

Pubblicato su *Indice penale*, 2002, 227-265

Limiti tabellari e tolleranza giuridica nelle attività rischiose

*Cass. I Sez., 29 novembre 1999*¹

Massima:

Il fenomeno noto come inquinamento elettromagnetico è astrattamente riconducibile alla previsione dell'art. 674 c.p., il quale, tuttavia, risulta in concreto inapplicabile per la mancanza di uno degli elementi essenziali della fattispecie criminosa rappresentato dalla non accertata idoneità del fenomeno a produrre effetti sulla salute delle persone.

1. L'evoluzione normativa del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico. 2. L'emergenza tecnologica fra interpretazione estensiva ed analogia. 3. L'interpretazione dell'art. 674 c.p. nelle motivazioni della S.C. 4. Elementi di tipicità: l'idoneità a molestare e i limiti tabellari. 5. Limiti tabellari e colpa. 6. Il principio precauzionale.

1. L'evoluzione normativa del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico.

L'inquinamento da campi elettromagnetici è un fenomeno noto alla giurisprudenza da oltre un decennio, sebbene disciplinato in Italia in modo organico solo recentemente attraverso la legge quadro n. 36/2001².

Prima della legge del febbraio 2001, i limiti normativi di esposizione a campi elettromagnetici non erano regolati in modo unitario; un groviglio normativo comprendeva alcune leggi di settore, (come il testo unico in materia urbanistica, la legge sul sistema radiotelevisivo, la normativa sulla radiodiffusione, sul sistema satellitare), alle quali si aggiungevano le discipline regionali.

¹ La sentenza riguarda un caso di inquinamento da campi magnetici, o elettrosmog, e rigetta il ricorso presentato dal P.M. avverso il provvedimento che respingeva la richiesta di sequestro preventivo di quattro conduttori di corrente elettrica ad alta tensione collocati in località Malcontenta. Si segnala un'altra pronuncia dei giudici di legittimità, conforme Cass. I Sez., 11 novembre 1999, reperibile sul sito internet www.lexambiente.it. Sulla decisione di rigetto della richiesta di sequestro preventivo di impianti di radiotrasmissione si veda: Trib. Venezia, 16 aprile 1999, in *Riv.pen.*, 1999, 575. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda il commento di AMENDOLA, in *Foro it.*, 2001, II, 28; DE FALCO, *Una nuova stagione per l'art. 674 c.p.: strumento di tutela contro l'inquinamento elettromagnetico*, in *Cass.pen.*, 2001, 148.

² Per un'indagine storica, si veda: D'ANGIULLI, «Elettrosmog»: a che punto siamo?, in *Ambiente*, 1999, 1055; FRANCESCHETTI/RICCIO/SCARFI/SCIANNIMANICA, *Esposizione ai campi elettromagnetici. Guida alle norme*, Torino, 2000, 74 ss.

Questo articolato sistema normativo, dovendosi, per altro, adeguare alle diverse manifestazioni di natura fisica del fenomeno dell'elettromagnetismo, prevedeva una differente regolamentazione, in funzione del tipo di radiazioni; queste venivano, infatti, distinte in base alle onde a bassa frequenza o onde a lunga frequenza.

Mentre i limiti di compatibilità delle onde a bassa frequenza erano fissati dal D.P.C.M. 23 aprile 1992, riformato dal D.P.C.M. del 28 settembre 1995, il controllo delle onde a lunga frequenza, provenienti da ripetitori e ricevitori della telefonia mobile e degli impianti televisivi, veniva attribuito, dall'art.1 comma 6 n.15 della legge n. 249/97, alla competenza del garante delle comunicazioni, il quale doveva vigilare sul rispetto dei limiti previsti dal DPCM 381/98, considerati come tetto massimo di radiofrequenza compatibile con la salute umana.

Alla perdurante frammentarietà di tale disciplina si aggiungeva un disorganico mutamento dell'assetto istituzionale dovuto al fatto che negli anni si sono moltiplicati gli organi di controllo, creandosi, così, sovrapposizioni di competenze, ambiguità e deresponsabilizzazione, che spiegano come, a causa di tale caoticità normativa, il fenomeno del c.d. elettrosmog abbia rappresentato un ambito caratterizzato da un interventismo giudiziario piuttosto contraddittorio ed incoerente. Si registrano, infatti, nella giurisprudenza, due contrapposti orientamenti: il primo, riferibile all'esperienza della magistratura civile ed amministrativa, privilegia le esigenze di tutela della collettività; il secondo, nell'ambito della giurisprudenza penale³, mostra riluttanza nel riconoscere l'esigenza di tutela della salute pubblica di fronte ai pericoli dell'elettrosmog.

In questo contesto, la legge quadro n.36/2001 dovrebbe svolgere una funzione ordinatrice rispetto alla contraddittorietà creata da questa congerie di statuti giuridici, di fonte legislativa e giurisprudenziale, sovrapposti e scoordinati⁴.

Tuttavia, in base ad un'analisi meramente testuale, non possono nascondersi perplessità e scetticismo sulla funzione "taumaturgica" della legge n.36/2001, deputata a disciplinare in modo organico il settore. Di primo acchito emerge la totale assenza di una visione sistematica, che avrebbe assicurato un miglior coordinamento e una maggiore coerenza all'interno dell'ordinamento penale. Gli inevitabili problemi applicativi, che sorgono ricorrendo ad interpolazioni normative, rischiano di compromettere l'effettività e l'efficacia della nuova disciplina, a causa della mancanza di una indispensabile riflessione sistematica.

Un primo profilo problematico riguarda proprio il rapporto fra sanzione amministrativa e sanzione penale⁵. Nell'apparato punitivo che chiude il testo di legge, la relazione fra illecito amministrativo e illecito penale si articola attraverso una clausola

³ Voce isolata nel panorama giurisprudenziale italiano è la pronuncia del Pret. Rimini, 14 maggio 1999, in *Guida al diritto*, 1999, n. 37, 21. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia alle note 21 e 22.

⁴ Sul punto cfr.: RAMACCI/MINGATI, *Inquinamento elettromagnetico. Aspetti sanitari e giuridici*, Napoli, 2001, *passim*.

⁵ PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; ID., *La distribuzione di sanzioni penali ed amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 956; PALIERO/TRAVI, *Sanzione amministrativa*, voce, *Edd.*, 1989, 343.

di riserva che definisce un ambito di operatività dell'illecito amministrativo residuale rispetto all'illecito penale. Tuttavia, la clausola di riserva che risolve il concorso apparente di norme, delineato dall'art.15 della legge n.36 del 2001, nell'affermare la prevalenza della norma penale, non specifica quale fattispecie possa sovrapporsi e prevalere, nel caso di superamento dei limiti tabellari, sull'illecito amministrativo. Tale disposizione, nella sua genericità, non è, pertanto, in grado di tradurre in termini penalistici il fenomeno dell'elettrosmog, conferendo al giudice il potere di valutare la rilevanza penale della condotta sulla base di un'indeterminata pluralità di norme.

Seguendo l'orientamento prevalente nella prassi giurisprudenziale, la fattispecie, cui si attribuisce una funzione residuale nell'ambito della tutela ambientale, è l'art.674 c.p., la cui operatività è legata al superamento dei limiti tabellari.

Più problematica è la configurazione della relazione fra l'ambito di applicazione dell'art.674 c.p. e la dimensione lecita, corrispondente al rischio consentito nelle attività pericolose. In particolare, lo spazio di tolleranza giuridica delle attività rischiose, definito dai limiti tabellari, sembrerebbe destinata ad annullarsi rispetto alla fattispecie del getto pericoloso di cose. L'art. 674 c.p. si pone, infatti, quale fattispecie modellata su un giudizio di pericolo concreto⁶, descrivendo una serie di condizioni le cui potenzialità lesive sono insuscettibili di essere rappresentate a livello normativo in modo esaustivo, né sono traducibili in un giudizio basato su delle astrazioni numeriche, come i limiti tabellari.

La riduzione del giudizio di pericolosità ad una considerazione di ordine numerico è, invece, espressione di una tecnica normativa che assume come schema di tipizzazione il modello del pericolo presunto o astratto. Mentre la valutazione in concreto, che l'art.674 c.p. sembra richiedere lascia sussistere un margine di operatività che prescinde dal rispetto di valori soglia.

Questo delicato rapporto fra limiti tabellari e attività pericolose non solo pone a confronto due tecniche di delimitazione del rischio tollerato, basate l'una sul modello del pericolo astratto, l'altra sul modello del pericolo concreto, ma evidenzia come alla definizione astratta, normativa, della dimensione tollerata del rischio non sempre corrisponda una situazione fattuale di non-pericolosità, coerente con la valutazione di liceità⁷. Partendo, infatti, dal presupposto che nel giudizio di pericolo si paleserebbero, in primo luogo, i limiti della conoscenza umana, la velocità, con cui il progresso tecnologico e scientifico svela e scopre le potenzialità lesive delle condotte realizzate nell'ambito delle attività rischiose, è sicuramente maggiore rispetto al processo di definizione normativa dei comportamenti leciti⁸.

⁶ Sul punto MARCON, *Art. 674*, in (a cura di BLAIOTTA/CARCANO/CERASE/LOSAPIO) *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. XII, Milano 2000, 141

⁷ Sulla distinzione fra valutazione di pericolo e dimensione del rischio lecito si veda: MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 17; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 86.

⁸ Sul punto, GALLO, P., *Introduzione al diritto comparato. Analisi economica del diritto*, Torino, 1998, 78; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, in particolare 420 e 441 ss..

L'estrema dinamicità, che caratterizza i giudizi di pericolosità nell'ambito di settori tecnologicamente avanzati, sembrerebbe – da questo punto di vista - infirmare qualsiasi definizione normativa ed astratta dei limiti di tolleranza delle attività rischiose, suggerendo, come possibile soluzione, l'attribuzione di una funzione concretizzatrice della dimensione del rischio tollerato all'attività giurisprudenziale⁹.

2.L'emergenza tecnologica fra interpretazione estensiva ed analogia.

Conseguenza inevitabile del prevalere di un diritto di fonte giurisprudenziale è la configurazione di un rapporto problematico fra potere legislativo e potere giudiziario.

I limiti imposti dal principio di legalità e dal divieto di analogia costituiscono un problema di carattere preliminare nell'interpretazione e nell'applicazione del dato normativo in relazione a nuove forme di criminalità. Le garanzie, sottese al principio di legalità, sembrano entrare in un rapporto disfunzionale con le nuove esigenze di tutela emergenti nell'era tecnologica¹⁰, obbligando spesso il sistema giuridico, a livello applicativo, a trovare soluzioni, che, in assenza di indicazioni legislative, si modulano secondo le necessità del caso concreto.

La sentenza esaminata è la prima pronuncia della Cassazione in materia penale sulla protezione dall'esposizione a campi elettromagnetici a basse frequenze.

Mancando una fattispecie penale specifica, il giudice è chiamato ad un delicato compito interpretativo di adeguamento del dato normativo alle esigenze di tutela, pur se emerse in un contesto economico e tecnologico sensibilmente diverso da quello che caratterizzava gli anni dell'elaborazione e dell'emanazione del codice penale¹¹.

L'inadeguatezza e la lacunosità del dato normativo, in parte evidenziate e in parte prodotte dalle necessità affermatesi in una mutata realtà sociale ed economica,

⁹ La dottrina ha spesso evidenziato i limiti di un sistema normativo di natura cautelare esclusivamente fondato su norme positive, sul punto: CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini fra dolo e colpa nella struttura delle tipologie colpose*, Milano, 1999, 124 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 311; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 78, 163 ss.; MAIWALD, *Il concetto di rischio consentito nella scienza penalistica tedesca*, in *L'evoluzione del diritto tedesco in un confronto con quello italiano*, (a cura di MILITELLO), Torino, 1993, 178; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 170, 235; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 17, 89, 147; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1996, 302; STELLA, *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 382, 388.

