

Francesco Diamanti

**STARGATE.
«LATTE NON TRACCIATO,
LATTE MAL CONSERVATO»
(ART. 5, COMMA, 1, LETT. B),
LEGGE N. 283/62)**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

OSSERVATORIO

IL PRECEDENTE

Stargate. «Latte non tracciato, latte mal conservato» **[art. 5, comma, 1, lett. b), legge n. 283/62]**

In materia penale alimentare, l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità ha contribuito, nel tempo, a trasformare la *disposizione* di cui all'art. 5, comma 1, lett. b), l. 30 aprile 1962, n. 283, in una *norma* del tutto diversa da quella tipica. Partendo da queste iniziative ermeneutiche, la III Sezione della Corte di cassazione ha di recente affermato che l'utilizzo di una materia prima *non tracciata* rende il prodotto finale rilevante ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b).

In matters regarding criminal offences of food law, the approach taken by the case-law of the Supreme Court has contributed, over time, to transform the provision under Art. 5, Paragraph 1, Lett. b), Law of 30 April 1962, n. 283, into a regulation that is quite different from the typical one. Starting from these hermeneutical initiatives, the Third Section of the Supreme Court of Cassation recently stated that the use of an untraced raw material makes the final product as being «in a condition of poor state of conservation», pursuant to Art. 5, Paragraph 1, Lett. b).

Keywords: *cattivo stato di conservazione - alimenti - diritto penale alimentare - ordine alimentare - tracciabilità*

Cass. Sez. III Pen. 20 luglio 2016, n. 31035 - Amoresano, pres.; Liberati, est.; P.M. (conf.) - G.G., ric. (*Conferma Trib. ries. Palermo 3 giugno 2015*)

Produzione, commercio e consumo - Prodotti alimentari - Reati - Preparazione e detenzione di alimenti in stato di alterazione o mal conservati - Violazione delle disposizioni sulla tracciabilità delle materie prime - Reato - Configurabilità - Fattispecie.

In tema di alimenti, integra il reato di cui all'art. 5, lett. b), della l. 30 aprile 1962, n. 283, la preparazione di alimenti in violazione delle disposizioni sulla tracciabilità della materia prima. (Fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione giuridica nell'ipotesi di produzione di prodotti caseari ottenuti miscelando latte acquistato da allevamenti non autorizzati con altro di provenienza «sicura», in mancanza di annotazione, sui registri di tali approvvigionamenti, di qualsivoglia controllo sul rispetto delle norme igienico-sanitarie da parte delle aziende fornitrici ed in presenza della falsificazione dei relativi documenti).

Il testo della sentenza è pubblicato in www.osservatorioagromafie.it

1. *L'oggetto della riflessione.* L'attività di un caseificio palermitano viene raggiunta da un sequestro preventivo disposto con decreto del giudice per le indagini preliminari. Al legale rappresentante della società si contesta, tra le altre condotte illecite, la fattispecie di cui agli artt. 5, lett. b), e 6, l. 30 aprile 1962, n. 283, per aver acquistato sottopartite di latte ovino e bovino da allevamenti non autorizzati, poi miscelate con altre di provenienza lecita, così producendo, e detenendo per la vendita, formaggi e altri prodotti caseari in cattivo stato di conservazione.

Il locale Tribunale del riesame, nel rigettare l'interposto ricorso, evidenziava inoltre una serie di circostanze di fatto ritenute sintomatiche della carenza di *standard* igienico-sanitari: la ripetuta, mancata annotazione sui registri degli acquisti della materia prima non tracciabile, la falsificazione dei relativi documenti e l'assenza di qualsivoglia controllo sul rispetto delle norme igienico-sanitarie da parte delle aziende che fornivano il latte medesimo.

Con riferimento alla summenzionata ipotesi contravvenzionale – l'unica qui in disamina – il procuratore generale presso la Cassazione¹ chiedeva il rigetto del ricorso reputando l'acquisto di materie prime (sottopartite di latte) non tracciato, e il suo utilizzo unito ad altre materie prime (altro latte) di provenienza certificata, attività dannose per l'ordine alimentare, posto che «l'art. 5, lett. b) in contestazione sanzionerebbe anche l'impiego nella produzione di sostanze in

¹ Cass. Sez. III Pen. 20 luglio 2016, n. 31035, par. 3.

cattivo stato di conservazione, senza che occorra un effettivo danno alla salute; poiché non è controverso che il latte impiegato dalla società del ricorrente provenisse anche da venditori “non sicuri”, ciò sarebbe sufficiente a ledere il c.d. ordine alimentare».

I giudici di legittimità (v. *infra* par. 3) sposano questa tesi, precisando però che l'utilizzo di sottopartite di latte «non tracciato» – miscelato ad altro *tracciato* (e, quindi, ritenuto sicuro) – determina (complessivamente) *pericoli per la salute umana, e non danni per l'ordine alimentare.*

Qui di seguito il segmento della sentenza di nostro interesse «(...) *la contravvenzione di cui all'art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/62 (...) costituisce un reato di pericolo presunto, con anticipazione della soglia di punibilità in ragione della rilevanza del bene-interesse tutelato (la salute umana), tale da prescindere dall'effettivo accertamento di un danno all'oggetto medesimo (...) tutte le citate violazioni fanno ritenere “pericoloso” (cioè potenzialmente foriero di rischi per la salute il latte non tracciabile ed, ovviamente, il mischiarlo con quello - sicuro - ha fatto sì che sorgesse il pericolo che si introducesse nel latte impiegato nella produzione dei prodotti caseari un fattore di rischio per la salute umana (...) con la conseguenza che può parlarsi di cattiva conservazione del latte medesimo».*

Secondo la Suprema Corte, dunque, la non tracciabilità della materia prima (acquistata da aziende non registrate e prive di attrezzature e locali idonei a garantire la mungitura e la conservazione del prodotto secondo adeguati *standard* igienico-sanitari) contamina il prodotto finito, sì da far insorgere il rischio per la salute integrando l'ipotesi di conservazione di prodotto in stato di cattiva conservazione penalmente rilevante *ex art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/62.* Tale principio di diritto, estrapolabile dalla sentenza in rassegna, costituirà l'oggetto di questa breve analisi.

Si procederà come segue. In primo luogo saranno effettuate alcune premesse teoriche di carattere generale, soprattutto in ordine all'art. 5, comma 1, lett. *b), legge n. 283/62,* per passare poi a evidenziare l'esistenza di un'evoluzione giurisprudenziale che ha trasformato la disposizione appena menzionata in una norma dai confini impalpabili; un precetto talmente ampio da poter essere paragonato a un portale magico – uno *Stargate,* appunto – capace di mettere all'occorrenza in collegamento il mondo del diritto penale con quello del diritto amministrativo.

Si vedrà, poi, come l'odierno arresto della Cassazione s'inserisce perfettamente all'interno di questa singolare evoluzione ermeneutica. Un'ampia critica seguirà, infine, sull'assimilazione della *non tracciabilità* della materia prima (latte) alla *cattiva conservazione* del prodotto finito (formaggio).

2. *Alcune premesse di carattere generale: l'art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/62. La sicurezza alimentare² si presenta come un sistema open-space: non esistono*

² Inseriamo, in ordine alfabetico, i contributi citati oltre: AA.Vv., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Prevenzione, prevenzione, repressione*, L. FOFFANI - D. CASTRONUOVO - A.P. DOVAL (a cura di), Milano, 2014; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; ID., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: la struttura oggettiva*, Milano, 1994; F. ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940, 1 ss.; ID., *Il problema del bene giuridico*, Padova, 1936; G. AZZALI, *Osservazione in tema di frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 13 ss.; U. BECK, *Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1986; ID., *Weltrisikogesellschaft*, Frankfurt, 2007; A. BERNARDI, *Depenalizzazione e razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003; ID., *Depenalizzazione e razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in AA.Vv., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, M. DONINI (a cura di), Milano, 2003, 187 ss.; ID., *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare dopo la riforma del 1999*, in *Ind. pen.*, 2005, 519 ss.; G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1938, 3 ss., ora in G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 321 ss.; K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßigen Handlungen und die Arten des Delikts*, vol. 1, II ed., Leipzig, 1890; J.M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv. Des Criminalrechts*, 1834, 75 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, v. XIX, 1973, 7 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS - G. PALOMBARINI, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984; P. CAPELLO, *Concorso di norme e di reati*, Torino, 2005; D. CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 637 ss.; ID., *Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il «paradigma» del sistema di illeciti in materia di alimenti*, in *Ind. pen.*, 2001, 298; ID., *Il sistema «punitivo» in materia di sicurezza e qualità degli alimenti*, in C. ALVISI (a cura di), *Regolazione e mercato*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2005; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2011; reperibile in www.dirittopenalecontemporaneo.it; ID., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella teoria del reato*, Roma, 2012; ID., *Sicurezza alimentare*, in AA.Vv., *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, M. DONINI - D. CASTRONUOVO (a cura di), Padova, 2007; C. CORRERA, *Prodotti alimentari: sicurezza, igiene e qualità*, Rimini, 2000; G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 57, 1938, 225 ss.; G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; O. DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflattive e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2000, 1407 ss.; F. DIAMANTI - L. MESSORI, *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal science*, in AA.Vv., *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio»*, Atti del VI edizione del ginnasio dei penalisti, in corso di pubblicazione; M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 80 ss.; ID., *Il progetto 2015 della Commissione caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in questa Riv., 2016, 207 e in *Dir. pen. cont.*, reperibile su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1473804932DONINI_2016b.pdf; ID., *Teoria del reato*, Padova, 1996; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 221 ss.; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, v. 4, 2013, 4 ss.; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in AA.Vv., *Bene giuridico. Riforma della parte speciale*, A. STILE (a cura di), Napoli, 1985, 3 ss.; ID., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, t, 1995, 343 ss.; R. FROSALI,

solamente reati (*delitti* o *contravvenzioni*), ma anche numerosissimi illeciti amministrativi³.

