179 ss.;

CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Cedam, 1933;

CARNEVALI RODRÌGUEZ, *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001;

CARUGNO, *La tutela ambientale tra fattispecie di pericolo astratto e fattispecie di pericolo concreto*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare*, Milano, 1999, 77.

CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Giuffrè, 1976, p. 165 ss.;

CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Ed. Scient. It., 2013;

CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffré, 2009;

CASTRONUOVO, *La sicurezza sul lavoro tra diritto penale europeo e comparato*, in MAZZACUVA- AMATI, *Il diritto penale del lavoro*, Giappichelli, 2007, p. 45 ss;

CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, 2012;

CASTRONUOVO, *Profili di diritto comunitario e comparato in tema id sicurezza sui luoghi di lavoro*, in Mazzacuva-Amati, *Il diritto penale del lavoro*, Giappichelli, 2007;

CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008;

CATENACCI, *Appunti sulle tecniche «incrociate» di tutela nel diritto penale dell'ambiente (l. 10 maggio 1976, n. 319 c.d. legge Merli)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 395.

CATENACCI, *Bene giuridico*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffré, 2006, p. 671 ss;

CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Giuffré, Milano, 2006;

CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 1996;

CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Esi, 2004;

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra, G. Insolera, Giuffré, Milano, 1998, pp. 133 ss.;

CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffré, 2000;

CECCHETTI, *Rilevanza costituzionale dell'ambiente e argomentazioni della Corte*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 252.

CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, reperibile in www.giustamm.it;

CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffré, 2004;

CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *EG*, v. XXV, Roma, 1994, p. 1 ss.;

CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, 1999;

CHO B.S., *Umweltstrafrecht in Korea und Japan*, Freiburg im Breisgau, Max Planck Institut für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 1993;

CICALA, *La tutela dell'ambiente. Nel diritto amministrativo, penale e civile*, Utet, 1976;

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ COMPILADORA, *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*, Univ. Externado de Colombia, 2002;

CLIFFORD-EDWARDS, *Environmental crime*, II ed., Burlington, 2012;

COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTON, *Derecho penal*, parte gen.³, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, 247 ss.;

COFFEE J.C., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, 1875 ss., 1991 ss.;

COMTE F., *Environmental crime in Europe. Rules of Sanctions*, Europa law Publishing, Groningen, 2004;

CONSULICH, “‘Materia penale’ e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 65 ss.;

CONTE, *Inquinamento atmosferico*, in *La tutela penale dell’ambiente*, a cura di P. AMELIO e F. S. FORTUNA, Torino, 2000, 70 ss.;

CONTE, *L’inquinamento atmosferico*, in Amelio-Fortuna, *La tutela penale dell’ambiente*, Giappichelli, 2000, p. 71 ss.;

CORBETTA, *La cornice edittale e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *RIDPP*, 1997, p. 134 ss.;

CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, *Studio sui limiti dell’anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2013;

CORNACCHIA, *Tutela di beni vs. tutela di norme*, in *Scritti Marini*, Esi, 2010, 27 ss.;

D’AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1998;

D’AVILA F. R., *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, Universidade de Coimbra, 2005;

DA CUNHA, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade caólica portuguesa ed., 1995;

DALBORA L., *Sul significato intrinseco e sul valore attuale del bene giuridico nell’opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2010;

DANI-DI SIMONE-DIURNI-FIORAVANTI-SEMERARO, *Profilo di storia del diritto penale. Dal medioevo alla restaurazione*, Giappichelli, Torino, 2012;

DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell’intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004;

DE FRANCESCO, *L’esiguità dell’illecito penale*, in *DPP*, 2002, p. 889 ss.;

DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell’intervento penale*, Giappichelli, 2004;

DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005;

DE SANTIS, *Diritto penale dell’ambiente. Un’ipotesi sistematica*, Giuffré, 2012;

DELL'ANNO, *La valutazione di impatto ambientale tra "timidi" interventi di riforma legislativa e principi giurisprudenziali*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2007, 53.

DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2012;

DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 159;

DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.;

DI MARTINO, *Nel mirino dei giudici costituzionali i limiti delle soglie di rilevanza penale*, in *Guida al diritto*, 15 marzo 2003, n. 10, p. 81 ss.;

DICKENHORST, *Gewässerschutz durch Umweltstrafrecht*, Hamburg, 2013;

DOLCINI-MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc.*

DOLCINI-MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.;

DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *RIDPP*, 1999, p. 10 ss.;

DONINI-ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, 2010;

DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3558-3572;

DONINI, <<Danno>> e <<offesa>> nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offence" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss.;

DONINI, *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in INSOLERA (a cura di) *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 27 ss.;

DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, R.E. KOSTORIS e R. ORLANDI (a cura di), Giappichelli, 2006, pp. 19-73;

DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011;

DONINI, *Fatto e autore nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Franz von Liszt e Giacomo Delitala redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffré, 2006, pp. 1525-1543;

DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, Giuffré, 1993;

DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 772 ss.;

DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Crit. Dir.*, 2006, p. 227 ss.;

DONINI, *Il pensiero ininterrotto*, (Recensione a) MARCELLO GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999, in *Critica del diritto*, n. 4/1999, pp. 589-606;

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;

DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991;

DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 200 ss.;

DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Crit. Dir.*, 1998, 95 ss.;

DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1 ss., www.penalecontemporaneo.it;

DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in ID., (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, p. 4 ss.;

DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, in *Critica del diritto*, 2001, pp. 257-304;

DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, Padova, 2003, pp. 377-412;

DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del prodotto, sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare. Quaderno monografico conclusivo*, M. DONINI E D. CASTRONUOVO (a cura di), della Ricerca nazionale MIUR su "La riforma del codice penale", Cedam, 2007, pp. 201-332;

DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pp. 1652-1657;

DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Jus 17*, 2009, p. 417 ss.;

DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, 2002, 111 ss.;

DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in Cadoppi (a cura di), *Offensività e colpevolezza*, Cedam, 2002, p. 109 ss.;

- DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29-45;
- DONINI, *Sussidiarietà penale e subsidiarietà comunitaria*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia.*, Cedam, 2003, p. 115 ss.;
- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996;
- DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.;
- DUBBER M., *Criminal law. A comparative approach*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2014;
- DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino ed., 2010;
- ELLEFSEN-SOLLUND-LARSEN, *Eco-global Crimes. Contemporary problems and future challenges*, Ashgate, 2012;
- EMAN KATJA, *Crimes against the environment. Comparative criminology and criminal justice perspectives*, UMI Dissertation Services, 2012;
- ESENBACH, *Probleme der Verwaltungsakzessorietät im umweltstrafrecht*, 1989.
- ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *RIDPP*, 1997, p. 1161 ss.;
- ESER, *La tutela penale dell'ambiente in Germania*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 235 ss.;
- ESER, *The principle of "Harm" in the concept of crime. A comparative analysis of the criminally protected legal interests*, in *Duquesne University law review*, 4(1966), p. 345 ss.;
- ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, 1953;
- EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, Giuffrè, 2001, p. 39 ss.;
- EUSEBI, *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione*, in *QC*, 2004, p. 473 ss.;
- FAVOREU, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982;
- FEINBERG, *Harm to Others*, v. 1, University Press, Oxford, 1999;
- FEJOO B. NCHEZ S., *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, in S. MIR PUIG-J.J. QUERALT-JIM.NEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales* Tirant lo blanch, Valencia, 2010;
- FEJOO SÁNCHEZ B., *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010;

FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 3/2010, p. 2771 ss.;

FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Vitale (a cura di) Bari, 2001;

FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008;

FERRAJOLI, *Garantismo. Una discussione sul diritto e sulla democrazia*, Trotta ed., 2005;

FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013;

FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, 2011;

FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000;

FIANDACA-FRANCOLINI, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008;

FIANDACA-TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984;

FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, 1991, 61 ss.;

FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 7-9;

FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003;

FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998;

IORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Esi, 2006;

IORE, *Il principio di offensività*, in *IP*, 1994, 278 ss.;

IORE, *Il reato impossibile*, Jovene, 1959, 41 ss.;

IORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998, 274 ss.;

IORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 793 ss.;

IOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello "policentrico" a un modello "piramidale"*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffré, 2003, 304 ss.;

FONDERICO, *L'ambiente nella giurisprudenza*, Giuffré, 1995;

FORTI, *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I., Jovene, 2007, p. 573 ss.;

FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 26, p. 75 ss.;

FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *RIDPP*, 1999, p. 1034 ss.;

FROSINI T. E., *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, Giuffré, 1997;