¹⁰ Sul punto, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, *passim*; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, *passim*. La necessità di estendere l'operatività di una norma in modo da essere funzionale alle esigenze di giustizia è avvertita fino al punto da riconoscere la legittimità dell'analogia, in questo senso, BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, in *Riv.pen.*, 1938, 526, il quale afferma che l'analogia è un procedimento di deduzione logica dalla ragione della legge e: «[...] assorbendo il caso non previsto nella regolamentazione del caso simile, fa in modo che esso non sfugga alla stringente ed esigente logica di giustizia».

¹¹ Sul rapporto fra interpretazione e contesto storico si veda PULITANÒ, *Quale scienza nel diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, 1209.

sollecitano l'interprete ad un'indagine sui presupposti e sulle finalità della norma, in modo da superare il rigido formalismo della mera esegesi, nel tentativo di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale. Questo è il senso di un'interpretazione di tipo teleologico¹², volta ad armonizzare il significato letterale della fattispecie con lo scopo di tutela della norma¹³.

Proprio tale funzione adeguatrice della magistratura pone, pertanto, in risalto la natura eminentemente politica del problema, che esorbita dalle competenze del giudice, reclamando l'intervento del legislatore, secondo la ripartizione dei poteri espressa dal principio di legalità¹⁴.

Un eccessivo sbilanciamento verso una finalità promozionale rischia, però, di forzare i confini dell'interpretazione teleologica, fino a tradursi in forme inammissibili di analogia, in antitesi con il principio di legalità, che descrive all'interno dello stato di diritto un equilibrio istituzionale attraverso la divisione di poteri¹⁵.

¹² Sulla sistematica teleologica, cfr.: MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma.*, Milano, 1971, 153 ss.; ID. *Fatto e scriminanti, Note dogmatiche e politico criminali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983., 1190 e 1209; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (trad.it. a cura di MOCCIA), Napoli, 1998; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 529. Per una ricostruzione storica della interpretazione teleologica nella scienza penale DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 338.

¹³ Sulla differenza fra interpretazione teleologica e analogia si veda, PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 326. L'A., nel cogliere un rapporto di strumentalità reciproca fra scopo della norma e scopo della fattispecie, delimita l'interpretazione di tipo teleologico attraverso criteri oggettivi, per cui non si sconfinerebbe in forme di analogia se non si supera il limite costituito dal tenore letterale delle parole. Sul rapporto fra analogia e discrezionalità BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 208 ss..

¹⁴ A livello europeo una raccomandazione del 12 luglio 1999, n.519 invita gli stati membri a definire dei limiti di esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. La stessa giurisprudenza di merito ha colto la problematicità e complessità del problema definendolo di natura etica, sul punto Pret. Rimini, 14 maggio 1999, cit., 21, con nota di ANILE, in *Ambiente*, 2000, 69 e di MINGATTI, *ivi*, 465. Il pretore così afferma: «viene allora spontaneo chiedersi se sia più giusto favorire le tecniche di costruzione delle linee elettriche, e più precisamente le scelte di tracciati ispirati a meri criteri economici di risparmio per rendere competitivo lo sviluppo tecnologico, rispetto a scelte che, nel procedimento di valutazione della convenienza, collocano il criterio etico in posizione di privilegio; e se sia più giusto porlo a carico di tutti i consociati in proporzione alla fruizione mediante scelte, magari anche più costose come ad esempio quelle dell'interramento dei cavi, ma meno onerose per la salute».

¹⁵ Per una ricostruzione critica del fondamento politico-garantista del principio di determinatezza PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 139 ss, in particolare l'A. evidenzia come la ricostruzione del principio di determinatezza nell'ambito della divisione dei poteri è costantemente posta in crisi dalle continue e reciproche interferenze dei poteri e dall'affermarsi della "funzione di indirizzo politico", difficilmente riconducibile alla competenza di un unico organo istituzionale. Dello stesso autore, si veda, inoltre, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *SI*, 1996, 276. Sul principio di legalità in generale, cfr.: FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale, pt.gen.*, Bologna, 2000, 50 ss; FIORE, *Diritto penale*, vol.I, Torino, 1993, 60 ss; GAMBERINI, *Riserva di legge*, in (a cura di INSOLERA/MAZZACUVA/PAVARINI/ZANOTTI) *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2^a ed., 2000, 119; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 15, 37, 119; PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 200 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995, 29; VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 699.

La innegabile legittimità di un'inevitabile attività di mediazione, che l'interprete svolge nell'adeguare il segno linguistico al caso concreto¹⁶, rende maggiormente problematica la demarcazione fra analogia ed interpretazione estensiva, rispetto ad un fenomeno criminale emerso in un contesto tecnologico, che ha accresciuto il numero delle situazioni di confine fra anomia e diritto. Lo sviluppo tecnologico fa emergere l'esigenza di stabilità e certezza giuridica, ricercate attraverso un delicato bilanciamento fra le garanzie dell'individuo e le esigenze di tutela della collettività, in modo da scorgere un equilibrio fra fattispecie legale e nuove tipologie criminologiche¹⁷.

In questo senso appare chiaro come la distinzione tracciata dalla Suprema Corte, fra interpretazione estensiva e analogia rappresenti la linea di divisione delle competenze fra potere legislativo e potere giudiziario¹⁸.

L'importanza di una simile distinzione, che è espressione della divisione dei poteri nello stato di diritto, costituisce il primo elemento di riflessione, che alimenta dubbi e perplessità sulla legittimità in astratto di una procedura di attribuzione di competenze, in cui sempre più frequentemente il giudice assume il ruolo di unico protagonista nell'attività di ridefinizione dei limiti dell'attività interpretativa. Complice la latitanza del potere legislativo, una simile prassi si traduce, di fatto, in una "autoattribuzione" di potere da parte della magistratura, che altera gli equilibri istituzionali di uno stato

¹⁶ Sulla necessità di interpretare qualsiasi segno linguistico MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 131. Gli AA. evidenziano come anche l'area semantica degli elementi descrittivi possa presentare confini indefiniti, c.d. zona grigia, per cui risulta necessario interpretare, nel senso di far emergere il senso valutativo solo implicito nell'elemento descrittivo. Delinea un rapporto problematico e critico fra interpretazione e applicazione della legge penale FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 353, 356 ss; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 117 ss..

¹⁷ Sul rapporto dialettico fra esigenze di tutela e garanzie, che anima il principio di determinatezza si veda PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 67, 306 ss.; ID., *Introduzione ai principi*, cit., 283. Il ritardo con cui il legislatore avverte l'emersione di nuove fenomenologie criminologiche ha sempre impegnato la giurisprudenza in difficili interpretazioni del dato normativo, in modo da offrire tutela a beni giuridici esposti a nuove modalità di aggressione, originatesi con lo sviluppo tecnologico; un settore paradigmatico è costituito dalla criminalità informatica. Sul divieto di analogia si veda: MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 123 e 167; PICOTTI, *Il principio di legalità*, in BRICOLA/ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, 53 ss.; RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 195. Sul ruolo suppletivo della giurisprudenza si veda, GIUNTA, *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium Iuris*, 1999, 12, 14; FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it*, 2000, V, 139. In particolare nei casi di elettrosmog si veda, D'ANGIULLI, *op.cit.*, 1058. Sui limiti posti all'attività interpretativa, in base ai principi di frammentarietà e sussidiarietà si veda, CASTALDO, *Aids e diritto penale*, in *St.Urb.*, 1988, 1, 28.

¹⁸ Sul punto, BUSSANI, *Appunti sull'interlocutore del giurista e sul problema dell'interpretazione*, in (a cura di DERRIDA/VATTIMO), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari, 1998, 37, il quale, rispetto all'attività interpretativa, afferma: «È ben noto come, nella tradizione giuridica occidentale, il problema dell'interpretazione del diritto si ponga, *in primis*, e in generale, come problema di equilibrio fra poteri». Sul punto si veda, inoltre, DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giudiziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit.dir.*, 1998, 95, 123.

democratico. Rispetto a tale mutamento contenutistico del principio di legalità, la funzione di garanzia, implicita negli equilibri istituzionali, sembra svanire¹⁹.

Un giusto temperamento fra ragioni di garanzia – fondamento ultimo della certezza del diritto – ed esigenze di tutela può trovare legittima espressione nei più flessibili rimedi extra-penali. Tutto ciò non conduce ad un ridimensionamento delle garanzie di fronte a ragioni di giustizia sostanziale, che implica una rinuncia all'ideale di certezza del diritto e alla sua funzione di razionalizzazione e di orientamento sociale, bensì, partendo dal presupposto di una maggiore flessibilità degli strumenti giuridici extrapenali, spiega come il delicato equilibrio fra potere giudiziario e potere legislativo si presenti in termini meno critici nell'ambito della giustizia civile e della giustizia amministrativa²⁰.

Dopo un'iniziale riluttanza²¹, la magistratura, civile ed amministrativa, grazie alla maggiore discrezionalità e ai più ampi poteri, e, di conseguenza, ai minori vincoli, ha sostanzialmente ridefinito le scelte della P.A. e degli operatori economici nell'ambito della tutela processuale riservata agli interessi soccombenti, legittimando le istanze di protezione della collettività²².

L'esperienza maturata nell'ambito della tutela giurisdizionale di interessi meta-individuali induce a riflettere sul significato di un simile processo. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e/o diffusi²³ può rappresentare un aspetto

¹⁹ Sul punto PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 170 ss..

²⁰ In questo senso PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 54 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*.

²¹ Si vedano le ordinanze del Trib. Lucca, ordinanza 5 marzo 1990; Trib. Pisa, ordinanza 12 febbraio 1990; Pret. Pordenone, ordinanza 10 marzo 1990; Pret. La Spezia, ordinanza 28 dicembre 1989, tutte in *Rass.Giur.En.Elett.*, 1993, 523; Trib. Torino, 6 novembre 1993, *ivi.*, 1994, 733; Trib. Lucca, 17 settembre 1991, *ivi.*, 1992, 708.

²² La maggiore disinvoltura con cui la magistratura civile e la magistratura amministrativa possono intervenire, è testimoniata dal loro intervento incisivo a tutela della salute. Sul punto: Tar Veneto, sez.II, 29 luglio 1997, n. 927, in *Guida al diritto*, 1999, 2 ottobre 1999, n.38, 17; Tar Abruzzo, ordinanze 24 febbraio 1999 n. 65 e 5 maggio 1999 n. 122, in *Ambiente*, 2000, 538; Tar Puglia, 9 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1997, III, 541; Tar Lazio, 18 dicembre 1996, *ivi.* La tutela civile della salute pubblica passa attraverso provvedimenti cautelari, ex art.700 c.p.c., volti ad individuare misure che secondo le circostanze appaiono più idonee, sul punto: Trib. Padova, 17 novembre 1998, in *Guida al diritto*, 1999, n. 38, 14.

²³ La possibilità di ricondurre la tutela degli interessi collettivi nell'ambito del concetto di tutela del bene giuridico è riconosciuta ampiamente in dottrina, sul punto: ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 68 e 191. Sull'affermarsi di nuove oggettività giuridiche si veda: DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 140; PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 694, in particolare 708; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 453, 473; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 53, 58 nota 110, 65 nota 119 e sulle c.d. microviolazioni 296 ss.. Sulla distinzione beni individuali, beni collettivi e beni istituzionali MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto*, cit., 540; MAZZACUVA, *Diritto penale e costituzione*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 75, 86. Sulla tutela penale degli interessi diffusi si veda: SGUBBI, *Tutela penale degli interessi «diffusi»*, in *Quest.crim.*, 1975, 448, 457: «L'interesse diffuso si presenta – nel suo momento nascente – come interesse ad un controllo sostanziale sul contenuto e sullo svolgimento di posizioni economiche giuridiche dominanti ancora chiuse alla partecipazione: un interesse, dunque, strutturalmente alternativo alla tradizionale categoria del diritto soggettivo. Oltre che

patologico del sistema democratico²⁴, nell'ambito del quale dovrebbero, invece, essere assicurate più ampie possibilità di intervento e di partecipazione del cittadino nel procedimento amministrativo che sfocia in "decisioni a rischio".