Concorso di norme e concorso di reati, Milano, 1971; ID., *Il sistema penale italiano*, vol. I, Torino, 1958; M. GALLO, *Dolo (Dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 750 ss.; ID., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1 ss.; ID., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1963; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.; G. GREGORI, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978; A. GRIPPA, *Rintracciabilità ed etichettatura dei prodotti agroalimentari nel mercato dell'Unione europea*, Padova, 2013; R. GUARINIELLO, *Codice della sicurezza degli alimenti. Commentato con la giurisprudenza*, II ed., Ipsoa, 2016; J.L. GUZMÁN DALBORA, *Inhalt und aktuelle Bedeutung der Rechtsgutstheorie im Werk von Johann Michael Franz Birnbaum*, in J.L. GUZMÁN DALBORA - T. VORMBAUM, *Johann Michael Franz Birnbaum - Zwei Aufsätze*, Münster, 2011, 67-92; R. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002; F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ΖStW*, 3, 1883, 1 ss.; ID., *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, *ivi*, 1886, 673 ss.; ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905; ID., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlin, 1908 e 10, Auflage, 1914; ID., *Der Begriffe des rechtsgut im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ΖStW*, 1888, 141 ss.; F. MANTOVANI *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, I ed., Bologna, 1966; R. MOOS, *Verbrechenbegriff in Österreich im 18 und 19 Jahrhundert. Sinn und Strukturwandel*, 1968; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951; V. PACILEO, *Commercializzazione di alimenti scaduti. La parola (definitiva?) delle Sezioni Unite?*, in *Cass. pen.*, 1996, 1767 ss.; ID., *Reati alimentari*, Milano, XII, 1995; T. PADOVANI, *L'avvenire della legislazione sulle frodi agrarie*, in AA.VV., *Aspetti penali del diritto agro-alimentare ed agro-ambientale*, A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE (a cura di), *Atti del convegno A. Carrozza*, Milano, 1999, 21; 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*, Valencia, 2010; ID., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI - M. PAVARINI (a cura di), Bologna, 2011, 301 ss.; D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milano, 1990; G. PICA, voce *Illeciti alimentari*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 443 ss.; R. PICCININO, *Diritto penale alimentare (dottrina e giurisprudenza)*, Torino, 1988; C. PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000; G. RABAGLIETTI, *Trattato di diritto sanitario*, Empoli, 1965; A. REITANO, *Il ruolo della tracciabilità nella commercializzazione dei prodotti agroalimentari. Il caso degli oli d'oliva extravergine e biologico*, Milano, 2012; J. RIORDAN - S. CAMERON, *Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, III ed., Milano, 2004; H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 151 ss.; Q. SALDANA, *Adiciones al tratado de Derecho penal de F. v. Liszt*, Madrid, 1914; P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriff «Rechtsgut»*, Basel, 1962; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 1 ss.; S. SWOBODA, *Die lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ΖStW*, 122, 2010, 27 ss.; V. VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, *cit.*, 177 ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, 498 ss.; T. VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in J.L. GUZMÁN DALBORA - T. VORMBAUM, *Johann Michael Franz Birnbaum, Zwei Aufsätze*, Münster, 2011, 85-92; ID., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ΖStW*, 123, 2011, 660 ss.; ID., *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, II ed., Padova, 2013; R. ZAFFARONI, *Teoria del delitto*, Buenos Aires, 1973; A. ZILLI - F. PAGLIARI, *Cattivo stato di conservazione degli alimenti: la tutela del c.d. «ordine alimentare»*. Nota a Cass. Sez. III Pen. 10 febbraio 2014, n. 6108, in *Riv. dir. alim.*, 2014, fasc. 2, 4.

³ A. BERNARDI, *La disciplina*, *cit.*, 519 ss.; D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, *cit.*, 21.

Con l'etichetta *sicurezza alimentare*⁴ si indica quell'insieme di regole generate da fonti eterogenee (es. comunitarie, interne, non legislative, ecc.), poste in protezione della salute dei consumatori, dell'igiene, dell'integrità e della genuinità degli alimenti, oltre che dell'economia pubblica, della lealtà commerciale, di interessi di categoria (es. dei produttori).

Dopo la riforma intervenuta col d.lgs n. 507/99⁵, le c.d. *leggi speciali-specifiche* in materia penale alimentare (il vecchio III livello di tutela, per intenderci), sono state depenalizzate, pur continuando questo a rimanere un settore essenziale per il penalista in funzione di *etero-integrazione normativa destinato alla specificazione tecnica*⁶. In altri termini, quel *macro-settore* intriso di fattispecie amministrative dovrebbe limitarsi a precisare alcuni requisiti normativi dell'igiene, della genuinità o dell'integrità degli alimenti. Senza il suo aiuto, in effetti, gran parte della disciplina penalistica non si riesce a comprendere. Il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui all'art. 439 e ss. c.p. e dagli artt. 5, 6 e 12, legge n. 283/62 – la c.d. *salute collettiva*⁷ (art. 31, comma 1 Cost.) o del *consumatore* – è superindividuale e, come tutti i beni giuridici di tale natura (*diffusi, collettivi, istituzionali, ecc.*), necessita solitamente di una tutela anticipata⁸ graduabile nelle forme del *pericolo concreto* o *presunto*⁹.

⁴ Sul tema, imprescindibile il riferimento a AA.VV., *La sicurezza alimentare nella prospettiva europea*, cit., *passim*.

⁵ Sulla riforma, tra gli essenziali, v. D. CASTRONUOVO, *Il sistema «punitivo»*, cit., 101; ID., *Depenalizzazione*, cit., 303 ss.; O. DI GIOVINE, *La nuova legge*, cit., 1414 ss.; C. PIERGALLINI, *Depenalizzazione*, cit., 1450 ss.; A. BERNARDI, *Depenalizzazione*, cit., 187 ss.

⁶ Esempi molto chiari in D. CASTRONUOVO, *La sicurezza*, cit., 25. La terminologia deriva dal «fenomeno dell'integrazione delle norme» di R. FROSALI, *Il sistema*, cit., 166.

⁷ Con specifico riferimento alla legge n. 283/62, il bene giuridico tutelato è quello della *salute pubblica*. Ciò emerge dalla lettera dell'art. 1 della norma, dagli atti parlamentari (v. il lavoro di G. RABAGLIETTI, *Trattato*, cit., 351 ss. il quale deduce ciò anche dal fatto che il legislatore del 1962 non ha abrogato il r.d.l. del 15 ottobre 1925, n. 2033 e quello del 1° luglio 1926, n. 216, ovvero un *corpus iuris* posto in tutela della diversa «*economia agricola*» e solo indirettamente in protezione dell'igiene degli alimenti). Sul bene giuridico «salute pubblica» e art. 5, legge n. 283/62, v. già G. AZZALI, *Osservazioni*, cit., 13 ss. (spec. 31, e nota 31 per riferimenti).

⁸ Così già F. BRICOLA, *Tecniche di tutela*, 60 ss.

⁹ L'esposizione a pericolo (*reati di pericolo*) del bene giuridico tutelato si distingue, come noto, dalla sua lesione effettiva (*reati di danno*). Tuttavia, la varietà della terminologia utilizzata sul *macro-tema* del pericolo rischia di confondere l'osservatore [M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 175-177; ID., *Il principio di offensività*, cit., 13 (nota 29)]. Senza alcuna pretesa di completezza, è a nostro avviso opportuno sostenere che il pericolo possa atteggiarsi solo come «concreto», nei casi in cui è osservabile come elemento esplicito del tipo, oppure come «presunto» (o *astratto*, ma solo come sinonimo di *presunto*), quando *non* compare come elemento esplicito di fattispecie. Il primo è composto da illeciti strutturati su *condotte* pericolose (es. 441 c.p.

La principale tecnica di tutela in materia alimentare, salvo talune ipotesi di reato aggravato dall'evento¹⁰, è dunque la messa in pericolo: dalla sua versione codicistica «concreta» (artt. 439, 440, 442 e 444 c.p.; 452 c.p. per l'incriminazione colposa dei medesimi fatti)¹¹, a quella *extra-codice* «presunta» (artt. 5, 6 e 12, legge n. 283 del 1962)¹².

pericolo = *qualifica modale della condotta*) o costruiti attorno a *eventi* pericolosi (es. 431 c.p.) (cfr. sul tema, M. GALLO, *I reati*, cit., 2 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione*, cit., 698 ss.; si veda la relativizzazione di F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., 202 ss., e la conferma della tesi di Angioni in M. ROMANO, *Commentario*, cit., *pre-art.* 39, par. 108, 339). Il (diverso) pericolo astratto - e qui nascono i fraintendimenti - prende vita in seno alla dottrina tedesca al solo fine di aggirare un problema tipicamente *home-made*: secondo i tedeschi *non c'è pericolo concreto senza evento di pericolo*, quindi tutte le fattispecie che non presentano una tale caratteristica, pur richiedendo la presenza solo di alcuni specifici *fattori-di-pericolo*, devono secondo loro appartenere a categorie diverse, al pericolo c.d. «astratto» (o *astratto-concreto*, *astratto-presunto*, *ipotetico*, *generico*, ecc.). Per noi il problema non sussiste, almeno non in questi termini. Naturalmente, il pericolo concreto necessita di accertamenti nel singolo caso capaci di dimostrare in giudizio l'esistenza del pericolo per il bene giuridico; in quello presunto, invece, ciò che deve essere dimostrato in giudizio è sia la *conformità della condotta allo schema legale che descrive la pericolosità* (cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 183, sui reati di pericolo, anche in ID., voce *Teoria*, cit., 268), sia, rispettando il principio di legalità, alcuni elementi (*oggettivi* e *soggettivi*) capaci di concretizzare l'offesa al bene giuridico protetto e, quindi, di allontanare il più possibile la disposizione dalla struttura (indesiderabile) della mera inosservanza. Le presunzioni insuscettibili di una tale (minima) riconversione ermeneutica dovrebbero, almeno in una prospettiva *de lege ferenda*, divenire meri illeciti amministrativi. Per una lettura parzialmente diversa e aperta a una gradazione ancora maggiore, v. M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 14, par. 3.3.; detto ciò, non è un caso che l'A. condivida, seppur in un'ottica di semplificazione legislativa, la tripartizione del pericolo, cfr. *Ibidem*, 13 (nota 29). Sotto un profilo politico-criminale, *una suddivisione tricotomica è da rifiutare in quanto legittimante le declinazioni d'inosservanza all'ordine del pericolo presunto*.

¹⁰ Ad esempio l'art. 349 *cpv* c.p., dove l'ergastolo interviene solo se dal fatto dell'avvelenamento deriva la morte di una o più persone.