FURIOSI, *Uomo e natura nel pensiero di Hans Jonas*, Vita e pensiero, 2003;

FUZIO, *Il sistema sanzionatorio in tema di emissioni inquinanti nell'aria*, in *Ambiente e sviluppo*, 3/2005, p. 261 ss.;

GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffré, Milano, 1966, 147 ss.;

GALLO E., *Il falso processuale*, Cedam, 1973;

GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale. V. I*, Torino, 1999;

GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, spec. 8 ss.;

GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, spec. 787 ss.;

GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Giappichelli, 2005;

GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2001;

GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio di ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal*, in *Poder Judicial*, 1992, 7 ss., 32 ss.;

GRAHAM, *Scienza e valori*, Roma, 1988;

GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffré, 2012;

GRASSO-SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffré, 2008;

GREGORI-PAULO J. DA COSTA JR., *Problemi generali del diritto penale dell'ambiente*, Cedam, 1992;

GREGORI, *Problemi generali di diritto penale dell'ambiente*, Vinciguerra (a cura di), Cedam, 1992;

GROSSO-PALAZZO-SICILIANO, *Documento n. 2 su Inoffensività e irrilevanza del fatto*, negli «Allegati alla I Relazione della Commissione Grosso», in C.F. GROSSO, a cura di, *Per un nuovo codice penale, II*, Cedam, 2000, 103 ss.;

GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi M. Gallo*, Giappichelli, 2004, p. 25 ss.;

GUSTAPANE, *La tutela globale dell'ambiente. Dalla legge 349 del 1986 alle leggi 142 e 241 del 1990*, Giuffré, 1991;

HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Giuffré, 1996;

- HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, 1992;
- HASSEMER W., *Warum Strafe sein muss, Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein, 2009, (trad. it.) *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, 2012
- HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale – Aspetti giuridici*, in *DDDP*, 1984, p. 104 ss.;
- HEFENDEHL R.-VON HIRSCH A.-WOHLERS W. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003;
- HEFENDEHL R., *Mit langem Atem: der Begriff des Rechtsguts. Oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht*, 2007;
- HEFENDEHL R., *Mit langem Atem: der Begriff des Rechtsguts. Oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht*, 2007;
- HEFENDEHL, *Kollektive rechtsgüte im Strafrecht*, Heymann, 2002;
- HEFENDHEL, *La teoría del bien jurídico*, (trad. spagnola di *Die Rechtsgutstheorie*), Madrid, 2007;
- HEGER M., *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, Tübingen, 2009;
- HENGELHARD H., *Die Ehre als rechtsgut im Strafrecht*, Bensheimer, 1921;
- HIRSCH H. J., *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsberiff*, in *FS-Spinnellis*, Bd. I, Athen-Komotini, 2001, p. 426 ss.;
- HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Peter Lang, 1991;
- HOLMES-SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Il Mulino, 2000;
- HÖLZEN, *Auswirkungen des Öko-Audits auf das Umweltstrafrecht*, Universitätsverlag Osnabrück, 2008;
- HONS C., *Die Grundlagen der umweltstrafrechtlichen Verantwortung für sogenannte Altlasten*, Marburg, 2014;
- HUSAK D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008;
- INSOLERA-PAVARINI, *Quale ordine al disordine penale?*, in *AA.VV., La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, M. DONINI (a cura di), Padova, 1999, p. 61 ss.;
- INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, sesto comma, legge n. 516 del 1982*, in *RIDPP*, p. 726 ss.;

INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 726 ss.;

JAKOBS G., *¿Qué protege el derecho penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El Funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor G. Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 39 ss.;

JAKOBS, *Strafrecht*, AT2, de Gruyter, Berlin-New York, 1983;

JAKOBS, *Strafrecht. Allg. Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin-New York, 1991;

JESUS-GIMENO, *La protection de l'environnement par le droit communautaire*, in *Juriclasseur Environnement*, 2002, p. 8 ss.;

JONAS, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, Il Mulino, 1991;

JORI, *I principi di diritto italiano*, in ID., *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffré, 1985, p. 315 ss.;

KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925;

KELSEN, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, 1955;

KELSEN, *Il problema della giustizia*, Einaudi, 1998;

KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: un contributo per la dottrina pura del diritto*, Giuffré, 1989;

KELSEN, *L'illecito dello Stato*, Ed. Scient. It., 1988;