Gli interessi diffusi e collettivi sono, del resto, espressione di un antagonismo sociale, che alimenta una tensione conflittuale non sempre canalizzata all'interno di forme istituzionali tradizionali²⁵. Sfugge in questa prospettiva, la specificità dell'intervento penale che diventa strumento di governo e di azione politica *tout court*, la cui legittimazione può solo ancorarsi alla scoperta e all'affermazione di nuove oggettività giuridiche. Un'anomala categoria di beni funge, quindi, da criterio politico criminale di selezione delle condotte di irrilevante portata lesiva, la cui reiterazione, oltre a sprigionare le potenzialità lesive insite nel singolo comportamento, determina il più

per i contenuti, il fenomeno dell'"interesse diffuso" è completamente inedito per titolarità (ha natura collettiva, di massa, e non individuale) e per modo di formazione (il processo che lo genera ha una dinamica del tutto informale). La sua insorgenza e la sua crescita si riflettono immediatamente sui connotati del modello di liceità "comportamentale" afferente all'*esercizio* di attività economico-produttive: gli interessi di cui è diffusa l'istanza di protezione possono far sì che quelle attività incontrino la soglia dell'illecito anche *prima* – o, comunque, in momenti e con presupposti diversi – rispetto al "fatto di aggressione (colposa) ad un diritto soggettivo assoluto individuale". Si veda, inoltre, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 53 ss.. Rispetto al diritto penale dell'economia è possibile registrare un'analogia evoluzione del concetto di bene giuridico, sul punto, ALESSANDRI, *Parte generale*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999, 25 «Un arroccamento del diritto penale sulle frontiere dei beni individuali, "personali", dovrebbe allora attendere, prima di intervenire, una progressione offensiva troppo accentuata, una lesione del bene ormai già compiuta: e, per di più, con pesanti difficoltà nell'accertamento della causalità. Se la sanzione penale dovesse legittimamente scattare solo in presenza di una compiuta aggressione ad una situazione individuale, l'intrinseca, "naturale", pericolosità dell'attività economica moderna troverebbe uno spazio eccessivamente ampio sottratto al controllo penalistico, con una probabile (quasi certa) compromissione del bene del singolo». In generale, ALPA, *Interessi diffusi*, voce, *Dig.disc.priv.*, 1993, 609. Sulla distinzione interessi diffusi interessi collettivi: NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7 ss.. Si veda, altresì, DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, 47.

²⁴ Esempio è l'esperienza americana delle *class actions*, e le disfunzioni prodottesi attraverso strumenti di tutela meramente giurisdizionale, sul punto STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 371.

²⁵ In questo senso, TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, voce, *Enc.dir.*, 1989, 2. Sulla necessità di un intervento legislativo finalizzato ad un controllo sociale degli usi delle tecnologie, condizione di sopravvivenza dello stesso sistema, si veda: BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa ed ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol.dir.*, 1973, 130, l'A. descrive un mutamento epocale nello sviluppo del capitalismo, per cui: «ogni capitalismo maturo si caratterizza infatti per modalità di impiego delle innovazioni tecniche che altro non costituiscono se non un momento di contraddizione tra le strategie di profitto del sistema dell'industria e le esigenze di benessere sociale espresse dalla collettività. Per la natura stessa del processo produttivo, il sistema dell'industria non può che scegliere l'alternativa tecnologica più coerente alla logica del massimo profitto, anche a rischio di privilegiare forme di impiego della tecnica che incrementano le diseconomie esterne, così da aumentare il costo sociale dell'impresa. L'uso del "sapere" applicato alla tecnologia finisce così per svolgere il ruolo di un fattore di dominazione che sviluppa dal suo interno confliggenti istanze di controllo dei modi di gestione delle imprese, che rendono ormai urgente l'elaborazione di una disciplina giuridica davvero razionale».

delle volte solo una innegabile alterazione degli equilibri sociali, che i concetti stessi di interessi collettivi e di interessi diffusi tendono a garantire²⁶.

Sebbene tali concetti metaindividuali non coincidano con beni istituzionali, assumono ugualmente un carattere pubblico, costituendo lo strumento di partecipazione e di limitazione nell'attività produttiva, riconosciuto alla categoria di soggetti che "subiscono" le altrui decisioni imprenditoriali.

In questo senso si scorge l'effettiva funzione delle nuove oggettività giuridiche, quale surrogato di un sistema democratico, che vede trasformata la partecipazione politica attraverso logiche neo-corporativistiche, espresse in forme di azionabilità e di tutela giurisdizionale degli interessi contrapposti²⁷.

Un sistema sociale pluralista dovrebbe, invece, puntare al coinvolgimento dei soggetti privati nelle procedure di produzione normativa, anche attraverso modalità informali e atipiche di intervento nella definizione dei limiti di liceità²⁸.

Le decisioni, che necessariamente influiscono sulla sfera privata dei consociati, dovrebbero prevedere, già nella fase istruttoria, la possibilità di un contraddittorio, in cui, attraverso la dialettica contrapposizione fra interessi antagonisti, si dia spazio ad una prassi ispirata a modelli di democrazia partecipativa²⁹.

3. L'interpretazione dell'art. 674 c.p. nelle motivazioni della S.C.

²⁶ Sul punto, in senso critico, GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scienziati*, in *Pol.dir.*, 2000, 262, 272; HASSEMER, *Kennzeichen und krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeit.Rechtspolitik*, 1992, 378; ID., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NZSt.*1989, 553, 557; HERZOG, *Limites al control penal de los riesgos sociales, (Una perspectiva critica ante el derecho penal del peligro)* in *ADP*, 1993, 317, 319.

²⁷ Secondo diversa prospettiva, ispirata all'"uso alternativo del diritto" gli interessi diffusi e gli interessi collettivi corrispondono ad un "premio per mancata partecipazione", sul punto si veda: SGUBBI, *Tutela penale di « interessi diffusi»*, cit., 448, il quale sostiene che il riconoscimento giuridico degli interessi diffusi costituiscono un tentativo di mediazione dei conflitti e di controllo della crescita delle posizioni soggettive più deboli all'interno dell'assetto sociale del "capitalismo organizzato".

²⁸ Sulla trasformazione delle procedure legislative, e sull'ingresso di *law makers* informali, come, ad esempio, i privati attraverso i codici di autodisciplina, cfr.: FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 72; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 47.

²⁹ La necessità di aprire maggiori spazi nell'ambito del procedimento amministrativo per garantire attraverso un contraddittorio la maggiore partecipazione e rappresentanza di interessi contrapposti è stata recentemente sottolineata dal Cons.Stato, Ad.plen., 15 settembre 1999, n.14 in *Guida al diritto*, n.40, 92. La tendenza ad assimilare il procedimento amministrativo ad un modello di tipo processuale, in cui è previsto un contraddittorio fra le parti, risponde all'esigenza di semplificazione e di democratizzazione attraverso la partecipazione all'azione amministrativa e l'accesso dei cittadini agli atti. Siffatta impostazione è accolta già dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, la n.349/86 e trova più organica espressione nella legge 241/91. Sul punto, GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 357 ss.. Si vedano, inoltre, le interessanti considerazioni di RODOTÀ, *Tecnologie dell'informazione e frontiere del sistema socio-politico*, in *Pol.dir.*, 1982, 25.

La problematica relazione fra interpretazione estensiva ed analogia costituisce sicuramente un aspetto delicato e diventa una questione di rilevanza preliminare rispetto all'analisi degli aspetti sostanziali della sentenza. Tuttavia la soluzione offerta in concreto dalla S.C. non costituisce il profilo di maggior rilievo critico e risulta, nonostante gli ineliminabili dubbi interpretativi, condivisibile.

L'art. 674 c.p. costituisce lo strumento giuridico costantemente utilizzato nella prassi giurisprudenziale per intervenire in materia ambientale a tutela dei beni collettivi.

La S.C. ha ritenuto astrattamente riconducibile a tale fattispecie l'emissione di radiazioni non ionizzanti da elettrodotti e da impianti di radiodiffusione.

Nel cercare una soluzione compatibile innanzitutto con il principio di legalità e con il divieto di analogia³⁰, la Cassazione non si è limitata all'analisi del solo schema primario, basato sull'interpretazione semantica della norma, ma ha argomentato la sua decisione attraverso i criteri interpretativi dettati dall'art.12 delle disposizioni sulla legge in generale, in base ai quali per "intenzione del legislatore" si deve intendere la volontà della legge obiettivamente considerata, indipendentemente dal pensiero di chi l'abbia materialmente redatta.

Solo questo significato, del resto, rende possibile un'interpretazione evolutiva, che dalla mera esegesi del testo riesca a sviluppare i contenuti di tutela e di protezione ad esso sottesi³¹.

La S.C. ha, quindi, sostituito l'argomento linguistico con quello teleologico, ravvisando nello scopo della norma un criterio di interpretazione di tipo oggettivo, il quale, pur mostrandosi compatibile con il principio di legalità, riesce, nondimeno, a legittimare l'interpretazione in base ad una prospettiva "esterna" e storicizzata.

Tuttavia, l'attività ermeneutica del giudice penale, oltre ad orientarsi secondo i criteri individuati specificatamente dal legislatore, deve adeguarsi al principio di determinatezza, che impone, in sede applicativa, il divieto di analogia. Il contenuto di tale divieto si sostanzia per l'interprete nell'impossibilità di mutuare da una norma diversa o dai principi generali dell'ordinamento giuridico la regola da applicare al caso concreto, al fine di colmare una lacuna dell'ordinamento.

Questo divieto non può ostacolare, però, un'interpretazione evolutiva, per cui nella definizione di alcuni elementi "elastici" (ma perfino rispetto ad elementi aventi carattere descrittivo) è, sempre, legittimo far filtrare, nel processo ermeneutico, contenuti nuovi alla luce dello scopo della norma³².

Ciò nonostante, l'interpretazione di tipo teleologico incontra il limite del segno linguistico che descrive l'area semantica della disposizione normativa³³. La necessaria

³⁰ Sul principio di legalità: VASSALLI, *I principi generali*, cit., 719. Sui diversi metodi dell'interpretazione: PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 296 ss.

³¹ Su interpretazione della legge e analogia, cfr.: PICOTTI, *Il principio*, cit., 66 ss.; ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 135 in particolare 144. Sul limite fra interpretazione estensiva e analogia si veda: PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 8, ss..

³² Sul punto, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 168.

³³ Così, PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 387, l'A., infatti, evidenzia che: «l'estensione del significato valutativo ad un dato di fatto non compreso nella definizione segna anche il confine fra

convergenza che deve essere posta in luce tra significato valutativo e significato definitorio richiede indubbiamente un'attività interpretativa, di mediazione, tale da adeguare la definizione a "quel dato di fatto"; la ricerca deve, però, svolgersi entro i confini segnati dal lessico legale e questo rappresenta un dato incontestabile, di certezza. Assumere come valido questo presupposto pone in evidenza come nell'interpretazione estensiva il punto di partenza sia sempre la fattispecie legale³⁴. Tale concetto è, invece, incompatibile con il processo di ricostruzione analogica³⁵, il quale ha origine proprio dalla mancanza della fattispecie legale, sviluppandosi, di conseguenza, attraverso il libero apprezzamento del giudice, che assurge a fonte del diritto. Questa considerazione porta conseguentemente ad individuare come strumento interpretativo

interpretazione, consentita, ed analogia, vietata. Detto confine è pur sempre costituito dal necessario vincolo del linguaggio». Si veda, inoltre, ID., *Introduzione*, cit., 266; ID., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 329, 332.