¹¹ Secondo alcuni questa caratteristica può essere parzialmente disattesa considerando, in ragione del pericolo c.d. «comune» (*Gemeingefahr*), gli artt. 439 ss. pericoli presunti. Cfr. A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 338 ss. Così anche le disposizioni codicistiche che contemplanò il pericolo come elemento di fattispecie necessitano di un giudizio (di pericolo) astratto (*Ibidem*, 239 ss.). Diviene quindi una regola generale: *in presenza di un pericolo diffuso e di vittime (plurime ma) indeterminate il giudizio deve immancabilmente astrarsi*. Con riferimento alle contravvenzioni alimentari, di conseguenza, mancherebbe un pericolo comune ma sussisterebbe un pericolo per le persone, quindi un pericolo per il singolo, anche se non individuato o individuabile singolarmente. Per una spiegazione puntuale di questa impostazione v. D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 32 (spec. nota 27).

¹² Sulle tecniche di tutela, v. D. PETRINI, *Reati di pericolo*, cit., *passim* (spec. 71 ss.). Sulla compatibilità del pericolo presunto con la Carta costituzionale, v., Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, 2628, con nota di G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa, in materia di stupefacenti*: «(...) le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale». Per un urgente bisogno di rinnovamento delle contravvenzioni *ex artt.* 5, 6 e 11, legge n. 283/62, v. M. DONINI, *Il progetto*, cit., 207 ss. (spec. par. 6 ss.) e in *Dir. pen. cont.*, cit., par. 6 ss.

Il pericolo è una tecnica di tutela certamente utile in materie delicate come la sicurezza alimentare: sotto un profilo meramente processuale, la prova (e il *metodo di prova*) dell'esistenza di una condotta è assai più agile rispetto all'ulteriore accertamento dell'attivazione di un pericolo nel caso concreto per un bene collettivo a vittima indeterminata¹³. Secondo alcuni, la concretizzazione del pericolo per la salute collettiva nei delitti codicistici funzionerebbe addirittura da «(...) *macro-requisito tendenzialmente paralizzante*»¹⁴.

In primo luogo, l'alimento, *altamente deteriorabile* per definizione, necessita – se oggetto di un sospetto¹⁵ – di accertamenti tecnici di laboratorio immediati, diretti a verificarne lo *status*. La prova così formata dovrà essere valutata, spesso con enormi difficoltà (es. *sostanze non sperimentate*), dal *peritus peritorum*. Il giudicante dovrà infatti verificare l'emersione all'interno del caso concreto di un *periculum in incertam personam* utilizzando la doverosa regola probatoria del «*al di là di ogni ragionevole dubbio*» (v. art. 533 c.p.p.)¹⁶.

Da tali evidenti difficoltà deriva tutta una serie di proteste silenziose concretizzatesi, ad esempio, nel rifiuto dell'obbligatorietà dei *test* in laboratorio, nelle condanne in assenza di leggi scientifiche che colleghino la condotta al pericolo per la salute collettiva, nell'introduzione *ad hoc* di valori-soglia che «*concretizzano il pericolo*» o nell'ingresso di ragionamenti prettamente precauzionali¹⁷.

Sin dall'anno 1999 – anche in precedenza, ma con terminologia oscura (v. art. 9, comma 3, legge n. 689/1981¹⁸) – in caso di convergenza apparente di disposizioni (*contravvenzioni/illeciti amministrativi*) non si applica il principio di specialità *ex* art. 9, comma 1, legge n. 689 del 1981, ma l'illecito penale. Si tratta della vecchia, ma comprensibile, deroga espressa alla regola generale di cui all'art. 15 c.p.¹⁹, che ha provocato una sostanziale inutilizzazione «a tappeto» delle sanzioni amministrative riferite a precetti ancora utili per la comprensione degli illeciti penali in materia alimentare.

¹³ Sul tema v. R. MARTINI, *L'accertamento*, cit., 365 ss.

¹⁴ T. PADOVANI, *L'avvenire*, cit., 23.

¹⁵ Esempio: le (diverse) *modalità estrinseche di conservazione* contrarie a norme, prescrizioni o regole d'esperienza, costituiscono quei «meri indizi», i c.d. *elementi-spia*, da valutare con altre prove capaci di far emergere un vero pericolo (es: *stato di cattiva conservazione*) nel prodotto alimentare.

¹⁶ Su questi temi, v. ancora R. MARTINI, *L'accertamento*, cit., 366.

¹⁷ R. MARTINI, *L'accertamento*, cit., 367.

¹⁸ Per tutti, A. BERNARDI, *Depenalizzazione*, cit., 207-209, 220 ss.

¹⁹ Sul principio di specialità, v. per tutti G. DE FRANCESCO, *Lex*, cit. Inoltre, sul tema del concorso

Proprio come la più attenta letteratura sul tema ha evidenziato, «*data la genericità del legislatore nella costruzione delle fattispecie tipiche codicistiche (artt. 439 ss., 515 ss.) e non (artt. 5, 6, e 12 della legge n. 283/62), gran parte dei fatti concreti oggi astrattamente previsti quali illeciti amministrativi esaudirà anche le condizioni di conformità per rientrare quantomeno nelle residue ipotesi contravvenzionali [...] incentrate su condotte di pericolo astratto o presunto e omnicomprensive quanto a tipo di attività (produzione, trasformazione, distribuzione, vendita) e oggetto materiale (tutte le sostanze destinate all'alimentazione)*»²⁰.

La disposizione che qui interessa è l'art. 5, comma 1, lett. b), il cui precetto vieta d'impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere per vendere²¹ o somministrare come mercede ai propri dipendenti²², o comunque distribuire per il consumo²³ sostanze alimentari «*in cattivo stato di conservazione*».

Si tratta di una disposizione penale (in bianco²⁴) di pericolo presunto, diretta a preservare la struttura intrinseca dell'alimento²⁵, assai frequente nella prassi²⁶, posta dal legislatore del 1962 a tutela della *salute pubblica*, ma – a nostro avviso – bisognosa di verifiche tecnico-scientifiche di laboratorio, o perizie, sull'alimento stesso, atte a confermare, o negare, le situazioni di fatto che *danno causa all'esistenza del pericolo*²⁷.

di norme in generale, v.: R. FROSALI, *Concorso*, cit., *passim*; F. MANTOVANI, *Concorso*, cit., *passim*; A. MORO, *Unità*, cit., *passim*; e, per un'analisi recente dello stato attuale di dottrina e giurisprudenza, P. CAPELLO, *Concorso*, cit., *passim*.

²⁰ D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare*, cit., 38.

²¹ Detenere per vendere non significa obbligatoriamente né «*esporre per vendere*», né «*offrire*», ma tenere a disposizione di chi vuole acquistare. Solitamente è il luogo dove gli alimenti sono riposti a determinare l'esistenza di una detenzione finalizzata alla vendita. Cfr. G. RABAGLIETTI, *Trattato*, cit., 357.

²² Ciò avviene ogni volta in cui, per particolari consuetudini o per casistiche riconducibili all'art. 2099, comma 3, c.c., il lavoratore sia retribuito in natura, in sostituzione o a completamento della retribuzione in denaro. Si veda, G. RABAGLIETTI, *Trattato*, cit., 357.

²³ Distribuire per il consumo significa «*consegnare sostanze alimentari a titolo gratuito od oneroso ad acquirenti, a consumatori o a incaricati di farglieli pervenire*». Nello stesso senso, cfr. G. RABAGLIETTI, *Trattato*, cit., 357.

²⁴ Così già V. PACILEO, *Commercializzazione*, cit., 1771.

²⁵ *Ex multiplis*, Cass. Sez. VI Pen. 18 aprile 1973, n. 3146, De Matteo, in *Giust. pen.*, 1973, II, 540, 489; Cass. Sez. III 20 gennaio 1997, n. 4047, Di Masi, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 84, con nota di G. PICA.

²⁶ V. PACILEO, *Reati*, cit., 1771-1772.

²⁷ Cass. Sez. III Pen. 13 aprile 2007, n. 15049, Bertini, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2007, 718; Cass. Sez. III Pen. 11 gennaio 2012, n. 439, Dulcos, rv. 251.630. Inseriamo qui un passaggio assai significativo ai nostri fini: «*(...) se non è necessario accertare la sussistenza di un concreto danno per la salute o di un concreto deterioramento del prodotto, in quanto, trattandosi di reato di pericolo presunto (Sez. III 16 dicembre 2003, Bargelli, rv. 226.874), è sufficiente che le modalità di conservazione possano determinare il pericolo di un tale danno o di un tale deterioramento, è però necessario accertare che le modalità di conservazione siano in concreto idonee a determinare*

Se ciò che si è detto fino a qui è vero, allora senza una verifica sull'incidenza della condotta sul pericolo attuale di alterazione di una o tutte le relative componenti organiche – laddove serve, naturalmente, perché a volte il difetto-pericolo è rilevabile *ictu oculi* –, non è possibile condannare: se lo scongelamento della carne non ha inciso minimamente sulle proprietà nutritive dell'alimento²⁸; così come se l'esposizione al sole di acqua o olio non ha generato davvero pericoli per la loro commestibilità²⁹; o se si verifica l'interruzione (inoffensiva) della catena del freddo nella conservazione del pesce³⁰; o se ci si trova davanti alla presenza innocua di escrementi di topo nei locali di deposito³¹. Così come, ad esempio, non è possibile presumere il cattivo stato di conservazione di una mozzarella dal semplice fatto che essa sia riposta a 21° nell'acqua di governo³². Per la punizione dei fatti inoffensivi rimane, almeno in linea teorica, la sanzione amministrativa.