KELSEN, *La democrazia*, Il Mulino, 1984;

KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffré, 1981;

KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, Giappichelli, 1990;

KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, Giappichelli, 2004;

KELSEN, *Lo Stato come superuomo: un dibattito a Vienna*, Giappichelli, 2003;

KELSEN, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Aragno, 2012;

KELSEN, *Pure theory of law*, Lowbook Exchange ed., 2012;

KELSEN, *Scienza giuridica e diritto*, Giappichelli, 2008;

KELSEN, *Una nuova scienza politica*, Giappichelli, 2010;

KIM J.Y., *Umweltstrafrecht in der risikogesellschaft*, Cuvillier, Göttingen, 2004;

KIM S.E., *Neue tatbestandstypen im Umweltstrafrecht*, Heymann, München, 2009;

KUHN, *Die persönliche freiheit als rechtsgut*, Giessen, 1913;

LAGODNY O., *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, in *Fest. Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 83 ss.;

LISZT F. V., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1919,

LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffré, 1962;

LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Giuffré, 2004;

LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Giuffré, 2004;

LOPERA MESA G.P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, CEPC, Madrid, 2006;

LUPU, *La questione della motivazione delle leggi alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Iter legis*, marzo-maggio 2002, p. 29 ss;

LUTHER J., voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *DDPub.*, XII, Torino, 1997, p. 341 ss.;

MAGLIA, *Diritto ambientale*, Ipsoa, 2011;

MANES, *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 114, 2002, 720 ss.;

MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012;

MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005;

MANES, *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in *IP*, 2003, p. 147 ss.;

MANES, *La tutela penale*, in AA. VV., *Il diritto dei beni culturali*, BARBARTI-CAMMELLI-SCIULLO (a cura di), Bologna, 2003, p. 219 ss.;

MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Giuffré, 1990;

MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene, 2008;

MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989;

MANNA, *Costituzione e diritto penale*, in Lorusso (a cura di), *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano 2009, p. 128 ss.;

MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI, G. PALOMBARINI, Donzelli, 2002, 35 ss.;

Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale [Scritti in onore di Costantino Mortati]*, IV, Milano, 1996, p. 91 ss.;

MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffré, 1977, 445 ss.;

MANTOVANI, *Il principio di offensività nel codice penale peruviano*, in *RIDPP*, 2002, p. 393 ss.;

MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffré, Milano, 1996, 91 ss., 99;

MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in RIDPP, 1994, p. 345 ss.;

MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 333 ss.;

MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in RIDPP, 1999, p. 802 ss.;

MARTINES, *Diritto costituzionale*, X ed., Giuffrè, 2000;

MASTROJENI, *L'arca di Noè. Per salvarci tutti insieme*, Chiarelettere ed., 2014;

MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in Cass. Pen., 2005, 1772 ss.;

MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, 2011, 67 ss.;

MAZZACUVA N., *Diritto penale e Costituzione*, in AA.V.V., *Introduzione al sistema penale*, (a cura di) G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Utet, 1997, 75 ss, 83 ss.;

MAZZACUVA N., *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale dei beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in IP, 1998, p. 334 ss.;

MAZZACUVA N., *Modello costituzionale di reato. Le definizioni del reato e la struttura dell'illecito penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, v. I, Bologna, 2000, p. 91 ss.;

MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, 2000;

MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, E.S.I., 2006;

MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, 2006, 283 ss.;

MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984;

MEZZANOTTE C., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979;

MIDIRI, *Ponderazione degli interessi e scrutinio di ragionevolezza: un controllo sulla motivazione legislativa? (i catalogatori siciliani e i lavori preparatori della legge regionale)*, in *Nv. aut.*, 1999, p. 411 ss.;

MILITELLO, *I diritto fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Diritto penale XXI sec.*, 2003, p. 47 ss.;

MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001;

MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss;

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, v. I e II, BUR ed., Classici, 1989;

MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001;

MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001;

MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, 1964;

MOSCARINI, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, Giappichelli, 1996;

MUCCIARELLI, *Tutela dell'aria dall'inquinamento atmosferico ed attuazione delle direttive comunitarie*, in *Reati e illeciti amministrativi in materia di inquinamento*, SINISCALCO (a cura di), Cedam, 1997, p. 324 ss.;

MUÑOZ CONDE, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal*, in *Libro Homenaje a Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001;