³⁴ Sul punto, PAGLIARO, *Testo e interpretazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, 440: «Nella teoria degli insiemi, i comportamenti tipici rispetto alla fattispecie penale saranno formati da quell'insieme di accadimenti che soddisfano tutti i requisiti posti dai diversi insiemi parziali. Ora, questa è una proprietà logica, che non può essere scalzata dal fatto che considerazioni di carattere teleologico possono indurre l'interprete a ritenere applicabile una disposizione anche a casi che, dal punto di vista puramente logico, a tale insieme non possono essere riportati. Anzi, proprio questa sfasatura tra momento logico e momento teleologico è l'elemento che permette di distinguere tra interpretazione (anche estensiva) ed analogia. L'interpretazione estensiva non è una *species* diversa di interpretazione. È una normalissima interpretazione, valutata dal punto di vista del suo risultato. L'insieme dei casi cui la norma si applica risulta, a seguito del processo interpretativo (che ovviamente comprende anche il momento teleologico), più ampio di quel che era sembrato a prima vista. Ma si tratta pur sempre di casi che rimangono entro l'insieme delineato dalla proposizione linguistica contenuta nella legge. Per questo, il possibile significato dei termini ivi impiegati e della proposizione nel suo complesso costituisce il limite estremo dell'interpretazione anche estensiva. Nel caso dell'analogia, tale limite viene superato. Mentre l'interpretazione estensiva suppone che il significato della disposizione, se ben inteso, sia idoneo a disciplinare anche il caso concreto per il quale si ricerca la regola, l'analogia presuppone tutto il contrario: cioè la riconosciuta inidoneità della disposizione per via del limite logico che le è proprio a fornire una soluzione del problema corrispondente alla visuale teleologica». Nello stesso senso: MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 167; RINALDI, *L'analogia*, cit., 196; VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig.disc.pen.*, 1987, 158 ss.: «[...] interpretazione estensiva è il risultato della scoperta, fatte dall'interprete, che sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio, che per quanto non chiaramente enunciato vi è appunto incluso, e ricorso ad analogia è invece l'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e dal quale è dato ridescrivere alla formulazione di una norma inespressa, quella che appunto contiene la regola del caso «analogo» a quello espressamente disciplinato». Critica la distinzione fra analogia e interpretazione estensiva BOBBIO, *L'analogia*, cit., 535, il quale ritiene insufficienti tutti gli argomenti addotti per giustificare tale distinzione, che alla fine si svela essere «un puro espediente pratico, tanto utile nella realtà quanto inutilizzabile in teoria». In questo senso si veda, inoltre, GIANFORMAGGIO, *Analogia*, voce, *Dig.disc.priv.*, Torino, 1987, 325; GUASTINI, *Interpretazione*, voce, *EGT*, 1989, 1; ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, 1553.

³⁵ Sul punto, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 158 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 170 ss. Il limite è rappresentato dal riferimento al "tipo legale" quale sintesi unitaria valutativa e necessario termine di confronto nell'interpretazione, sul punto, PALAZZO, *Il principio*, cit., 330; ID., *Orientamenti*, cit., 332.

primario lo schema deduttivo, nel cui ambito rientra l'interpretazione estensiva, ma non l'analogia.

Nell'offrire una nuova lettura dell'art.674 c.p., la Suprema Corte non ha rilevato alcuna tensione con il principio di legalità, né, in particolare, con il divieto di analogia, ritenendo possibile comprendere anche i fenomeni di elettrosmog, attraverso l'estensione del significato massimo del significato letterale della norma. Argomenta la S.C. che la fattispecie prevista dall'art. 674 c.p. può assumere un contenuto più armonico «con il marcato dinamismo dello Stato moderno», così da includere nel concetto di “cose” anche i campi elettromagnetici, mentre la propagazione delle onde elettromagnetiche potrebbe essere ricondotta «all'amplissimo significato che ha nella nostra lingua il verbo “gettare”»³⁶.

Rispetto a questa soluzione interpretativa, non sorprende che l'area semantica del concetto di cose possa comprendere anche entità inafferrabili ed immateriali, come le onde elettromagnetiche. È discutibile, però, che tale equiparazione sia realizzata ad opera della giurisprudenza, la quale sottopone, in questo modo, al proprio vaglio una valutazione compiuta in astratto dal legislatore. Tale interpretazione, sebbene non infranga il divieto di analogia, è di dubbia opportunità, in quanto determina, comunque, un'estensione dell'ambito applicativo della norma penale, disattendendo un canone ermeneutico ispirato al *in dubio pro libertate*³⁷.

4. Elementi di tipicità: l'idoneità a molestare e i limiti tabellari.

Nonostante le perplessità suscitate dalla corrispondenza fra l'inquinamento da elettrosmog e la fattispecie contravvenzionale prevista dall'art.674 c.p.³⁸, nel seguire lo sviluppo dell'*iter* decisionale e valutarne completamente la coerenza, anche sotto un profilo sostanziale, è possibile cogliere ulteriori elementi di riflessione critica.

³⁶ Si riporta per intero l'argomentazione della S.C. su questo punto: «Non sembra arbitraria, dunque, la conclusione che tra le “cose” di cui parla la norma incriminatrice debbono farsi rientrare anche i campi elettromagnetici per la loro stessa essenza considerati da Einstein altrettanto reali “della sedia su cui ci si accomoda”, o, più esattamente, i treni di onde, che si disperdono in tutte le direzioni a somiglianza di quelle generate nell'acqua dal lancio di un sasso, quale effetto delle variazioni dei campi medesimi prodotte dalla oscillazione delle scariche elettriche. Ancora più agevole è ricondurre il fenomeno della propagazione delle onde elettromagnetiche nell'amplissimo significato che ha nella nostra lingua il verbo “gettare”. Esso, infatti, non sta solo a indicare l'azione di chi lancia (più popolarmente, butta) qualcosa nello spazio o verso un punto determinato, ma è anche sinonimo di “mandar fuori, emettere” e, per estensione, come già in Dante Alighieri, di “produrre, far nascere”». Una simile interpretazione era già emersa nella giurisprudenza di legittimità: Cass., 9 gennaio 1995, in *Cass.pen.*, 1996, 1430, in cui si equipara la diffusione di polveri al getto.

³⁷ Anche il ricorso ad una tecnica legislativa che estenda l'operatività delle norme definitorie, introducendo elementi “spuri” solleva dubbi e perplessità da un punto di vista tecnico-sistematico, sul punto si veda ad esempio la legislazione in materia di criminalità informatica, PICOTTI, *Reati informatici*, voce, *Egt*, 2000, 5 e 16.

³⁸ Del resto negare qualsiasi attività interpretativa di tipo evolutivo comporta un eccessivo sacrificio delle esigenze di tutela, pertanto bisogna riconoscere come: «l'ineliminabile opera e il dubbio interpretativo del giudice» assicurano la preziosa «storicità del diritto penale», in questo senso PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 276.

Ripercorrendo i passaggi significativi della valutazione che la S.C. compie del rapporto fra fatto concreto e fattispecie astratta, l'aspetto di maggior rilievo critico attiene all'interpretazione di un requisito sostanziale di tipicità. Pur ipotizzando astrattamente integrata la fattispecie di cui all'art.674 c.p., la S.C. nega il disvalore penale della condotta, in quanto, secondo la S.C., sarebbe privo di riscontri scientifici l'accertamento di un elemento strutturale: l'attitudine delle onde elettromagnetiche a molestare persone. Secondo i giudici di legittimità, mancando nel caso concreto la prova che le onde elettromagnetiche a bassa frequenza possano recare danni apprezzabili alla sfera psichica e fisica degli individui direttamente coinvolti, verrebbe meno un requisito tipico della fattispecie.

Consapevole, infatti, del probabile causalismo patologico dell'elettrosmog, la S.C. afferma che: *«il sospetto da tempo affacciato dagli studiosi del ramo che le onde anzidette, superando facilmente ostacoli e barriere non espressamente apprestati e penetrando all'interno di edifici e degli organismi viventi possono cagionare l'insorgenza di gravi malattie, ha, comunque, indotto molti enti statuali e locali ad adottare, sia pure per scopi meramente cautelari, specifiche normative»*. Nonostante la consapevolezza della gravità del fenomeno, il giudice di legittimità ha preferito non intervenire, assumendo una decisione apparentemente condivisibile, perché rispettosa degli equilibri sottesi al principio di legalità e ai principi di accertamento della tipicità in concreto.

L'analisi dell'argomentazione evidenzia, però, alcuni elementi nella valutazione di liceità, che svelano, in realtà, scenari poco confortanti, se considerati secondo una prospettiva di tutela degli interessi della collettività.

Come prova dell'inidoneità delle onde elettromagnetiche a molestare, la sentenza esaminata ha assunto la conformità della condotta ai valori soglia, stabiliti dal D.P.C.M. 23 aprile 1992, successivamente modificato dal D.P.C.M. 28 settembre 1995, il quale, nel fissare la soglia minima di tollerabilità, aveva recepito le regole elaborate dal Comitato europeo per la normazione tecnica, alla stregua dei suggerimenti elaborati (solo per gli effetti a breve termine) dal I.N.R.C./I.R.P.A. (*International No Ionizing Radiation Committee/international Radiation Protection Agency*) all'inizio degli anni ottanta.

Nell'interpretazione offerta dalla S.C., i limiti tabellari integrano, quindi, il contenuto del precetto dell'art.674 c.p., svolgendo una funzione delimitativa della punibilità. Conseguentemente la conformità ai limiti di tollerabilità, giuridicamente fissati, esclude un requisito strutturale della fattispecie, elidendo, nel caso concreto, la tipicità.

L'incerta definizione dei valori limite.

Il percorso motivazionale, intrapreso dai giudici di legittimità, suscita perplessità e riserve sotto molteplici punti di vista.

Una prima considerazione, basata su una più attenta valutazione della complessa definizione dei valori soglia, pone in risalto il carattere estremamente mutevole dei

limiti tabellari, svelando la loro inutilizzabilità quali requisiti di fattispecie, se non si vuol violare il principio di determinatezza³⁹.

L'opinabilità sugli *standard* di sicurezza assunti nella determinazione di valori soglia è implicitamente riconosciuta nella stessa motivazione della sentenza.

Nel caso di specie, la disciplina generale deve integrarsi con le disposizioni dettate dai diversi enti regionali - come la Corte Costituzionale ha affermato nella sentenza n.382/99⁴⁰ -. Nell'ambito dei poteri riconosciuti, in base ad un riparto di competenze tipico della normazione concorrente fra stato e regioni, il Veneto, con la legge regionale 30 giugno 1993, n.27, e quella successiva del 29 luglio 1997, ha fissato dei limiti più rigorosi rispetto a quelli fissati dal decreto presidenziale.

Ciò implica una ovvia considerazione: se i limiti stabiliti dalla fonte regolamentare sono confutabili e ridefinibili all'interno dello stesso ordinamento giuridico, il decreto, nello stabilire i valori soglia, non si è ispirato a parametri di sicurezza assoluti. Questa costituisce in primo luogo una considerazione di ordine logico, in quanto in uno stesso sistema la presenza di due parametri di valutazione, entrambi validi, esclude la possibilità di attribuire il carattere di definizione esclusiva solo ad uno dei due. In questo senso entrambi i limiti possono costituire tendenzialmente dei parametri di riferimento nella determinazione della liceità⁴¹, ovvero dell'inidoneità a molestare delle onde elettromagnetiche.

L'incertezza sugli effetti dei campi elettromagnetici rappresenta un sintomo della relatività delle disposizioni governative sui limiti di tollerabilità e testimonia una copertura del rischio connesso all'esposizione a campi elettromagnetici non solo parziale, ma anche priva di univoci riscontri scientifici⁴². Questo si traduce in

³⁹ Sul punto STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 407.