Ciò nonostante, l'art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/62 risulta lar-

un tale pericolo. In altri termini, se è sufficiente la presunzione del pericolo dell'alterazione, non può ritenersi sufficiente anche la mera presunzione della inidoneità delle modalità di conservazione. Nel caso di specie, invece, il giudice ha basato la sua decisione proprio, per così dire, sulla presunzione di una presunzione, in quanto in realtà ha ommesso di accertare se la concreta modalità di conservazione del prodotto era realmente idonea a dar luogo ad un pericolo di alterazione del prodotto, ma ha soltanto presunto tale idoneità, con motivazione apodittica o comunque manifestamente illogica. Il giudice del merito, infatti, ha accertato in punto di fatto che una delle confezioni di filetto di salmone congelate, tra le tante conservate all'interno del banco frigo, aveva una temperatura alla matrice di 10° C, invece della temperatura di 4° C, corrispondente ad una idonea modalità di conservazione, ed alla quale, invece, si trovavano tutte le altre confezioni di filetto di salmone conservate nello stesso banco frigo, il quale a sua volta era dotato di sistema dinamico di refrigerazione, funzionava regolarmente, ed aveva una temperatura di 2° C. Il giudice ha poi osservato che, se il prodotto fosse stato conservato alla temperatura di 10° C, dopo otto giorni alcune entità batteriche si sarebbero potute replicare ed avrebbero potuto produrre tossine nocive per la salute. Ha di conseguenza ritenuto che la modalità di conservazione del prodotto era tale da non impedire, nell'arco di otto giorni, il formarsi di tossine nocive per la salute. La manifesta illogicità di questo ragionamento è di tutta evidenza, in quanto esso si basa sull'assunto - indimostrato, ed anzi in contrasto con altre circostanze evidenziate dalla stessa sentenza impugnata - che la confezione in questione sarebbe sicuramente rimasta alla temperatura di 10° C per otto giorni. Invece, era ben possibile che la confezione fosse rimasta alla temperatura di 10° C per pochi momenti, per poi tornare a quella di 4° C (dato che fu rinvenuta all'interno del banco frigo regolarmente funzionante) così come poteva essere ugualmente possibile che essa fosse portata ad una temperatura superiore, e che quindi il pericolo del formarsi di tossine nocive potesse presentarsi ancor prima di otto giorni».

²⁸ Cass. Sez. III Pen. 23 giugno 1994, n. 7311, Cardaci, rv. 198.209.

²⁹ Cass. Sez. III Pen. 13 ottobre 1997, n. 9229, Nastasi, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1998, 302 e Cass. Sez. III Pen. 27 luglio 2011, n. 29987, Collura, rv. 251.250.

³⁰ Cass. Sez. III Pen. 28 gennaio 2014, n. 3711, Riccio, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2015, 135.

³¹ Cass. Sez. III Pen. 10 marzo 2005, n. 9477, Ciccariello, rv. 230.851.

³² Cass. Sez. III Pen. 20 gennaio 1997, n. 4047, cit.

gamente utilizzato nella prassi³³ in funzione espansiva del penalmente rilevante. La sua trasformazione in norma, come vedremo oltre, ha seguito un processo di analogia graduale in *malam partem* capace di attrarre nel mondo del diritto criminale un numero di violazioni (tipicamente non penalistiche e) non contemplate affatto dalla *disposizione*³⁴. Quasi come se l'art. 5, comma 1, lett. b) costituisse uno *Stargate* capace di aprire un varco (incontrollato e incontrollabile) dal mondo del diritto alimentare-amministrativo a quello penale. È proprio da qui che si generano le premesse concettuali alla sentenza qui annotata.

Proviamo a comprendere meglio i passaggi che hanno portato alla nascita di questo *portale magico*.

3. *La genesi dello Stargate: l'esplosione del tipo*. La strana vicenda che coinvolge il mutamento dell'art. 5, comma 1, lett. b), nasce ben prima della celebre – quanto criticata – sentenza Butti del 2002³⁵; arresto che, considerando la disposizione di cui all'art. 5, legge n. 283/62 un illecito di danno in protezione del c.d. «ordine alimentare»³⁶, non è altro che la «regolarizzazione» di tutta una precedente evoluzione giurisprudenziale orientata alla logica precauzionale e costruita sul pericolo indiretto.

Tutto inizia con l'esplosione graduale del segmento «*cattivo stato di conservazione*» in una norma che potremmo (ri)tipizzare, senza troppa approssimazione, in «*illecite, illegittime o inappropriate modalità formali di conservazione*». Cerchiamo ora di capire, *step by step*, come ciò possa essere accaduto, analizzando l'evoluzione ermeneutica dei tre segmenti della disposizione: *cattivo + stato + conservazione*, a partire da quest'ultimo.

La *conservazione*, nella sua accezione scientifica più classica, consiste in un'alterazione di origine biologica causata da enzimi presenti nelle cellule degli alimenti stessi o appartenenti a *micro-organismi* che si sviluppano, sin da subito, nell'alimento: *i*) contaminando i caratteri organolettici e il

³³ A. ZILLI - F. PAGLIARI, *Cattivo stato*, cit., 4. Per una corposa raccolta casistica in materia penale-alimentare, v. R. GUARINIELLO, *Codice, passim* [sulla lett. b), spec. 331 ss.].

³⁴ Sulla distinzione tra *disposizione* e *norma* nel diritto penale, v. M. DONINI, *Disposizione*, cit., *passim*.

³⁵ Cass. Sez. Un. Pen. 9 gennaio 2002, n. 443, Butti, rv. 220.717.

³⁶ Cass. Sez. III Pen. 2 settembre 2004, n. 35828, Cicolella, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2006, 48 con nota di R. BOCCADAMO, *Disciplina igienico sanitaria: la corretta individuazione della fattispecie penale di detenzione a fini di vendita di sostanze alimentari in «cattivo stato di conservazione»*.

valore nutritivo dell'alimento causando putrefazione, inacidimento e irrancidimento dei grassi, fermentazione dei carboidrati, ecc.; *ii*) compromettendo la salubrità dell'alimento nel caso di germi patogeni e/o tossine. Anche le alterazioni fisico-chimiche (freddo, caldo, luce del sole, raggi UV, variazione del contenuto idrico, ecc.) incidono in questo senso.

Quanto ai diversi metodi di conservazione, essi sono tradizionalmente: la disidratazione, le radiazioni, la modifica dell'atmosfera, i conservanti naturali, l'affumicamento, le fermentazioni, la pastorizzazione, la sterilizzazione, ecc. (es. la *pastorizzazione* porta l'alimento a temperature superiori a 65° o anche 80° C, per poi abbassarla dopo qualche secondo drasticamente; la sterilizzazione lo porta a 100°).

Ad ogni modo, ciò significa che il legislatore del '62 deve obbligatoriamente aver pensato alla possibile presenza di enzimi che, se sviluppati in un certo modo e in una certa misura, possono provocare una conservazione *pericolosa* dell'alimento per la salute di qualsiasi consumatore e ai classici metodi di conservazione: caldo, freddo, sale, ecc.

Il contenuto del termine «*conservazione*» è stato però modificato dalla giurisprudenza con un'operazione ermeneutica che ha richiesto due passaggi ben specifici:

- a) da *metodo naturale* a *metodo artificiale*;
- b) e da *contenuto sostanziale* a *contenuto formale*.

Partiamo dalla prima (*a*). Il progresso tecnologico in materia industriale-alimentare ha imposto – ma questo è fisiologico – di ampliare il significato della parola in analisi, aggiungendo le tecniche di conservazione artificiali a quelle naturali. In altri termini, la giurisprudenza del secolo scorso ha dovuto prendere atto del fatto che oltre ai metodi fisici (es. *freddo/caldo*, ecc.) e ai metodi più o meno antichi (es. sale, zucchero, alcol etilico, olio d'oliva, ecc.), esistono tecniche di conservazione chimiche che utilizzano conservanti o antimicrobici (l'acido benzoico, l'anidride solforosa, e così oltre), conservativi secondari aggiunti (es. l'anidride carbonica, i nitrati e i nitriti) e gli antiossidanti che prevengono gli irrancidimenti e gli imbrunimenti (comprendono l'acido ascorbico, le lecitine, i tocoferoli).

La seconda costruzione ermeneutica (*b*) ha natura parzialmente patologica. Secondo questa scaltra operazione, la *conservazione* penalmente rilevante non sarebbe solo quella sostanziale, quindi quella che assicura il mantenimento

di una qualità specifica e intrinseca dell'alimento, ma anche quella *formale*³⁷. Vediamo, nel dettaglio, di cosa si tratta.

Sostenendo che la conservazione rilevante *ex art.* 5, comma 1, lett. *b*), legge n. 283/62 è quella *formale*, si modifica direttamente il concetto di «*stato*». Si afferma, dunque, che il pericolo per l'intrinseca purezza o commestibilità dell'alimento (il suo *stato*, appunto) non conta; ciò che conta è il pericolo generato dalle *modalità estrinseche di conservazione* il quale crea a sua volta, un pericolo di danno (deterioramento del prodotto). La situazione si aggrava in ragione del fatto che la «*modalità formale di conservazione*» dell'alimento è spesso considerata pericolosa in via presuntiva (es: *il confezionamento, il solo fatto di non aver messo lo yogurt in frigo*³⁸, ecc.), quindi senza alcun tipo di accertamento.

Il ragionamento muove dalla seguente lettura sistematica dell'intero art. 5: le condotte capaci d'incidere sulla condizione biochimica dell'alimento sono già contemplate nelle lettere *c*) e *d*) del medesimo articolo. Pertanto, posto che non può trattarsi di una mera ripetizione, la conseguenza è logica: la lett. *b*) è stata creata al fine di prevenire gli esiti (pericolosi) delle altre lettere appena menzionate.

La punizione che interviene per via di una *cattiva modalità formale di conservazione* evita il pericolo che il consumatore possa assumere alimenti con cariche microbiche superiori ai limiti o insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione.

Questa lettura pare inesatta: l'autonomia della lett. *b*) trae origine proprio dalla graduabilità fenomenologica del concetto di *degrado* dell'alimento. Quest'ultimo è graduabile per definizione se inserito all'interno di un ragionamento giuridico: dalla prevenzione degli elementi nutritivi, alla perdita delle caratteristiche di appetibilità, fino all'alterazione e alla nocività. Esistono infatti delle caratteristiche (es: morbidezza, odore, consistenza, sapidità, ecc.) che rendono il prodotto intrinsecamente mal

³⁷ Questo dato è già presente in Cass. Sez. Un. Pen. 4 gennaio 1996, n. 1, Timpanaro, in *Foro it.*, 1996, II, 220 ss., con nota di V. PAONE. Rileva in letteratura questo problema anche D. CASTRONUOVO, *Brevi note*, cit., 652 (e nota 49).

³⁸ Cfr. V. VALENTINI, *Marktradikalismus*, cit., 177 ss.

conservato, ma non insudiciato, invaso da parassiti o nocivo, e così oltre Nondimeno, se la conservazione non è più la «conservazione» nella sua accezione classica e lo «stato» è divenuto una mera «modalità» presuntivamente pericolosa, allora anche l'aggettivo «cattivo» dovrà ragionevolmente variare in qualcosa di diverso da ciò che può intuire il cittadino comune alle prese con la lettura dell'art. 5, legge n. 283/62.

In quasi tutti i suoi significati, l'aggettivo «cattivo» esprime un preciso giudizio di evidenza fenomenologica dell'offesa alla salute del consumatore. Non ogni stato di conservazione è rilevante, ma solo quello «cattivo», quindi davvero pericoloso per *il contenuto nutrizionale/la naturale composizione/la genuinità* dell'alimento.