MURATORI-VANDELLI, *Il controllo delle emissioni in atmosfera dopo il T.U. ambientale*, Ipsoa, 2006;

MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, 55 ss. (cap. II);

MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004;

NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Giappichelli, 2004;

NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1966, 106 ss., spec. 199 ss.;

NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. pen.*, XI, Utet, 1996, 259 ss.;

NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *NN.D.I.*, XIV, Utet, 1967, 974 ss.;

NIGEL SOUTH-AVI BRISMAN, *Routledge International Handbook of Green Criminology*, Routledge Int. Handbook, 2013;

NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *ID.*, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, p. 468 ss.;

NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953;

NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *ID.*, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, v. I, Padova, 1969, p. 678 ss.;

OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1990, 5 ss.;

PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *DDDP*, 1984, p. 114 ss.;

PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *CP*, 1987, p. 670 ss.;

PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, v. II, Milano, 1965, p. 391 ss.;

PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritto fondamentali*, in *Diritti nuove tecnologie, trasformazioni sociali*, in *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, p. 583 ss.;

PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffré, Milano, 1996;

PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.;

PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in AA.VV, *Ambiente e diritto*, GRASSI-CECCHETTI-ANDRONIO (a cura di), Perugia 1999, p. 551 ss.;

PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG-J.J. QUERALT-JIM.NEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales* Tirant lo blanch, Valencia, 2010;

PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperrofia del sistema penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985;

PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007;

PANEBIANCO, *Gli atti di "colegislazione"*, Giuffré, 2012;

PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa, 2009;

PASTORE-BALDASSARE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, IN BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Delle fonti del diritto*, Jovene, 2009, v. I, p. 257 ss.;

PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993;

PECORA, *Il pensiero politico di Kelsen*, Laterza, 1995;

PECORA, *La democrazia di Hans Kelsen: un'analisi critica*, Ed. Scient. It., 1992;

PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggraving*, Giuffré, Milano, 1958, 40-49;

PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, 2007;

pen., 1994, 333 ss.;

PENAGIA, *La tutela dell'ambiente naturale nel diritto penale d'impresa*, Cedam, 1993;

PENSO, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, Giuffré, 1976;

PERELMAN-OBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, 1966;

PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffré, Milano, 2010,

PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Ed. Scient. It., 2012;

PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, v. I, Jovene, 1964;

PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, 2011;

PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *IP*, 2003, p. 259 ss.;

PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto "a distanza" tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, 225 ss.;

PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 1985, 134 ss.;

QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, con la colaboración de F. MORALES PRATS, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2007;

RADBRUCH, *Ingiustizia legale e giustizia sovralegale*, in AA VV, *Filosofia del diritto*, P. DI LUCIA (a cura di), Raffaello Cortina Ed., 2002;

RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto (Einführung in die rechtswissenschaft)*, Giappichelli, 1961;

RAMACCI, *I reati ambientali ed il principio di offensività*, in *Giur. mer.*, 2003, v. 4 e 5;

RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, II ed., Cedam, 2009;

RAMELLI ARTEAGA, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Univ. Externado de Colombia, 2000;

RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Cedam, 2007;

RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2002;

REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra "valori" e "principi" in alcuni ordinamenti costituzionali*, Maggioli ed., 1997;

RENGIER, *Die öffentlich-rechtliche Genemigung in Strafrecht*, in *ZStW*, 1988;

RESCIGNO, *Sull'attuazione del principio di sussidiarietà*, (note per l'audizione del 11 settembre 2006 delle commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato), in *Rass. Astrid.*, 21/2006, p. 6 ss.;

RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005;

ROBERT, *La teoria di Kelsen. Contributi alla dottrina pura del diritto*, Giappichelli, 2005;

ROCCO ART., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, 1913;

RODOTÀ C., *Storia della Corte costituzionale*, Laterza, 1999;

RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012;