⁴⁰ Corte Cost., 30 settembre 1999, n. 382, in *Guida al diritto*, n.41, 101. Per un'analisi della normativa della regione Veneto definita «d'avanguardia» cfr.: MAZZOLENI, *Elettrosmog: la legge regionale del Veneto*, in *Ambiente*, 2000, 356. Per un'approfondita analisi sulla competenza ripartita in materia ambientale fra U.E., Stato ed enti locali si veda, GIAMPIETRO, P., *La tutela dell'ambiente fra Comunità europea, stato ed autonomia locale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1990, 1015, per cui tra le competenze regionali nell'area di interventi, quale attività di pubblico interesse, rientra il problema dell'elettrosmog, mentre spetta al comune un'attività di controllo.

⁴¹ Sulla limitata copertura preventiva dei valori soglia in riferimento alla normativa sulla sicurezza sul lavoro si veda PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Dig.disc.pen.*, 1993, 102 e in particolare 106, il quale evidenzia che la determinazione di valori soglia non esonera il datore di lavoro dall'assumere cautele aggiuntive. Sul ruolo delle autorizzazioni come strumento di definizione del rischio consentito MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 95: «[...] l'esigenza di determinatezza che in tal modo si cerca di realizzare non deve prevalere su quelle di mantenere costante il miglioramento degli standard di cautela ammessi nel concreto svolgimento dell'attività pericolosa». L'A. evidenzia, peraltro, i limiti di una simile tecnica legislativa rispetto alla molteplicità dei pericoli, connessi allo sviluppo tecnologico, *ivi*, 99 ss..

⁴² Sugli effetti dei campi elettromagnetici, con onde a bassa frequenza, si vedano i risultati delle ricerche, riportati da FRANCESCHETTI/RICCIO/SCARFI/SCIANNIMANICA, *Esposizione ai campi*, cit., 63 ss.. Sulla gestione dei rischi attraverso la definizione di valori massimi si veda la critica di BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, trad.it. PRIVITERA/SANDRELLI, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, 84, il quale

un'indeterminata definizione della fattispecie astratta, ponendosi paradossalmente in posizione eccentrica rispetto alle esigenze di certezza, che la S.C. sembrerebbe voler privilegiare proprio attraverso il riferimento ad un parametro fisso.

Tuttavia, la S.C., ignorando il problema dell'incertezza scientifica dei limiti tabellari e prescindendo dalla dubbia legittimità di un'integrazione fra legge statale e legge regionale, risolve questa intersezione normativa adottando un criterio cronologico: poiché la decorrenza dei termini è fissata al 1 gennaio 2000, i limiti imposti dalla regione non sono applicabili al caso concreto⁴³.

Il giudizio di pericolo e i limiti tabellari

Il secondo punto critico della motivazione riguarda il modo in cui la S.C., prescindendo da qualsiasi accertamento in concreto delle potenzialità lesive, sottovaluta l'importanza del concetto di idoneità, inteso quale requisito di fattispecie.

Attraverso gli strumenti offerti dall'analisi del dato normativo, il giudice avrebbe potuto e dovuto accertare "l'idoneità delle cose" ad offendere, valorizzando l'effettivo contenuto lesivo della condotta, senza esorbitare, in questo modo, dai limiti dell'interpretazione letterale, senza scavalcare, cioè, la competenza del legislatore. Laddove, infatti, il legislatore utilizza elementi elastici e indeterminati, è implicita una delega che rende doverosa per il giudice l'individuazione, nel caso concreto, dei requisiti di fattispecie, pur sempre nello spazio giuridico definito a livello astratto dal segno linguistico.

La difficoltà di descrivere, a livello normativo, realtà estremamente mutevoli di fenomeni multiformi, ha indotto il legislatore ad utilizzare concetti anche indeterminati, quali l'attitudine e/o l'idoneità, in modo da permettere un costante adeguamento del dato normativo al caso concreto.

Questo comporta che, nel colmare la distanza fra fattispecie astratta e fatto storico, l'interprete deve poter spiegare il significato valutativo del dato letterale in modo coerente con le ragioni che fondano il giudizio di disvalore espresso nella norma, al di là di mere definizioni di natura quantitativa.

Così l'idoneità, requisito di fattispecie, deve essere *concretamente* accertata⁴⁴, alla stregua di qualsiasi altro elemento tipico, senza che il ricorso a presunzioni esemplificative nell'*iter* probatorio possa svalutare la portata garantista e/o politico-criminale degli elementi della tipicità.

ritiene che le discipline basate su limiti tabellari di fatto permettono una: «razione permanente di avvelenamento collettivo standardizzato».

⁴³ Sulla competenza normativa delle regioni in materia penale si veda: PALAZZO, *Riserva di legge*, cit., 280; PICOTTI, *Il principio*, cit., 22 ss.; PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in DOLCINI/PADOVANI/PALAZZO, (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994, 103.

⁴⁴ Sul giudizio e la misura dell'idoneità, in relazione al contenuto del pericolo, si veda: ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 2^a ed., 1994, 257 e 299 ss.

Bisogna constatare, infatti, che le asfittiche considerazioni di ordine formale, alle quali si attiene la S.C., le impediscono di valutare in modo autonomo la realtà fattuale sottesa al dato normativo, insuscettibile per sua natura di essere rappresentata attraverso astrazioni.

Non è giuridicamente accettabile, pertanto, che elementi normativi, come i regolamenti governativi, assumano rilevanza all'interno del precetto penale, sebbene non espressamente richiamati dalla norma incriminatrice⁴⁵. La tipicità della condotta deve essere determinata solo rispetto ai requisiti della fattispecie, mentre i parametri deducibili da altre fonti possono solo guidare il giudice nella valutazione della rilevanza penale di una condotta, ma non esimerlo da tale compito.

Escludere la rilevanza penale della condotta solo perché conforme a parametri altrove definiti, significa rinunciare alla tutela effettiva dei beni giuridici, ricostruendo il disvalore penale su meri criteri formali, intraducibili in considerazioni di lesività o di messa in pericolo. In questo caso, invocare il rispetto del principio di legalità, attenendosi al significato letterale della fattispecie, porterebbe ad una maggiore valorizzazione di un canone ermeneutico ispirato al principio di offensività. Sebbene tale apprezzamento, nel caso concreto, abbia paradossalmente un effetto estensivo della punibilità⁴⁶, risultando funzionale ad esigenze di tutela, le scelte di politica criminale, compiute dal legislatore, non dovrebbero, tuttavia, essere ridiscusse e ridimensionate da indici di liceità, stabiliti in norme di fonte secondaria. In questo senso il principio di legalità garantisce valutazioni di liceità conformi a modelli di razionalità culturale, democraticamente controllati e legittimati.

La logica preventiva del pericolo concreto e del pericolo astratto alla luce delle esigenze di tutela dei beni

Attenersi a criteri tabellari nella valutazione in concreto delle potenzialità lesive della condotta, come nel caso dell'art.674 c.p., significa, infine, svalutare la finalità preventiva della norma⁴⁷.

⁴⁵ In assenza di indicazione di fonte legislativa sulla nozione di attitudine a molestare, qualsiasi determinazione quantitativa da parte della giurisprudenza, sebbene meritoria, perché "tassativizzante" risulta arbitraria. In questo senso, PALAZZO, *Orientamenti*, cit., 339, il quale riferisce tale giudizio agli orientamenti giurisprudenziali elaborati sul concetto di modica quantità in materia di stupefacenti.

⁴⁶ Osserva FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, cit., 367, come la giurisprudenza utilizzi il metodo dell'interpretazione c.d. teleologica soprattutto: «allo scopo di cavare dalle norme incriminatrici il massimo di punibilità». Sull'uso distorto del bene giuridico e dell'interpretazione teleologica da parte della giurisprudenza, si vedano PADOVANI/STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2002, 103.

⁴⁷ In questo stesso senso, rispetto alla funzione delle autorizzazioni non espressamente richiamate, MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1976, 774, 802. Che i reati di pericolo rispondano ad una logica di rafforzamento di tutela dei beni giuridici, in particolare nei settori interessati da un alto livello di tecnologizzazione, è evidenziato da ANGIONI, *Il pericolo*, cit., 17; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 688; PARODI GIUSINO, *op.cit.*, 198 ss. il quale esalta la natura normativa dei reati di pericolo, come valutazione di probabilità operata in relazione al bene giuridico e al danno, ID., *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind.pen.*, 1999, 687.

La ricostruzione della tipicità in funzione dei limiti tabellari, evidenzia, infatti, un finalismo preventivo incoerente con le esigenze di tutela espresse dall'art.674 c.p..

Nel caso di specie, i regolamenti, che fissano la distanza delle zone residenziali dagli elettrodotti, costituiscono un'integrazione della disciplina urbanistica, solo indirettamente finalizzata alla tutela della salute umana. Appiattendo, pertanto, qualsiasi considerazione su una realtà normativa completamente avulsa da una logica di tutela, finalizzata solo alla disciplina e al governo del territorio⁴⁸, si sviscera la *ratio* della previsione normativa, contenuta nell'art. 674 c.p..

Pur prescindendo dalla finalità precauzionale o ordinatoria dei valori soglia, è opportuno, comunque, sottolineare che, da un punto di vista oggettivo, il rispetto dei limiti tabellari non esclude la pericolosità dell'esposizione ai campi elettromagnetici. Questo si spiega anche alla luce della relazione fra il giudizio di pericolosità in astratto, sintetizzato nella definizione dei valori soglia, e giudizio di pericolosità in concreto. Le due valutazioni di pericolo non si atteggiavano come gli estremi di una sequenza, ordinata in funzione di considerazioni meramente quantitative, per cui il pericolo astratto corrisponde ad una valutazione di probabilità inferiore rispetto al pericolo concreto⁴⁹. Ovvero il pericolo astratto non segna il confine di una "mite" offensività, oltre il quale si apre un orizzonte di irrilevanza penale. Tale modello, infatti, non caratterizza solo le condotte di esiguo disvalore penale e non è, pertanto, solo espressione di un aspetto nucleare dei principi di materialità e di offensività, ultima resistenza contro tendenze politico-criminali, nel cui ambito si delinea la coincidenza del fatto tipico con forme di illecito di mera disobbedienza⁵⁰.

Il giudizio di pericolo astratto costituisce, per altro, una forma di tutela adeguata per neutralizzare la potenzialità lesiva di alcune condotte, non apprezzabile attraverso una valutazione in concreto e tuttavia caratterizzata da un coefficiente di pericolo talmente distruttivo, da poter compromettere gli equilibri dell'intero ecosistema. In simili contesti si afferma l'esigenza di un rafforzamento e di un'anticipazione di tutela, giustificata

⁴⁸ Sul punto è interessante riportare la distinzione, posta da SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 84 ss., fra norme di disciplina e norme di prevenzione. Le norme di prevenzione sono finalizzate alla tutela immediata di un bene giuridico, finalità assente nelle norme di disciplina. Diventa un'esigenza ineludibile ricercare e attribuire ad ogni norma «uno scopo di concreta ed effettiva tutela di un certo interesse, scopo che va poi fatto filtrare nella fattispecie penale che prevede l'inosservanza della norma». Sulle norme ordinarie e le valutazioni del pericolo PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 310 ss..

⁴⁹ Sul punto si veda ANGIONI, *Bene costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, (a cura di STILE), Napoli, 1985, 57, 73 ss..