Ebbene, la giurisprudenza di legittimità ha completato il disegno sovrapponendo al termine «cattivo», il diverso «*formalmente illecito*», formulando un giudizio notoriamente svincolato dalla capacità offensiva dello *stato di conservazione* dell'alimento.

Quel che conta è solo il fatto che l'alimento *giunga al consumatore con le garanzie igieniche imposte per la sua natura*³⁹. Non rilevano, come abbiamo detto, agli effetti dell'art. 5, comma 1, lett. b), anche le condizioni *intrinseche* del prodotto, ma solo quelle *estrinseche*; quasi come se queste ultime fossero tutte presuntivamente pericolose, ricavabili dalla mera osservazione fenomenologica dell'offesa e del tutto indipendenti da scelte (anche) economico-finanziarie, interne o sovranazionali-precauzionali.

La situazione si complica ulteriormente se si volge lo sguardo verso le fonti capaci, secondo la giurisprudenza, di riempire l'aggettivo «*illecito*». Ebbene, non rileva solo la contrarietà alle leggi, alle ordinanze e ai regolamenti, ma anche alle disposizioni igienico-sanitarie che riescono a garantire una buona conservazione (formale) del prodotto. Quindi anche quelle «*desunte implicitamente dalla legge, imposte da statuizioni regolamentari o da usuali regole di precauzione commerciale*»⁴⁰.

Così facendo, allora, in materia alimentare *non è più cattivo ciò che è davvero cattivo nella sostanza, ma è cattivo anche ciò che è illecito «o inappropriato» nella forma, a prescindere dall'esistenza di un contenuto minimo di offensività, senza un fatto qualitativamente davvero penalistico*. Anche il mero superamento della

³⁹ Ancora: Cass. Sez. III Pen. 2 settembre 2004, n. 35828, cit.

⁴⁰ *Ibidem*.

data di scadenza⁴¹ o il non avvolgere per intero i formaggi freschi a pasta filata nella loro confezione d'origine è un comportamento che – senza a nulla rilevare l'esito dei *test* sulla qualità del prodotto o l'esistenza di regole di esperienza davvero capaci di far emergere alcuni profili minimi del pericolo (presunto) dal legislatore – interessa il diritto penale alimentare ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *b*), legge n. 283/62.

Giunti a tal punto anche i giudici di legittimità allungano la mano sul freno d'emergenza incominciando a discutere dell'esclusione di ogni soluzione che non tenga conto, nel caso concreto, del «*principio di tipicità*»⁴². La condotta che integra la fattispecie – sostengono i giudici in questo arresto del 1992 – deve essere scritta normativamente in modo preciso e deve trovare esatta corrispondenza nella realtà assunta come parametro valutativo concreto della trasgressione. Non senza critiche, sono così riusciti a salvare da condanna certa *ex art. 5, comma 1, lett. b*), legge n. 283/62, quel celebre ristorante *self-service* in cui erano venduti alimenti in piatti esposti su banconi senza alcuna protezione. L'esposizione senza

⁴¹ Fino al 1982 il termine minimo di conservazione dell'alimento generico non era obbligatorio in etichetta, se non per alcuni prodotti specifici (es., gli sfarinati). È solo dopo l'introduzione dell'art. 10, d.p.r. 18 maggio 1982, n. 322 che tale specifica diviene necessaria per tutti gli alimenti. Circa dieci anni più tardi la giurisprudenza ha ritenuto doveroso ricondurre il superamento del limite minimo di conservazione allo «*stato di cattiva conservazione*» rilevante ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *b*), legge n. 283/62 (cfr. Cass. Sez. VI Pen. 24 febbraio 1994, n. 6325, Franchini, rv. 198.987). Tuttavia, una presunzione di pericolo di questo tipo non può in alcun modo essere condivisa. Non è il decorso del tempo un fattore necessario per comprendere lo stato di «*cattiva conservazione*» dell'alimento.

Il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, aggiornato dall'art. 6, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 68 e quindi dall'art. 2, d.l. 10 agosto 2000, n. 259, ha modificato la disciplina del termine-minimo, introducendo la *data di scadenza* dei prodotti facilmente deperibili. Dunque, il termine minimo di conservazione è la data fino alla quale il prodotto alimentare conserva le sue proprietà specifiche in adeguate condizioni di conservazione, e va indicato con la dicitura «*da consumarsi preferibilmente entro*», o «*da consumarsi preferibilmente entro la fine*». La scadenza, invece, indica il momento ultimo per consumare l'alimento: «*da consumarsi entro (...)*». Il «*termine minimo*» consente al consumatore di ingerire o utilizzare l'alimento in un momento in cui le proprietà organolettiche sono sicuramente conservate. La *data di scadenza* invece informa del termine entro cui il produttore consiglia di consumare il prodotto; una volta scaduto questo termine potrebbero verificarsi alterazioni anche piuttosto pericolose.

Comunque sia, tra il termine della data di scadenza e il pericolo per la salute collettiva o del consumatore non vi è un nesso vero, verificabile, tangibile, sempre e comunque. Occorrerà dimostrare in concreto, dunque mediante analisi scientifico-organolettiche, l'alterazione o la nocività dell'alimento. Riprende tutti questi temi, G. PICA, voce *Illeciti alimentari*, cit., *passim*.

⁴² Il punto è trattato in C. CORRERA, *La qualità*, cit., 129. Per una riflessione recente sul *principio di tipicità*, v. M. DONINI, *Il concorso esterno «alla vita dell'associazione» e il principio di tipicità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2017, *passim*, reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it, per la comprensione del vero contenuto della *tipicità penale*, diverso dal principio di legalità, v. 3 ss. (spec. nota 7 e 10).

protezione è stata considerata una *modalità di vendita* inidonea a creare, di per sé, un pericolo di alterazione del prodotto⁴³.

Fino a questo punto, l'evoluzione giurisprudenziale analizzata è riuscita a far esplodere una parte della fattispecie tipica – che da «*cattivo stato di conservazione*» è divenuta «*illecita, illegittima o inappropriata modalità formale di conservazione*» – senza modificare il bene giuridico della salute del consumatore e/o metterne in discussione la natura di reato di pericolo presunto.

4. *L'ultimo viaggio dello Stargate. La tracciabilità della materia prima (latte) tra legalità e offensività.* Le Sezioni Unite del 2002, non paghe di una trasfigurazione totalizzante della contravvenzione in analisi, hanno diretto l'attenzione sul *bene giuridico* e sulla *tecnica di tutela* dell'art. 5, comma 1, lett. b). Come noto, hanno spiegato al produttore o al commerciante (all'ingrosso, al dettaglio, piccolo, medio o grande, attualmente non conta), che la disposizione non è affatto un illecito di pericolo, ma di danno e che il bene giuridico protetto non è la *salute del consumatore*, ma l'*ordine alimentare*.

Ciò che emerge dall'evoluzione trattata sin qui è un rovinoso oscillamento tra logiche precauzionali in violazione del principio di offensività e camuffamenti lesivi della legalità. Chiariamo subito due aspetti teorici.

Primo. Il cuore del principio di offensività è l'abbandono della mera disobbedienza⁴⁴ realizzato mediante il riconoscimento di alcune regole irrinunciabili di civiltà giuridica. Tale principio, nella sua versione c.d. astratta, interviene su un bene giuridico, ipotizzato *ex ante* dal legislatore e già passato indenne da un controllo di compatibilità costituzionale, con accertamenti di qualità protesi alla selezione delle *tecniche* e delle (diverse) *modalità* di tutela legittime. Tuttavia, davanti a pericoli presunti – questo è appunto il caso dell'art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/62 – la regola positivizzata non riesce, di per sé, a favorire l'operatività

⁴³ Critico anche sull'assoluzione in questo caso specifico, tra i pochi, C. CORRERA, *La qualità*, cit., 130.

⁴⁴ Tra gli altri sostenitori della mera disobbedienza come nucleo centrale del comando, v. G. DAHM, *Der Methodenstreit*, cit., 225 ss. *Ça va sans dire*.

del vaglio sull'offensività. La disposizione, infatti, potrebbe essere stata strutturata dal legislatore sulla base di presunzioni scientificamente, o socialmente, del tutto infondate. Laddove non vi dovesse essere una valida ragione per considerare un comportamento lesivo o pericoloso per un bene giuridico, la sua punizione muterebbe in rimprovero per l'infedeltà dimostrata; in un'una mera disubbidienza alle volontà del despota che impone senza spiegare e, soprattutto, senza rendere conto a nessuno. Da qui nasce l'importanza di un controllo concreto sul pericolo presunto, diretto a estrapolare in via ermeneutica l'offesa dal singolo caso. Il punto è che *senza un'offesa capace di realizzare un pericolo qualitativamente penalistico, o di lesionare direttamente un bene giuridico, l'illecito è, oggettivamente e soggettivamente, incompleto.*

La legalità, invece, non ha alcun bisogno di presentazione. Ad ogni modo, almeno per quel che concerne il presente ragionamento, essa vieta al giudice di costituire, modificare o estinguere, disposizioni penali, così come di applicare interpretazioni analogiche in *malam partem*.

Come noto, *offensività* e *legalità* sono principi legati da un forte nesso d'interdipendenza. L'esistenza dell'uno in assenza dell'altro produce situazioni indesiderabili di puro arbitrio: *l'offensività a costo della legalità* genera imprevedibilità nel singolo caso; *la legalità senza offensività* produce mere inosservanze, obblighi di fedeltà e ingiustizie del tutto intollerabili nella nostra cultura giuridica. Il loro bilanciamento, dunque, costituisce un'attività quanto mai delicata, e l'importanza della loro contemporanea convivenza si estende naturalmente anche ai presupposti applicativi dei due principi; al bene giuridico, ad esempio. Laddove tra *condotta tipica* e *pericolo di danno* si generano *vuoti* oltremodo inaccettabili – es. il *pericolo presunto di pericolo presunto* o qualsiasi forma di *pericolo indiretto* – le sofferenze del principio di offensività tendono infatti a essere attenuate (impropriamente) dalla giurisprudenza con modifiche, trasformazioni o sostituzioni, del bene giuridico protetto.