- RODOTÀ, *Elogio del moralismo*, Roma-Bari, 2014;
- ROMANO B., *L'ambiente e la legge penale: obblighi comunitari e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 719 ss.;
- ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, III ed., Giuffré, 2004;
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffré, 2004,
- ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, 1967, 138 ss.;
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni ed., 1946;
- ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.;
- ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in MASSIMO LUCIANI-MAURO VOLPI (a cura di), *Il presidente della Repubblica*, Il Mulino, 1997, p. 265 ss.;
- ROTMAN, *The Globalization of Criminal Violence*, 10 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 1 (2000);
- ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, BUR ed., Classici, 2005;
- ROUSSEAU, *Origine della disuguaglianza*, Feltrinelli ed., XIV ediz., 2013;
- ROXIN C., *Strafrecht*, AT, Bd. I³, Beck, München, 2006;
- ROXIN C., *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Fest. Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010;
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I-II, Verlag C.H. Beck, 2006;
- ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Fest. Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010;
- RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011;
- RUGA RIVA, *Ragioni e diritto penale*, Giappichelli, 2008;
- SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, 2007;
- SALCUNI, *Europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011;
- SALIGER F., *Umweltstrafrecht*, Vahlen, 2012;
- SALIGER F., *Umweltstrafrecht*, Vahlen, München, 2012;
- SALIMI-REINDL KRAUSKOPF S., *Umweltstrafrecht*, Wien, 2013;
- SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009;
- SCACCIA, "Motivi" della legge e valori preparatori nel giudizio costituzionale, in *It. legis*, 3,1998, p. 15 ss.;
- SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffré, 2000;
- SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffré, 2000;

SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Esi, 2009;

SCHEB J.M., *Criminal Law & Criminal Procedure*, VIII ed., Wadsworth, 2014;

SCHEB J.M., *Criminal law and procedure*, Stud. ed., Belmont Ca., 2014;

SCHÜLER, *Der Mangel am Tatbestand*, Breslau, 1914;

SCHÜNEMANN B., *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzender Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in *Fest. Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 133 ss.;

SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (note a margine del d.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *RGA*, 2012, I, p. 17 ss.;

SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001;

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, (trad. it.) *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffré, 2004;

SIMESTER A.P.-A. v. HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On Principles of Criminalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010;

SINA P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1962;

SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, Giuffré, 2007;

SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli 2007;

STELLA, *Giustizia e modernità*, III ed., Giuffré, 2003;

STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.;

STILE, *Bene giuridico e riforma della Parte speciale*, Jovene ed., 1985;

SWOBODA S., *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 122, 2010, p. 24 ss.;

TANDA, *Principio di offensività e reati in materia di beni culturali ed ambientali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3853 ss.;

TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, v. I, il Mulino, 1976;

TARRAGA-MAILLO-GONZALES, *Tutela penal ambiental*, Madrid, 2009;

TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, in *Rev. Fr. Dr. Const.*, v. 1, 1990, p. 31 ss.;

VALDITARA, *Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani e dei moderni*, Rubbettino, 2007;

VALENTI, *La "musa negletta": quando la Costituzione non ispira più il legislatore nelle scelte di incriminazione*, in *Indice pen.*, 2003, 953 ss.;

VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁴, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Utet, Torino, 2012, 359 ss.;

VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffré, 1982, 629 ss.;

VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffré, 2001;

VERGINE A.L., *Brevi note sulla confisca nei reati ambientali*, in *Scritti in onore di Giuliano Marini*, Vinciguerra- Dassano (a cura di), Esi, 2010, p. 1040;

VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2011;

VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione del poteri*, Giuffré, 2009;

VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, Giuffré, 2006;

VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, Giunti Demetra ed., 2006;

VORMBAUM T., *Birnbaum und die Folgen*, in J.M.F. BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze*, J.L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum Hrsg., Lit, Berlin, 2011;

WHITE, *Environmental harm*, Policy Press, University of Bristol, 2013;

WHITE, *Transnational Environmental crime*, Ashgate, 2013;

WOHLERS W., *Die Güterschutztheorie Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, in D. KIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach, 1997, 600 ss.;

ZAFFARONI E.R., ALAGIA A., SLOKAR A., *Derecho penal, P.G.*, Ediar, Buenos Aires, 2005;

ZAFFARONI, *Tratato de derecho penal. Parte general*, IV ed., Ediar, 1999;

ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in VASSALLI, a cura di, *Problemi generali di diritto penale*, Giuffré, 1982, 417 ss.;

ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Caronte*, in IVANO DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos Basileus*, Bur, 2006, p. 19 ss.;

ZAMUDIO H. F., *La proteccion juridica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Univ. Autonoma de Mexico, Civitas, 1982;

ZIESCHANG F., *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998

ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, Giuffré, 2006;

ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffré, 1984, 1700 ss