⁵⁰ È possibile estendere tale riflessione ai reati di mera condotta, che non appiattendosi esclusivamente su una logica di mera disobbedienza, possono essere valorizzati in un'ottica preventiva, sul punto: DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 143; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 348 ss.. Nello stesso senso MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 567: «La forma del pericolo astratto – cioè la descrizione delle condotte che, secondo regole di esperienza, possono portare a conseguenze dannose – è l'unica praticabile, in primo luogo, allorché la presenza nella fattispecie del pericolo concreto è interdetta dallo **stato delle conoscenze scientifiche**, che lasciano sì *sospettare* la *generale pericolosità* di una *classe* di condotte, ma non consentono *né* di affermare, *né* di negare che la *singola* condotta sia *concretamente* pericolosa».

dall'emersione di beni giuridici superindividuali, la cui integrità risulta compromessa solo da condotte seriali⁵¹. Risulta evidente l'inutilità e la banalità di un modello di tutela

⁵¹ Sulla pericolosità delle condotte seriali e su possibili strumenti penalistici di tutela si veda: DE VITA, *op.cit.*, 80 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 569; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1214 ss, il quale evidenzia come lo sviluppo tecnologico abbia prodotto forme di aggressione legate a molteplicità di condotte dagli effetti cumulativi, che colpiscono altri lati di beni tutelati o nuovi beni, la cui tutela è affidata alle fattispecie di pericolo astratto. Si veda, inoltre, SGUBBI, *Responsabilità per omesso*, *op.cit.*, 137 ss., il quale afferma: «[...] all'odierno stadio dello sviluppo tecnologico-produttivo, la fenomenologia attinente alla "produzione di danni" si è profondamente trasformata rispetto al nucleo originario dell'attività "personale": e questa trasformazione impone nuove esigenze di "prevenzione"». Per un'ampia analisi delle forme di tutela anticipata, si veda, FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 58, nota 38, il quale ritiene che la formula del pericolo astratto, corrisponda: «all'ispirazione solidaristiche che fa da sfondo al nostro ordinamento costituzionale», riconoscendo nell'obiezione di strumentalizzazione dell'individuo a scopi di politica criminale solo il prodotto «di un'esagerazione ideologica, peraltro compatibile soltanto con una *Weltanschauung* vetero-liberale». ID., *La tipizzazione del pericolo*, cit., 454 ss. ove solleva alcune obiezioni sulla praticabilità dei concetti di danno e pericolo rispetto ai beni istituzionali, e in generale sovraindividuali, potendo forse parlare più correttamente di una funzione di stabilizzazione di regola di condotta a loro volta funzionali rispetto ad una più efficace tutela dei beni in questione; ID., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 42 in particolare, sul pericolo astratto, 78. Sulla legittimità dell'intervento penale rispetto a forme di aggressione realizzate tramite la reiterazione di comportamenti, che singolarmente analizzati sono caratterizzati da un'esiguità lesiva, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 65, 210 nota 97 e 212 nota 105 ss.. Sul carattere dell'offesa, nel diritto penale dell'impresa, si veda l'analisi di ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 22 ss., il quale evidenzia l'indeterminatezza dei soggetti esposti, ovvero «la capacità di raggiungere gruppi e pluralità di soggetti quasi mai determinabili a priori», e della serialità dell'offesa, ovvero: «i danni o i pericoli riconducibili all'attività d'impresa non sono apprezzabili singolarmente, con una visuale cioè limitata al singolo episodio. Sono piuttosto la reiterazione dei comportamenti aziendali nel tempo – naturale riflesso della professionalità dell'imprenditore – e l'accumulo degli effetti ad assumere significato e portata per gli interessi in gioco». Per la tutela degli interessi diffusi attraverso reati di mera condotta ID., *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro*, in *Dig.disc.pen.*, 1988, 145 e 149. Sul punto, inoltre, PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., 1239, nel constatare una «crisi da incontenibilità», evidenzia la difficoltà di inquadrare macro-eventi, prodotti da forme di criminalità complessa, nelle figure criminose presenti nel codice. Si veda, inoltre, MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 161 nota 292, il quale, pur in una prospettiva di "riabilitazione" del disvalore di evento, ritiene sia opportuna una tutela preventiva, nell'ambito delle attività rischiose, tramite le fattispecie di pericolo astratto, purché stigmatizzanti condotte effettivamente lesive o attraverso illeciti contravvenzionali. Sulla costituzionalità delle forme di tutela anticipate attraverso la categoria del pericolo astratto si veda: CANESTRARI, *Reati di pericolo*, cit., 7 ss.; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind.pen.*, 1994, 275 e 280 ss.. Sul ricorso a fattispecie di pericolo astratto nella definizione del rischio consentito nell'ambito delle attività pericolose si veda: DONINI, *Teoria del reato*, cit., 189; ID., *Selettività*, cit., 371; ID., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale*, cit., 115. Nel panorama europeo le posizioni dottrinarie risultano alquanto diversificate, sul punto, BARBERO SANTOS, *Contribucion al estudio de los delitos de peligro abstracto*, in *ADP*, 1973, 484, 487; TORIO LOPEZ, *Los delitos del peligro ipotetico. (Contribucion al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, in *ADP*, 1981, 825. In senso critico, HASSEMER, *Kennzeichen*, cit., 380, il quale ritiene che i reati di pericolo astratto scemino la possibilità di esercitare il diritto di difesa; si veda, dello stesso Autore, *Symbolisches*, cit., 557. Nello stesso senso, HERZOG, *Limites al control*, cit., 317; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*. Per un'analisi da un punto di vista sociologico si rinvia LUHMANN, *Soziologie de Risikos*, Berlin, 1991, (trad.it.CORSI), *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, 36 e 192, il quale evidenzia che nel passaggio del

incentrato sull'offesa, coincidente con il verificarsi di un macro evento⁵², laddove, invece, i criteri di criminalizzazione, che giustificano la reazione penale, devono poter apprezzare anche la *dannosità sociale*, quale valutazione esterna e distinta rispetto alla offensività insita nella fattispecie penale⁵³.

La scelta di adottare fattispecie di pericolo astratto, inoltre, può essere dettata da ragioni di opportunità, in quanto risultano funzionali alla stabilizzazione di *standards* comportamentali individuati dal legislatore, il quale, non solo può disporre di una serie di conoscenze maggiori rispetto a quelle dei titolari dei processi produttivi, ma è il solo ad essere legittimato a realizzare un equilibrato bilanciamento fra interessi confliggenti⁵⁴.

Quanto affermato porta a considerare la possibilità che si verifichi una situazione di pericolo penalmente rilevante anche nell'area definita dai valori soglia, ovvero anche quando una condotta risulti atipica, ma si dimostri foriera di pericolo nella situazione concreta.

In particolare, la funzione dei limiti tabellari, richiamati da una norma incriminatrice, è di selezionare condotte già caratterizzate da un grado di pericolosità, sebbene giuridicamente consentito. Questa tolleranza giuridica non sembra, però, costituire un limite legale dell'art.674 c.p.⁵⁵.

In questo senso l'attività della magistratura assume un ruolo suppletivo rispetto alle scelte e ai mezzi della P.A., in vista di un rafforzamento della tutela dell'incolumità pubblica

Un riscontro a livello applicativo della tesi sostenuta è offerto da un consolidato orientamento giurisprudenziale⁵⁶ che, nel valorizzare la *ratio* di tutela dell'art. 674 c.p.,

problema del trattamento del rischio dal sistema politico al sistema giuridico, quest'ultimo reagisce deformando i principi e le logiche giuridiche.

⁵² In questo senso, GIUNTA, *Quale giustificazione*, cit., 269.

⁵³ In questo senso PALAZZO, *I confini*, cit., 477.

⁵⁴ FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441; GRASSO, *L'anticipazione di tutela*, cit., 697.

⁵⁵ Sui valori soglia quali presupposti di operatività della sanzione penale, rispetto a condotte già pericolose, si veda CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «contravvenzionale»*, Padova, 1996, 80, 104.

⁵⁶ Sul punto si veda: Cass., 25 giugno 1999, in *Dir.pen.proc.*, 2000, 1496, con nota di ROSSI; Cass., 4 dicembre 1997, in *Cass.pen.*, 1999, 155; Cass., 11 aprile 1997, in *Cass.pen.*, 1998, 1107; Cass., 7 novembre 1995, in *Cass.pen.*, 709; Cass. 21 dicembre 1994, in *Riv.pen.*, 1996, 1249; Cass., 7 aprile 1994, in *Cass.pen.*, 1995, 2147; Cass., 23 novembre 1993, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1994, 689; Cass. 6 aprile 1993, in *Giust.pen.*, 1994, II, 80, 376; Cass., 2 luglio 1992, Ced. 191338; Cass., 18 marzo 1992, in *Cass.pen.*, 1992, 3123; Cass., 21 novembre 1991, in *Cass.pen.*, 1993, 1714; Cass., 12 febbraio 1992, in *Riv.pen.*, 1992, 854; Cass., 23 gennaio 1991, in *Giust.pen.*, 1992, II, 80; Pret. Terni 21 settembre 1989, in *Riv.pen.*, 1990, 58; Trib. Vicenza, 16 maggio 1979, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1980, 343, con nota di MUCCIARELLI, *Casi non consentiti dalla legge ex art.674 c.p. e normativa sull'inquinamento atmosferico*; Cass., 08 giugno 1974, Ced. 12712; Cass., 11 marzo 1975, Ced. 129497; Cass., 29 ottobre 1976, Ced. 135202; Cass., 9 aprile 1977, Ced. 135630; Cass., 12 maggio 1977, Ced. 135853. Contra: Pret. Desio, 24 maggio 1989, *ivi*; Pret. Sestri Ponente, 25 luglio 1989, in *Cass.pen.*, 1990, I, 1811. Che l'operatività dell'art.674 c.p. non possa essere subordinata alla definizione di limiti tabellari è del resto confermato anche dalle disposizioni in materia di inquinamento atmosferico l.n.615/66, che nel prevedere

richiede l'accertamento concreto dell'idoneità del getto pericoloso a molestare, prescindendo dalla presenza di autorizzazioni o di valori soglia⁵⁷.

A supportare la classificazione dell'art.674 c.p. come fattispecie di pericolo concreto vi è anche una ragione fondata su elementi di ordine letterale. Sebbene sia annoverabile fra i reati di pericolo comune, con soggetto passivo indeterminato, la norma non descrive un pericolo generico per l'incolumità pubblica, bensì tipicizza una condotta di molestia per le persone. Questo impone l'accertamento della presenza di soggetti passivi determinati nella *concreta* situazione offensiva⁵⁸.

In particolare nel codice Rocco, l'uso del termine "atto a" si riferisce all'idoneità e all'attitudine, che rappresentano alcuni elementi sintomatici di un tipo normativo per alcuni aspetti incompleto, che necessita di essere integrato da una valutazione in concreto.

Tale valutazione ha come oggetto una potenziale relazione causale fra la condotta ed un evento futuro, percepito come evento incerto e sfavorevole⁵⁹.

Il concetto di molestie

Annoverato l'art.674 c.p. nella categoria dei reati di pericolo concreto, un nodo interpretativo di particolare problematicità è la definizione del concetto di *molestie*. La relazione, che si spiega attraverso un giudizio di possibilità, a seconda dell'orientamento teorico che si accoglie⁶⁰, può avere diversi gradi di verificabilità. In questa analisi, pur utilizzando il parametro più restrittivo, imperniato su una prognosi postuma a base

espressamente quale fattispecie penale l'emissioni di tipo domestico superiori ai limiti tabellari, coprirebbe totalmente l'ambito di applicazione della contravvenzione codicistica. Infatti si genererebbe un concorso apparente di norme, in cui dovrebbe prevalere la norma speciale, art. 15 l.n. 615/66 sulla norma del codice penale, questa conclusione è sicuramente smentita dall'analisi del materiale giurisprudenziale. Tale soluzione si armonizzerebbe, del resto, con scelte di politica criminale volte alla tutela degli interessi diffusi, pertanto ispirata ad una prassi di bilanciamento fra libertà economica ed esigenze di tutela. Sul punto si veda: BAJNO, *Ambiente (tutela dell') nel diritto penale*, in *Dig.disc.pen.*, 1985, 115; PICOTTI, *Versamento di rifiuti mediante autobotti: il concetto di scarico e la disciplina dei fatti concorrenti con l'inquinamento delle acque*, in *Giur.mer.*, 1981, 1364, in particolare 1377.