Come anticipato *ab initio* (v. *retro* par. 1) l'oggetto della presente disamina è l'odierno principio di diritto, estrapolabile dalla sentenza in commento: «*La contaminazione di latte "sicuro" con quello "non tracciabile" rende il prodotto finito "pericoloso" di talché integra lo stato di cattiva conservazione penalmente rilevante ex art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/1962*». I giudicanti con l'odierno approdo superano l'assenza di disposizioni penali che puni-

scono la non tracciabilità dell'alimento – *rectius*: di una materia prima utilizzata per produrlo – argomentando nel senso che il miscelamento del prodotto non tracciato (quindi, «*non sicuro*» per la Corte di cassazione) con quello tracciato (quindi, «*sicuro*») sia un comportamento: *a) pericoloso per la salute umana*, tesi scelta dalla Corte; ovvero *b) dannoso per l'ordine alimentare*, tesi supportata dal pubblico ministero.

Tra la violazione della *legalità* e dell'*offensività*, la sentenza in commento sembra aver «circondato» letteralmente l'art. 25, comma 2, Cost.

5. (segue) *Un problema (anche) di offensività*. La prima tesi oggi propugnata dalla giurisprudenza di legittimità sembra in conflitto diretto (anche) col *principio di offensività* in materia penale, in quanto individua, criminalizzandola, un'inosservanza sanzionata dal legislatore solo in via amministrativa, un pericolo presunto di un pericolo presunto di danno. Del resto, quella alimentare-contravvenzionale è una disciplina di per sé largamente «*permeabile*» *alla logica precauzionale*⁴⁵ e *alla cultura del mero sospetto*.

Ebbene, è possibile sostenere che *la tracciabilità dell'alimento, da sola, non garantisce affatto la sicurezza*⁴⁶, *così come la «non tracciabilità» non può generare (da sola) presunzioni di pericolosità per la salute del consumatore*.

La punizione di una mera inosservanza in questi casi si comprende bene approfondendo i concetti di «*tracciabilità*» (*tracking*) e «*rintracciabilità*» (*tracing*) dell'alimento.

Il problema della tracciabilità (in senso atecnico, quindi *tracciabilità* + *rintracciabilità*) nasce nel momento in cui il consumatore si accorge di aver perso «*(...) lo storico legame di conoscenza diretta tra lui stesso e il produttore*»⁴⁷. Non si è trattato solamente di un problema culturale, ma anche di natura squisitamente economica: il costo di alcuni alimenti è fortemente lievitato in ragione della loro eccelsa qualità dichiarata; pertanto, il consumatore – sospettoso e diffidente per natura (v. *infra* par. 7) – pretende di ricevere il *pedigree* del prodotto.

⁴⁵ D. CASTRONUOVO, *Principio*, cit., 19.

⁴⁶ A. REITANO, *Il ruolo*, cit., 19.

⁴⁷ A. GRIPPA, *Rintracciabilità*, cit., 100.

Osserviamo la *tracciabilità*: la regola è che ogni singolo lotto (o *batch*)⁴⁸ deve essere *tracciabile* «*a monte*» e «*a valle*», oltre che *rintracciabile*⁴⁹.

La tracciabilità, *one step back-one step beyond*, non è altro che una modalità con cui i titolari degli allevamenti, i primi acquirenti, i titolari dei centri raccolta, dei centri di standardizzazione, i trasportatori e i responsabili delle aziende di trattamento, ecc., devono «tenere traccia» di tutti i passaggi *della*, e delle aziende che partecipano *alla*, filiera agroalimentare; *dal campo alla tavola*, come si sente spesso dire. Diventa, in buona sostanza, un metodo per rassicurare il consumatore in ordine alla qualità e alla sicurezza del prodotto che compra, a evitare che acquisti *aliud pro alio*, e per individuare *ex post* un problema, oltre che *tenere traccia delle responsabilità*.

In primo luogo, chi si appresta a rendere operativo un sistema di tracciabilità della filiera deve definire il *flow-sheet* capace d'informare su tutte le aziende coinvolte nel suo *micro-cosmo*. Poi dovrà definire un *modello organizzativo* della filiera e ottenerne la sua approvazione da parte delle aziende partecipanti e creare un nodo di coordinamento, magari localizzato «fisicamente» in una delle aziende stesse, capace di rendere più semplice la raccolta di tutta la gestione della tracciabilità (es. documenti cartacei, telefono, *fax*, rete informatica, ecc.). Rimane poi la concretizzazione della tracciabilità nella fase di commercializzazione del prodotto, forse la più complessa⁵⁰ da illustrare. Vi è una difficoltà: quando la commercializzazione presuppone numerosi passaggi (es. grandi centri di distribuzione, grossisti, ecc.), la tracciabilità a valle è tecnicamente inaccertabile nel cento per cento dei casi. Ciò che è possibile e doveroso pretendere è la tracciabilità del c.d. *primo anello di commercializzazione*: il cliente dell'azienda che lo ha confezionato. Se quest'ultimo è anche il venditore finale la tracciabilità è completa, altrimenti rimane solo parziale (a valle il prodotto rimane spesso scoperto, ovvero «nudo»).

⁴⁸ La definizione di «lotto» la troviamo nel d.lgs. n. 109/92, che lo definisce come «*un insieme di unità di vendita di una derrata alimentare, prodotte, fabbricate o confezionate in circostanze praticamente identiche*».

⁴⁹ La *rintracciabilità* del prodotto alimentare si distingue dalla sua *tracciabilità* in quanto consiste nella predisposizione di mezzi idonei a comprendere dove si trova in un preciso momento un lotto o un prodotto e, in caso di urgenza, interromperne immediatamente la diffusione. La sua importanza - qui si anche per la salute del consumatore - emerge con grande vigore se si pensa al fatto che mezzi di questo tipo sarebbero forse bastati ad impedire la diffusione delle carni affette da BSE o da diossina. La *rintracciabilità* nasce con l'art. 18 del reg. CE n. 178/2002. Per gli alimenti di origine animale (per le definizioni, v. il reg. CE n. 882/2004) si applica il reg. UE n. 931/2011 relativo ai «*requisiti di rintracciabilità fissati dal regolamento CE n. 178/2002 per gli alimenti di origine animale*».

⁵⁰ A. GRIPPA, *Rintracciabilità*, cit., 120 ss.

I prodotti tracciati devono poi essere identificati. Ciò avviene con una indicazione generica, come un logo ad esempio; oppure con l'indicazione nella confezione finale del nome di tutte le aziende della filiera che lo ha prodotto o addirittura con codici a barre evoluti (es. *Gs1 Databar*) capaci di immagazzinare una lunga serie d'informazioni.

Si costruisce quindi una «rete» d'informazioni, un processo complesso d'identificazione utile per rilevare il pericolo di (o il sospetto sulla) dannosità dell'alimento, oltre che i responsabili; ma questo è un problema di *rintracciabilità*. In altri termini, la tracciabilità dell'alimento (*tracking*) è uno degli elementi che possono favorire la rintracciabilità (*tracing*) dell'alimento già ritenuto pericoloso per la salute collettiva e, quindi, da ritirare immediatamente dal mercato.

Oltre alla presenza di una regolamentazione volontaria sempre in tema di tracciabilità del prodotto⁵¹, il regolamento CE n. 178/2002 - il cui cuore è la *precauzione*, come cristallizzata nel Trattato di Maastricht nel 1992 (e poi nell'art. 191 del TFUE)⁵² - ha imposto ai Paesi membri sanzioni «(...) *effettive, proporzionate e dissuasive*» per assicurare il rispetto della materia alimentare. Il d.lgs. n. 190/2006 ha «subito» recepito questa esigenza predisponendo (correttamente) sanzioni amministrative pecuniarie che, lo sappiamo (v., *supra*, par. 2), agiscono in via sussidiaria rispetto alla materia penale alimentare. La violazione degli obblighi previsti *ex art.* 18, reg. CE n. 178/2002 in materia di rintracciabilità, dunque la presenza di

⁵¹ Il quadro normativo impone di affiancare alla normativa cogente (reg. CE n. 178/2002) quella volontaria contenuta in UNI 10939:2001 «*Sistemi di rintracciabilità della filiera*».

⁵² Nato sotto un profilo concettuale dalla Dichiarazione internazionale di Rio e cristallizzato nell'art. 174 del Trattato CE, poi nel 191 del TFUE con riferimento alla sola tutela ambientale, il principio si è sviluppato anche in altri settori a seguito della comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000 e dalla giurisprudenza sovranazionale (v., ad esempio, la sentenza del 21 ottobre 2003, in causa T-392/02, in *Racc.*, 2003, II-04555), entra nell'ambito alimentare con l'art. 7 del reg. CE n. 178/2002. È menzionato in fonti positive, ma non definito in esse. Fondamentale sul tema, soprattutto per una comparazione di respiro internazionale in tema di definizione del principio di precauzione, v., J. RIORDAN - S. CAMERON, *Interpreting*, cit., *passim*. Il principio di precauzione cristallizzato in Maastricht però parlava di *ragionevoli motivi*, valutazioni scientifiche, dati affidabili, ecc., non *d'incertezza nomologica*, proibizioni su *basi scientifiche incerte*, così come solitamente inteso dalla dottrina penalistica italiana. Cfr. sul tema, V. VALENTINI, *Marktradikalismus*, cit., 183; sul tema precauzione e diritto penale, v. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., *passim*, per la definizione del principio di precauzione come «*buiro scientifico*» si consenta il rinvio a F. DIAMANTI - L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., *passim*. Da ultimo, ormai scontato il rinvio a U. BECK, *Risikogesellschaft*, cit., *passim*; ID., *Weltrisikogesellschaft*, cit., *passim*.

un prodotto c.d. «nudo», se non costituisce reato, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 750 a 4.500 euro⁵³. Ad essa è sottoposto anche chi «*non riesce a individuare chi ha fornito un alimento, un mangime, un animale destinato alla produzione alimentare o qualsiasi sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento o di un mangime*» in quanto non disponga di «*sistemi e di procedure che consentano di mettere a disposizione delle autorità competenti, che le richiedano, le informazioni al riguardo*» o chi non ha predisposto «*sistemi e procedure per individuare le imprese alle quali ha fornito i propri prodotti*». Un alimento «nudo», proprio in virtù del *principio di precauzione*, deve essere distrutto⁵⁴ o trasformato industrialmente (e utilizzato per scopi diversi dall'alimentazione). Si tratta di una *violazione-spia* rispetto a frodi anche molto gravi, è vero; ma è pur sempre una violazione meramente formale imposta da una normativa comunitaria ispirata *expressis verbis* al principio di precauzione⁵⁵.