⁵⁷ La collocazione dell'art. 674 c.p. tra le contravvenzioni di pericolo concreto sembra corretta e confermata anche dalla sua "sopravvivenza" al recente processo di depenalizzazione, che, coerente con una logica deflativa, ha espunto, dal panorama codicistico, la maggior parte delle contravvenzioni di pericolo astratto e presunto concernenti l'incolumità pubblica, ispirandosi al criterio della minima esiguità. Sul punto si vedano: DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflative e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, 1407; GIUNTA, *La scommessa di un'efficacia repressiva attraverso "costose" sanzioni amministrative*, in *Diritto e Giustizia*, 2000, 49; PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n.507 del 1999. Lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1379, 2000;. Per un'analisi comparata sui rapporti fra sistema codicistico e legislazione complementare, in una prospettiva di riforma, si veda DONINI, (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, *passim*.

⁵⁸ Sul punto PARODI GIUSINO, *Il pericolo*, cit., 251, nota 167 e 264.

⁵⁹ Sul pericolo, inteso come giudizio di relazione; ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 19 e 31; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 21 ss; PARODI GIUSINO, *Il pericolo*, cit., 188.

⁶⁰ Sul punto si veda: GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 688, 692.

parziale, integrata dal requisito della prevedibilità delle condizioni da assumere nel giudizio di pericolosità⁶¹, è un dato fuori discussione che l'elettrosmog possa *molestare* le persone. Tale correlazione è attestata in concreto dai disagi lamentati dagli individui che vivono in prossimità di elettrodotti ed è documentata da una vasta letteratura scientifica⁶².

La questione nodale attiene, in realtà, non ai criteri di accertamento del pericolo, ma al significato del termine molestia, la cui valenza semantica illumina l'area di operatività dell'art.674 c.p.. Per integrare l'ipotesi contravvenzionale prevista dall'art.674 c.p. non è necessario accertare un causalismo patologico dell'elettrosmog, comprovato dai risultati delle ricerche epidemiologiche. Se si rendesse necessaria tale prova, sfumerebbero i confini fra l'art.674 c.p. e le ipotesi di lesioni e/o omicidio colposo⁶³. Una maggiore coerenza sistematica induce, invece, a riferire il concetto di molestia ad un più attenuato stato di disagio o di fastidio per le persone, evitando in questo modo sovrapposizioni con il concetto di malattia, requisito strutturale della fattispecie di lesione. Del resto questa è la valenza che la stessa giurisprudenza gli attribuisce⁶⁴.

Viceversa, forzare il concetto di molestia, ricorrendo ad un significato diverso da quello di uso comune, assumendolo, quindi, in una più ampia valenza semantica, potrebbe trovare giustificazione solo attraverso un'argomentazione fondata su una precomprensione dell'elemento di fattispecie legata al bene giuridico. Il concetto di molestia mostrerebbe, in questo caso, una duttilità ed un'elasticità tale da trasformare e dilatare l'operatività dell'art. 674 c.p., fino ad includere situazioni di maggiore gravità,

⁶¹ La teoria utilizzata, cui ci si riferisce, è stata elaborata in Italia da PARODI GIUSINO, *op.cit., passim*, cui si contrappone un diverso orientamento, propriamente oggettivista, che esclude la possibilità di "contaminare" il giudizio di pericolo, per sua natura oggettivo, con un giudizio soggettivo, contaminazione realizzata attraverso il riferimento alla prevedibilità delle condizioni rientranti nella base di giudizio di probabilità, in questo senso ANGIONI, *op.cit., passim*. Si veda, inoltre, CANESTRARI, *Reati di pericolo*, voce, *Egt*, 1991, 1; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 17 ss..

⁶² Sul punto si veda RAMACCI/MIGNATI, *Inquinamento elettromagnetico*, cit., 7.

⁶³ La stessa giurisprudenza pone questa distinzione rispetto "agli effetti", ovvero all'evento di danno o di pericolo per definire, ad esempio, i confini fra il delitto di ingiuria ex art.594 c.p. e la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., sul punto Cass., 21 giugno 1969, Ced. 111943.

⁶⁴ Sull'interpretazione della giurisprudenza del concetto di molestia si vedano: Cass., 21 luglio 1970, Ced. 114989, "molestia è ciò che reca fastidio all'equilibrio psichico di una persona"; Cass., 22 settembre 1973, Ced. 124926; Cass., 25 maggio 1974, Ced. 126926; Cass., 9 aprile 1977, Ced. 135630, che equipara le molestie al fastidio. Cass., 25 novembre 1982, Ced. 156360, sugli odori nauseabondi, nello stesso senso si veda altresì Cass., 19 dicembre 1989, Ced. 182869; Cass., 5 settembre 1991, Ced.188115; Cass., 15 novembre 1993, Ced. 197894; Cass., 18 novembre 1993, in *Cass.pen.*, 1995, 282; Cass., 7 aprile 1994, Ced. 198072; Cass., 10 gennaio 1995, Ced. 200094; Cass., 22 gennaio 1995, Ced. 203793. Cass., 4 luglio 1986, Ced. 174195: «il termine "molestia alla persona" deve intendersi ogni fatto idoneo a recare disagio, fastidio o disturbo ovvero a turbare il modo di vivere quotidiano», conf. Cass., 15 novembre 1993, Ced. 197893. Il concetto di molestie viene assunto, quindi, quale situazione più attenuata del concetto di pericolo alla salute Cass., 7 aprile 1994, cit. (nota 56). Si vedano inoltre in una valenza più generica e comune del termine l'interpretazione accolta nelle sentenze: Cass., 30 aprile 1988, Ced. 1782669; Cass., 3 luglio 1995, Ced. 201927; Cass., 2 febbraio 2001, Ced. 217968.

come l'effettivo pericolo o lesione del bene incolumità pubblica⁶⁵. Si introdurrebbe, in via interpretativa, un ulteriore criterio selettivo, in grado di escludere dall'ambito del penalmente rilevante condotte che non giungano ad un tale livello di pericolosità e/o lesività.

Nondimeno, il tentativo di pervenire a tale esito interpretativo attraverso il riferimento al bene giuridico di categoria si rileva del tutto inane. Rispetto all'interpretazione di illeciti contravvenzionali, la funzione ermeneutica del bene giuridico di categoria è, infatti, talmente labile da non permettere di cogliere alcuna correlazione fra molestia, elemento costitutivo dell'art.674 c.p., e "incolumità pubblica". Lo stesso titolo/rubrica classifica tali reati non come contravvenzioni "contro l'incolumità pubblica", bensì come contravvenzioni "concernenti l'incolumità pubblica", a sottolineare la tenue relazione fra gli elementi di fattispecie e il bene giuridico di categoria⁶⁶.

Il processo di elefantiasi, che caratterizza la delimitazione di alcuni beni giuridici, vanifica la ricerca di qualsiasi criterio selettivo di condotte penalmente rilevanti, ancorato ad un giudizio di offensività, per l'impossibilità di individuare comportamenti singoli dotati di un'effettiva o potenziale capacità lesiva rispetto ad un oggetto di tutela di così ampia portata. La dilatazione del bene giuridico, oltre a sminuire la sua funzione ermeneutica, determina anche il fallimento di qualsiasi obiettivo garantistico, di contenimento della reazione punitiva, riflettendosi, tale "anomalia", sulla costruzione della fattispecie, la quale sfuma verso valutazioni di pericolo, talvolta difficilmente afferrabile⁶⁷.

L'evanescenza del bene giuridico svisciva, nello stesso tempo, anche qualsiasi finalità politico criminale di difesa sociale.

Focalizzando, invece, l'attenzione sui singoli elementi di fattispecie, valorizzando il contesto fattuale e relazionale, cui la norma si riferisce, è possibile approdare ad una tesi interpretativa, in grado di concretizzare nel fatto tipico solo quelle situazioni di pericolo riferibili a singoli individui. Tale opzione ermeneutica risulta più coerente non solo con il testo legislativo, che pone il concetto di molestie in un contesto relazionale circoscritto e definito dalla presenza di persone, ma anche con gli orientamenti giurisprudenziali maggioritari⁶⁸.

⁶⁵ Sulla funzione ermeneutica e critica del bene giuridico si veda, ANGIONI, *Concetto e funzioni del bene giuridico*, cit., *passim*; ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 417.

⁶⁶ Un'analisi dell'illecito contravvenzionale pone in risalto la difficoltà di: «reperire paradigmi e teorie generali», sul punto, DONINI, *Il delitto contravvenzionale. Culpa iuris e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 82, in particolare, sul bene giuridico, 140 ss.. Sul rapporto fra illecito contravvenzionale e bene giuridico, si veda: FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 42; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 519 ss.; PADOVANI, *Delitti e contravvenzioni*, in *DDP*, 1989, 321; ID., *Tutela dei beni e tutela delle funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni e illecito amministrativo*, in *Cass.pen.*, 1987, 670.

⁶⁷ Sul punto, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 67; DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 145; HASSEMER, *Kennzeichen*, cit., 378; PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., 481, il quale individua tra i criteri di criminalizzazione quello di "concretizzazione dei beni giuridici".

⁶⁸ Si rinvia alla nota 64, per i riferimenti giurisprudenziali. In dottrina, GRASSO, *cit.* 697.

Ad escludere la legittimità di un'interpretazione del concetto ampio di molestia concorre un motivo di carattere sistematico, dovuto all'incoerenza che si produrrebbe rispetto alla risposta punitiva. L'equilibrio sanzionatorio risulterebbe, infatti, compromesso, se ad integrare la fattispecie prevista dall'art. 674 c.p., fosse necessario l'accertamento di un'eziologia di tipo patologico. Ciò potrebbe creare non solo una sovrapposizioni di norme (es. lesioni e getto pericoloso), ma anche un uso distorto della fattispecie contravvenzionale la cui operatività scavalcherebbe il circoscritto ambito legalmente definito delle molestie, per applicarsi a situazioni macroscopicamente più gravi⁶⁹.

La validità di tale considerazione è avvalorata dall'analisi della dimensione applicativa della norma; se si accettasse l'equiparazione fra molestia e malattia, l'art.674 c.p. coprirebbe una gamma di azioni umane talmente vasta da comprendere dal lancio di uova⁷⁰ o esalazioni maleodoranti di abitazioni⁷¹, fino alla causazione di eventi fatali, presumibilmente legati all'inquinamento elettromagnetico.

5. Limiti tabellari e colpa

Criticabile è, inoltre, la stessa impostazione dalla S.C., in quanto – come si è visto – collega i limiti tabellari all'elemento obiettivo, in funzione delimitativa del giudizio di pericolo, inteso quale elemento di fattispecie. Da un punto di vista logico-sistematico, sarebbe stato più coerente valorizzare tali parametri nel giudizio di pericolosità, insito nel carattere empirico e fattuale della colpa.

I valori soglia fissati per decreto non possono, infatti, essere assunti quale indice del rischio c.d. oggettivo-epistemologico, in quanto introdurrebbero un criterio di astrazione, incompatibile con il carattere di pericolo concreto della fattispecie *ex art.* 674 c.p., che fondando la valutazione sul carattere di pericolosità espressa, impone di attenersi a criteri esclusivamente oggettivi, scevri da condizionamenti normativi⁷².

I limiti tabellari possono, tuttavia, rappresentare una concretizzazione della dimensione del rischio consentito⁷³, quale indice del rischio c.d. situazionale, presente nell'imputazione colposa. Questa valutazione, sebbene condivide la stessa base

⁶⁹ L'esigenza di un'equilibrata risposta sanzionatoria passa attraverso un bilanciamento fra oggetto della tutela e oggetto della reazione penale, in una visione dinamica che permetta di valorizzare anche le modalità di aggressione penalmente rilevanti, sul punto ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 156. Di un uso distorto del concetto di molestia si hanno esempi in una giurisprudenza non più recente, che applicava la contravvenzione di cui all'art.660 c.p. ai casi di molestie sessuali, individuando, quindi, il bene giuridico nell'ordine pubblico. Si veda: Cass., 26/06/1965, Ced 099750; contra Cass., 22/01/1971, Ced 118647; Cass., 10/12/1973, Ced. 125701; più di recente Cass., 22 novembre 1995, Ced. 202968.