L'esistenza di un prodotto alimentare non tracciato è quindi solo un mero indizio capace di creare sospetti, nulla di più. Ma se così è, allora non si può pretendere di banalizzare – o di svalutare *tout court* – il disvalore contenutistico dell'illecito con azzardate interpretazioni giurisprudenziali, senza polverizzarne il precetto.

Normalmente, quando si proteggono mere funzioni amministrative o si esalta l'intervento penale per combattere l'inosservanza di provvedimenti settoriali, di meri sospetti o di possessi vari, si è obbligati a infarcire oltremodo la disposizione penale di rinvii (formali o sostanziali) o di antiggiuridicità *sub-legislativa*, oltre che a scolpirla in taluni casi su obblighi di *facere* o di *non facere* direttamente dipendenti da provvedimenti amministrativi, fonti ministeriali, regolamenti, ecc., che non rimangono specificazioni dell'illecito penale, ma ne divengono il cuore pulsante, l'oggetto.

⁵³ Cfr., art. 2, d.lgs. 5 aprile 2006, n. 190, che richiama (e sanziona) gli obblighi di cui all'art. 18 del reg. CE n. 178/2002. La sanzione è potenzialmente assai blanda se pensiamo a cosa 4.500 euro possano fare contro grandi Gruppi o imprese agroalimentari: nulla, naturalmente. La funzione di prevenzione generale è azzerata con riferimento a quegli «autori tipo».

⁵⁴ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I 4 dicembre 2015, n. 1698, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, relativa all'ordinanza legittima del Sindaco che ordina la distruzione di alimenti (formaggi) composti anche da sottopartite di latte «non tracciato».

⁵⁵ Per criminalizzarla nel rispetto dei principi di *offensività e legalità*, e vi sarebbe comunque spazio per una lunga discussione, occorrerebbe - così come ha ipotizzato proprio la Commissione Caselli - punire la condotta impeditiva nei confronti degli organi di controllo (un c.d. *illecito ostativo*), salvo poi parametrare adeguatamente la sanzione. Serve una riforma legislativa per

Uno dei contenuti del principio di offensività, come dicevamo, è che «*non ogni forma o modalità di offesa è di rilevanza penale (...) non sono penalistiche le incriminazioni di offese di pericolo così arretrato da confondersi con la neutralizzazione della pericolosità dell'autore, con la mera inosservanza di una regola di organizzazione, con la violazione di regole precauzionali prive di riconoscimento scientifico sicuro e verificabile*»⁵⁶. Si tratta di una sua premessa, almeno se vogliamo evitare avvicinamenti alla tecnica più diffusa nel tempo (buio) dei teorici della *mera inosservanza dell'ordine* o del *dovere di obbedienza*. Ebbene, dalla condotta presa in considerazione dalla giurisprudenza in disamina al pericolo di danno vi è un *gap* tale da impedire l'emersione del loro nesso.

Nello specifico, nella sentenza qui commentata accade questo: *il prodotto non tracciato genera un sospetto (arbitrario) di modifica della composizione naturale del prodotto, la quale fa emergere a sua volta un pericolo presunto di esistenza di un cattivo stato di conservazione dell'alimento, il quale genera un pericolo presunto per la salute del consumatore.*

Tra l'esistenza di un *prodotto non tracciato* e la *salute del consumatore* non vi è un solo elemento intermedio di non necessaria realizzazione, quindi di per sé non suscettibile di presunzioni (il *pericolo per l'esistenza di un cattivo stato di conservazione*), ma anche un elemento di mero sospetto, immerso nel *buio scientifico*⁵⁷, concernente la *non escludibilità in astratto di modifiche alla composizione naturale del prodotto alimentare*. L'offesa si confonde così con la mera violazione di regole (davvero) precauzionali.

6. (segue) *Un problema (anche) di legalità*. La seconda strada, l'*ordine alimentare*, pare invece contraria (anche) al principio di legalità⁵⁸. Il punto è il cambio repentino del bene giuridico e, quindi, della tecnica di tutela dell'art. 5, comma 1, lett. b), legge n. 283/62.

colmare un *gap* di questo genere.

⁵⁶ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 12.

⁵⁷ Il *buio scientifico* costituisce l'incapacità sia di selezionare una o più leggi scientifiche, o sociali, potenzialmente utilizzabili, sia d'instaurare un dibattito serio sulla loro scelta. In situazioni simili il *gap* tra la condotta che, infondatamente, si sospetta realizzi la messa in pericolo del bene giuridico di riferimento si creano crateri logico-giuridici enormi e non colmabili. Il buio scientifico, diversamente dall'*incertezza epistemica relativa*, di per sé fisiologica nella *post-normal science*, è l'ambiente in cui si sviluppa il ragionamento precauzionale; è la premessa minima per l'esclusione di un comportamento irrazionalmente sospetto del penalmente rilevante. Cfr., F. DIAMANTI - L. MESSORI, *La sicurezza*, cit., par. 2.4. ss. e *passim*.

⁵⁸ Rinvio obbligato a G. VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., *passim*.

Quando si è alle strette, in effetti, quale miglior strumento del bene giuridico (?!).

Sin dai tempi in cui Karl Binding⁵⁹ affinava la creatura di Birnbaum, tale struttura dogmatica (nonostante le sue varie stagioni⁶⁰) è sempre stata di per sé fluida e priva di qualsiasi vera finalità selettiva⁶¹; fosse solo per la sua innata capacità di estendere il penalmente rilevante⁶². Non occorre certo aggiungersi ai detrattori della categoria del bene giuridico per sostenere che il procedimento logico che ne accompagna nascita e sviluppo non sia di matrice liberale: del resto, lo stesso Birnbaum non partiva da cataloghi ideali o da positivizzazioni di valori preesistenti (la Costituzione, il diritto naturale, ecc.) per verificare i possibili oggetti d'interesse penalistico, ma utilizzava come base proprio le norme positive, ricavandone gli oggetti di tutela⁶³. Il bene giuridico, se inserito nella cultura dei limiti al legislatore penale, non ha mai avuto, e non ha oggi, piena autonomia concettuale; la sua funzione, al contrario, dipende dalla capacità di atteggiarsi a presupposto indispensabile dell'offesa.

⁵⁹ K. BINDING, *Die Normen*, cit., 339 ss.

⁶⁰ Per tutti, v. H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, cit., 151 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., 11 ss.

⁶¹ J.M.F. BIRNBAUM, *Über*, cit., 75 ss. Solo con Franz v. Liszt, nel 1908, il concetto d'«interesse» tenta di diffondersi in chiave garantista, cfr. F. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit., *passim*. Ma anche prima dell'inizio del XX secolo, v. F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke*, cit., 1 ss.; poi ID., *Rechtsgut*, cit., 673 ss.; ID., *Strafrechtliche*, cit., 202 e ID., *Der Begriffe*, cit., 141 ss. Interessante per una comprensione storica più profonda del pensiero di von Liszt anche il lavoro di Q. SALDANA, *Adiciones*, cit., 10 ss.

⁶² Molto chiaro sul fatto che l'opera di Birnbaum si dirige verso orizzonti contrari alla funzione critica del concetto di «bene», già negli anni '80 del secolo scorso, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, 23 (spec. nota 2). Su questo dibattito, v. C.E. PALIERO, *La «doble función»*, cit., spec. 153 ss.; in senso non dissimile ID., *Sicurezza*, cit., 301 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 6 (spec. nota 7 con ampi richiami); P. SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., 24-27; E.R. ZAFFARONI, *Teoria del delitto*, cit., 227; G. GREGORI, *Saggio*, cit., 23. Sull'origine liberale o non del concetto di *Rechtsgut* la discussione, anche in Germania, è ancora aperta, cfr. in «difesa» di Birnbaum, J.L. GUZMÁN DALBORA, *Inhaltund*, cit., 67-92; *contra*, invece, T. VORMBAUM, *Birnbaum*, cit., 85-92 e ID., *Fragmentarisches*, cit., 660 ss. (spec. 672-673, dove considera il concetto di violazione di un diritto un approccio sicuramente più liberale del «bene giuridico»); ID., *Storia*, cit., 70 ss. Per un'analisi generale si veda, per i tedeschi: P. SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., 19 ss.; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 43 ss. «Birnbaum, non fornendo una base teorica all'idea della protezione dei «beni» e ritenendola plausibile anche in assenza di un tale fondamento, aprì una via lungo la quale i suoi successori poterono avanzare verso dottrine del reato in cui di fatto la discrezionalità politica di un soggetto valutante supplisce alla mancanza di una teoria dei presupposti della coesistenza umana» 49, 50; R. HEFENDEHL, *Kollektive*, cit., 15 ss.; SWOBODA, *Die lehre*, cit., 27 ss. Per gli italiani, F. ANTOLISEI, *Il metodo*, cit., 1 ss.; ID., *Il problema del bene giuridico*, cit., *passim*; G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 491; M. SPASARI, *Diritto penale*, cit., *passim*; F. BRICOLA, voce *Teoria*, cit., 7 ss.; F. STELLA, *La teoria*, cit., 3 ss.; G. GREGORI, *Saggio*, cit., *passim*; G. FIANDACA, *Il bene*, cit., 42 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., *passim*.

⁶³ Se ne era già accorto Amelung nei primi anni Settanta del secolo scorso riflettendo sui reati ses-

Il concetto classico di bene giuridico è stato spesso salvifico nella storia, ma bisogna ammettere che con il medesimo pensiero è stato anche possibile prediligere il momento *applicativo* del diritto su quello *formativo*, valorizzare la *legittimazione sulla critica*, e ampliare il concetto d'interesse tutelabile (*sentimenti religiosi, Stato, comunità, pudore, ordine giuridico, la tranquillità in generale o dei consumatori, la quiete pubblica, la serenità delle famiglie, l'educazione o lo sviluppo delle giovani generazioni, la libertà e la dignità delle persone che si prostituiscono di fronte alle insidie di terzi, e molto altro ancora, poi, naturalmente... l'ordine alimentare*) con modalità legittimanti (ieri) il diritto positivo⁶⁴ o (oggi) quello giurisprudenziale⁶⁵. In altri termini, la presenza del solo bene giuridico non limita affatto l'intervento del diritto penale, la sua assenza, però, impedisce la corretta comprensione dell'offesa. Una sentenza che parla di «*ordine alimentare*» e che trasforma un pericolo evidentemente presunto in illecito di danno, costituisce la prova di quanto abbiamo appena detto: il (anzi, *un*) bene giuridico c'è comunque, basta inventarlo; ma questo esito si evita solo accettando collettivamente che la valenza prescrittiva del principio di offensività sia incapace di aggredire i compiti del legislatore.

A onore del vero, le Sezioni Unite Butti non hanno proprio «*inventato*» l'ordine alimentare, ma lo hanno ricavato dalla letteratura del secolo scorso. Per comprendere dove esse abbiano attinto occorre sfogliare il primo dei due volumi del 1988 «*Diritto penale alimentare (Dottrina e giurisprudenza)*»⁶⁶: lo studio apre, alla prima pagina, con un paragrafo denominato: *L'«ordine alimentare». Oggetto generico della tutela giuridica*.

Tale trasposizione diretta dalla *law in the books* alla *law in action* pare affetta da una svista non di poco conto: l'*ordine alimentare* – come si erano già accorti gli scrittori nel lontano 1988 – rappresenta un bene generalissimo capace di comprendere, tra le altre, sia la tutela penale che quella meramente amministrativo-alimentare. Si tratta di una «indicazione

suali, cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 73.

⁶⁴ R. MOOS, *Verbrechenbegriff*, cit., 214 e poi richiamato anche in F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., 76 (nota 20).

⁶⁵ La casistica è davvero ampia: a mero titolo d'esempio, cfr. Cass. Sez. Un. Pen. 9 gennaio 2002, n. 443, cit., sulla creazione dell'*ordine alimentare*; poi, anche in materia degli stupefacenti, v. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, cit. e Cass. Sez. Un. Pen. 21 settembre 1998, n. 9973, Kremiti, in *Foro.it.*, 1998, II, 760 ss., con note di GIUS. AMATO e G. RICCARDI.

⁶⁶ R. PICCININO, *Diritto penale alimentare*, cit., *passim*.

di categoria» sovrapponibile per genericità al c.d. *ordine giuridico* (*ordine pubblico + ordine economico*, ecc.), che gode di ben poche funzioni classificatorie o selettive del penalmente rilevante.

A ben vedere, le premesse concettuali dalle quali scaturisce un ragionamento del genere sono, alternativamente: o l'esistenza di un solo bene giuridico con capacità selettiva (il *dovere di fedeltà* al diritto positivo o alla giurisprudenza) o nessuno, il che è lo stesso. E se l'art. 5, legge n. 283/62 protegge l'*ordine alimentare* (o, come è stato detto dalle Sezioni Unite, la *tranquillità del consumatore*), allora non è più interpretabile solo come contravvenzione di pericolo, ma anche di danno. Ecco la violazione del principio di legalità: il passaggio dal *cattivo stato di conservazione pericoloso per la salute del consumatore* all'*illecita, illegittima o inappropriata, modalità formale di conservazione direttamente lesiva dell'ordine alimentare*.

Non tutto è interpolabile in via ermeneutica, nemmeno in chiave d'offesa. Il principio di legalità funge da limite anche in ipotesi d'interpretazione orientata al principio di offensività, dunque in funzione *restrittiva* del penalmente rilevante. Figurarsi se può risultare legittima la reinterpretazione di un illecito di pericolo presunto in illecito di danno per finalità opposte, quindi *espansive* del penalmente rilevante.

7. *Riepilogando*. Come abbiamo visto, il sistema *open-space* concernente la sicurezza alimentare contempla delitti codicistici, contravvenzioni e illeciti amministrativi, costruiti generalmente (i primi due) con la tecnica del pericolo: *concreto* per i delitti e *presunto* per le contravvenzioni.

Nello specifico, l'art. 5 della legge n. 283/62, si presenta come disposizione indeterminata e capace, anche grazie alla deroga espressa al principio di specialità, di criminalizzare un enorme quantitativo di condotte impostate dal legislatore come illeciti amministrativi. Le norme speciali-specifiche non si limitano più a «chiarire» sotto un profilo tecnico alcuni punti delle fattispecie penalistiche, ma ne integrano spesso i relativi precetti e, a volte, riescono a spingersi addirittura oltre.

È proprio il caso dell'art. 5, comma 1, lett. *b*), legge n. 283/62. Tale disposizione, costruita secondo le regole del pericolo presunto, pensando a un difetto intrinseco del prodotto, quindi concernente la presenza di enzimi che potrebbero comprometterne la genuinità, ha subito

una lenta e inesorabile evoluzione *contenutistica*, prima, e *strutturale*, poi. Un'evoluzione tale da indurci a paragonare la disposizione a uno *Stargate*, un «portale magico» capace di collegare all'occorrenza il mondo penale a quello amministrativo.

Sotto un profilo prettamente contenutistico il concetto di *conservazione* è stato dilatato correttamente partendo dai metodi naturali (es. caldo, freddo, ecc.) e arrivando a quelli artificiali (es. l'anidride solforosa, ecc.); tuttavia, tale dilatazione è andata oltre passando da un'idea di *conservazione sostanziale*, ovvero inerente il contenuto nutrizionale (purezza e commestibilità) dell'alimento, a un'idea di sola *conservazione formale* concernente le modalità estrinseche (es. il confezionamento).

Queste modalità formali di conservazione, modificando direttamente anche l'idea di «stato», genererebbero (sempre e comunque) *il pericolo di un pericolo di danno*, tra quelli ipotizzati dalle altre lettere di cui all'art. 5, legge n. 283/62.

Da ultimo, anche il concetto di «*cattivo* (stato di conservazione)» è mutato in *illecito*, ovvero in contrasto con le garanzie igieniche imposte, e poi anche in *illegittimo* o *inappropriato*, quindi contrario a disposizioni di legge, regolamenti, tradizioni o a usuali regole di precauzione commerciale.

In buona sostanza, il segmento normativo «*cattivo stato di conservazione*» si è tramutato nel tempo per via di numerosi interventi di chirurgia ermeneutica in «*illecita, illegittima o inappropriata modalità formale di conservazione*».

La Suprema Corte si guarda bene dall'ammetterlo esplicitamente, ma tant'è. Data l'evidente rottura della legalità e la creazione di pericoli indiretti in quanto svincolati da un nesso papabile tra *condotta* e *pericolo di lesione*, la giurisprudenza di legittimità ha iniziato un'opera di regolarizzazione dello stato di fatto diretta alla modifica sia del bene giuridico protetto dall'art. 5, che della tecnica di tutela. In questa logica, l'interesse protetto non sarebbe più la salute collettiva, ma... *l'ordine alimentare*; dunque si tratterebbe di un illecito di danno, non di pericolo (presunto).

L'*ordine* (alimentare) non è *salute* (collettiva), pertanto l'art. 5, comma 1, lett. *b*), proteggendo l'ordine, difende la tranquillità del consumatore da qualsiasi violazione di disposizioni e/o regole d'esperienza anche *incapaci* d'incidere sulla qualità intrinseca dell'alimento.

Non si tratta più di un *pericolo presunto di un pericolo presunto di danno alla*

salute dei consumatori, di per sé in aperto contrasto con i principi generali del diritto penale, ma direttamente di un *illecito di danno contro l'ordine alimentare*. Così tutto «torna» (*Sic!*).

La sentenza commentata s'inserisce proprio all'interno di questa evoluzione giurisprudenziale. Esistono al suo interno due posizioni teoriche che convergono in un'unica soluzione finale.

La *soluzione* è la seguente: la non tracciabilità dell'alimento rileva sotto un profilo penalistico. Le due diverse premesse, invece, sono quella del pubblico ministero, che sposa le Sezioni Unite Butti sull'ordine alimentare, e quella dei giudicanti, che *bypassano* quest'ultimo inspiegabile arresto condividendo però tutta la giurisprudenza precedente.

Il risultato: l'art. 5 non protegge l'ordine alimentare, ma la salute pubblica e, con specifico riferimento alla lett. *b*), non rileva l'idea classica di «*cattivo stato di conservazione*», ma quella «moderna» di «*illecita o illegittima o inappropriata modalità formale di conservazione*».

Ecco servita l'ennesima crepa del nostro *Stargate*; un'apertura, questa volta, diretta alla criminalizzazione di fatti che seguono logiche prettamente precauzionali, previsti e puniti dal legislatore solo in via amministrativa ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 160/2006: *l'utilizzo del latte non tracciato genera un formaggio mal conservato*.

Intendiamo chiudere questo *resumé* con una breve riflessione in ordine al concetto di «*ordine alimentare*» che – stando alle Sezioni Unite Butti e al pubblico ministero nella sentenza commentata – sottintende addirittura l'*ethos* del consumatore, il suo benessere psichico, la sua tranquillità.

Ebbene, ci limitiamo solo a sottolineare che la serenità risulta un obiettivo assai pericoloso da ottenere col diritto penale, non fosse altro per il fatto che i cittadini europei considerano i rischi alimentari generalmente più gravi rispetto a quelli derivanti dall'evasione fiscale, dall'inquinamento ambientale, da gravi malattie o da incidenti automobilistici⁶⁷.

In effetti, a noi consumatori non basta sapere che colui che produce o vende alimenti si tenga lontano dai delitti ipotizzati dal codice penale, quelli di adulterazione, avvelenamento, ecc. Per essere tranquilli non ci basta nemmeno sapere che l'alimento non è insudiciato, o invaso da

⁶⁷ Cfr. http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_316_en.pdf (dati aggiornati all'anno 2011). Si veda anche il comunicato dell'EFSA: <http://www.efsa.europa.eu/en/press/news/mb060207>.

parassiti o in cattivo stato di conservazione (nel senso classico e corretto del termine). Siamo piuttosto preoccupati anche quando nella sostanza l'alimento è sano e adatto al consumo umano, ma viene riposto in luoghi che non reputiamo perfettamente igienici. Il buon esito di un *test* di laboratorio non ci rasserena affatto. Anche quando vediamo il fruttivendolo che espone l'insalata che mangiamo ai fumi del traffico o quando vediamo esposto un sacchetto di pasta scaduta non siamo troppo tranquilli.

Detto tra noi (consumatori), non ci rende tranquilli nemmeno il dubbio che l'imprenditore, produttore o il commerciante che sia, non rispetti tutti i precetti di cui al d.lgs. n. 190 del 2006, a prescindere dalla qualità o dalla quantità della sanzione, oltre a tutte le regole di esperienza o della tradizione ipotizzabili per salvaguardare, in qualsiasi modo e in qualsiasi misura, i prodotti che tratta o che distribuisce. Anche da rischi remoti o forse inesistenti o addirittura da violazioni formali vincolate al mero sospetto.