⁷⁰ Tale interpretazione è stata accolta dalla Cass., 3 luglio 1995, Ced. 201927.

⁷¹ Sul punto Cass., 15 novembre 1993, Ced. 197894.

⁷² Sul punto ANGIONI, *Il pericolo*, cit., 172; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 26 ss., 49.

⁷³ Sulla rilevanza penale dei limiti tabellari solo nell'ambito del giudizio di colpa si veda, PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1996, 1147.

ontologica del giudizio di pericolo, è subordinata ad una serie di valutazioni anche normative, frutto di continui bilanciamenti.

In questo senso troverebbe spiegazione anche il getto di cose non autorizzato, ipotesi residuale dell'art. 674 c.p.. Anche in questa ipotesi la definizione del rischio consentito non incide sulla valutazione di pericolosità del getto di cose, realizzato fuori dai casi previsti dalla legge, bensì trova maggiore coerenza sistematica sul piano soggettivo dell'illecito.

Nel corso dell'analisi, il concetto di rischio consentito è stato utilizzato implicitamente con un'accezione generica, quale sinonimo di rischio lecito, tollerato, adeguato⁷⁴.

Cercando di specificare una delle funzioni storicamente attribuite a tale categoria, in riferimento al contesto di analisi, è possibile valorizzare il collegamento fra rischio consentito e responsabilità colposa, interpretando la definizione di liceità attraverso valori-soglia quale strumento idoneo a temperare il rigore dei giudizi di prevedibilità e di evitabilità nell'imputazione colposa⁷⁵.

L'esigenza di una migliore comprensione del caso concreto, rispetto all'aspirazione ad un'approfondita trattazione dottrinale, impongono una delimitazione del contesto, entro il quale una simile categoria generale deve essere indagata.

Pertanto, pur nella consapevolezza del ruolo fondamentale del rischio consentito nell'ambito delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, il carattere di tipo casistico della riflessione qui svolta rende opportuno focalizzare l'attenzione sul rapporto fra rischio consentito e colpa⁷⁶.

⁷⁴ Sulle diverse aggettivazioni del rischio quale motivo di esclusione della punibilità si veda: CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 143; MAIWALD, *Il concetto di rischio*, cit., 175; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 8, 35, 60; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974, 15.

⁷⁵ Nell'ampio panorama dottrinale si veda: GALLO, *Colpa penale*, (voce), in *Edd*, 1960, 624, 640; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 185; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 59, 141. Il rischio consentito si "innesta" sui giudizi di prevedibilità e di evitabilità, temperando i loro rigore nell'ambito delle attività pericolose, in questo senso: CANESTRARI, *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust.pen.*, 1985, II, 520, 539; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., 173; PAGLIARO, *Principi di diritto*, cit., 299.

⁷⁶ Sul punto si rinvia all'ampia elaborazione dottrinale: CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 90 ss; ID., *La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell'infezione-Hiv nell'orientamento del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1991, IV, 148; ID., *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust.pen.*, 1985, II, 520; CASTALDO, *Aids e diritto penale*, in *St. Urb.*, 1988, 1; ID., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, 1096; ID., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *St.Urb.*, 1987, 125; ID., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 881; DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte I, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, 588; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, *passim*; EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, 1053; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 362, 368 nota 32; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 21 ss., 78, 147; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.*, Berlin, 1996, 284; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 9; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1995, 284, 367; ROXIN, *Strafrecht A.T.*, München, 1997, 292 ss, 309. In senso critico, MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione*

La determinazione normativa delle distanze dagli elettrodotti e dell'intensità del campo elettromagnetico può costituire, infatti, un limite dell'imputazione colposa. Se si accerta che i valori soglia hanno un contenuto preventivo e si assume che tali limiti siano funzionalmente equivalenti ad una regola cautelare, è possibile riconoscere la loro idoneità a sostanziare il dovere di diligenza ex art. 43 c.p..

La formulazione di una regola cautelare attraverso criteri di ordine numerico richiede un'indagine volta ad accertare, in primo luogo, l'operatività e l'eshaustività di tali disposizioni rispetto alle esigenze preventive, espresse dall'ordinamento nel dovere di diligenza. Ovvero si pone il problema se il contenuto cautelare, che concretizza il dovere di diligenza, si esaurisca totalmente nella definizione di limiti tabellari.

La ricostruzione del contenuto della regola cautelare impone un procedimento ermeneutico che, da un lato, assuma i giudizi di prevedibilità e di evitabilità come criteri di individuazione della regola stessa e, dall'altro, si mostri sensibile alle esigenze di libertà d'azione che trovano riconoscimento a livello normativo in una dimensione tollerata di rischio.

Questo significa che sui giudizi di prevedibilità e di evitabilità deve innestarsi la valutazione del rischio consentito⁷⁷, in modo che la disciplina delle attività rischiose, tenda, attraverso un bilanciamento fra esigenze contrapposte, ad una sintesi normativa di visioni prospettiche antagoniste: libertà di azione e tutela dei beni giuridici⁷⁸.

Quale espressione di un insopprimibile confronto dialettico nell'ambito delle società pluraliste, la logica del bilanciamento impedisce che il prevalere di un polo di interesse sull'altro conduca ad una visione totalizzante, in cui si assicuri una tutela assoluta ad un valore, con la conseguente soccombenza di altri e diversi interessi⁷⁹.

oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 3; HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 745.

⁷⁷ CANESTRARI, *Profili di responsabilità colposa*, cit., 539; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., 173.

⁷⁸ ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 14; CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 145; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 189, 240; MILITELLO, *Rischi e responsabilità*, cit., 58, 124, 140; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 321.

⁷⁹ Sul punto: SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisierung und Utopie. Fest. Für Forsthoff*, Stuttgart, 1967, 37, trad.it. *La tirannia dei valori*, in *Rass.dir.pubb.*, 1970, 1, il quale evidenzia la natura ideologica di un discorso fondato sui valori, sottolineando come: «Economia, mercato e borsa, sono divenuti in tal guisa il terreno di tutto ciò che viene chiamato in modo specifico un valore. Su questo terreno economico, ogni "valore" non economico, per quanto alto, vale solo come sovrastruttura, che viene attratta dalla legge del suolo». La necessità di individuare attraverso un bilanciamento di interessi una soglia di rischio nell'ambito delle attività rischiose, in modo da assicurare la tutela di interessi soccombenti, è ben evidenziata da BRICOLA, *I problemi giuridici relativi alla sperimentazione dei farmaci*, in *Scritti di diritto penale*, cit., 811, 822; CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 124 ss., 145; CASTALDO, *La concretizzazione*, cit., 1100; DE VITA, *op. cit.*, 99; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 253 nota 250; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 209; MARINUCCI/DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 333, 338 ss; MILITELLO, *op.cit.*, 14 ss e 61 ss., 101, 188; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 320; SGUBBI, *Responsabilità*, cit., 63 e 137. Sul punto si vedano le considerazioni di FIORE, *L'azione socialmente adeguata*, cit., 170, il quale afferma: «Si deve considerare, però, che la cautela doverosa nella vita di relazione non corrisponde ad un comando generico di astenersi da ogni e qualsiasi azione, suscettibile di cagionare un danno ai terzi: una norma di questo tipo condannerebbe primo o poi il genere

In questo modo è possibile riconoscere una dimensione lecita delle attività rischiose, che conduce ad una ricostruzione della tipicità colposa, funzionale ad un apprezzamento dinamico e storicizzato dei beni giuridici⁸⁰.

Viceversa, ricorrere esclusivamente ai giudizi di prevedibilità e di evitabilità, arresta il procedimento dell'imputazione colposa ad una dimensione statica di difesa sociale, che esclude qualsiasi apertura del diritto verso nuovi orizzonti di libertà. Da un punto di vista applicativo, sono evidenti i limiti di questa impostazione rispetto alle attività rischiose, in quanto il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso o pericoloso ha sempre esito positivo, per la natura pericolosa del tipo di attività; coerentemente a tale valutazione prognostica, il corrispondente giudizio di evitabilità è sempre formulabile sulla base di un dovere di diligenza che si concretizzi nell'obbligo di astensione⁸¹.

Rispetto all'esercizio di attività rischiose, l'ingresso nel processo di imputazione colposa di un'insopprimibile area di tolleranza giuridica garantisce l'armonia e la tassatività dell'ordinamento giuridico⁸², in quanto si appianano le contraddizioni di un sistema che, da un lato, autorizza determinate condotte nell'ambito di attività pericolose e, dall'altro, punisce la realizzazione dei rischi impliciti nell'attività stessa.

umano ad un'inerzia quasi totale, poiché in quasi tutte le attività della vita si può dire che sia implicito un certo margine di rischio per sé e per gli altri, che ciascuno di noi prevede ed accetta come parte integrante della vita quotidiana». In un diverso contesto – quello della libera manifestazione del pensiero – si vedano le osservazioni di CANESTRARI, *Profili penali di responsabilità colposa*, cit., 524. Per una lettura costituzionalmente orientata, in cui si riconosce tutela giuridica ad interessi esterni all'esercizio di una libertà fondamentale quale è la libertà di impresa si veda: ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., 14 ss.. Ad esempio rispetto alla tutela della sicurezza, libertà, dignità umana il diritto penale del lavoro si pone come limite costituzionalmente legittimo alla libertà di iniziativa economica: PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig.disc.pen.*, 1993, 64 ss.. Stessa prospettiva è esportabile nel sistema della responsabilità per danno da prodotto RIONDATO, *Danno alla salute cagionato dal produttore e rischio consentito*, in *Riv.pen.econ.*, 1992, 392.

⁸⁰ La dottrina tedesca ha cercato di enucleare diverse classi di attività, in base alla combinazione dei diversi parametri di giudizio, sul punto si veda, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte*, in *JA*, 1975, 575; che distingue fra attività voluttuarie, attività socialmente consuete, attività socialmente utili, attività socialmente necessarie. Mentre JAKOBS, *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, 125 ss. distingue fra attività la cui pericolosità è di minima portata o *Mindestrisiko*, attività di per sé pericolose, ad esempio un'industria, o *Grundrisiko*, e attività con rischi accresciuti, o *erhöhtes Risiko*. Indica una molteplicità di fattori che interagiscono nella definizione di rischio anche MILITELLO, *Rischio*, cit., 159, 171. Secondo GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 189, *punctum dolens* della teoria del rischio consentito è proprio l'individuazione dei criteri di bilanciamento.

⁸¹ Sul punto, EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa*, cit., 1074; FIORE, *L'azione socialmente adeguata*, cit., 170; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 312; GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999., 86; ID., *Illiceità e colpevolezza*, cit., 210, 234; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 70 ss., 141.

⁸² GALLO, M., *Colpa penale*, cit, 624, e in particolare 640 ss.. Si veda inoltre GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regole cautelari*, in *Dir.pen.proc.*, 1999, 1295 ss.; ID., *La normatività della colpa*, cit., 86; ID., *Illiceità e colpevolezza*, cit., 185 e 212; RODOTÀ, *Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, in *Pol.crim.*, 1978, 413, il quale evidenzia come l'introduzione della responsabilità per colpa contribuisce a ridurre il rischio di impresa e ad allargare l'area dell'agire imprenditoriale libero da costrizioni.

Operativamente questa soluzione si realizza temperando il rigore dei giudizi di prevedibilità e di evitabilità alla luce degli spazi di libertà riconosciuti dall'ordinamento, in modo da sottrarre all'attività interpretativa del giudice una valutazione di opportunità che solo il legislatore può compiere nell'ambito di scelte di politica criminale, recuperando il valore della certezza del diritto⁸³.

La ricostruzione della regola cautelare, inserita in questa visione dinamica, deve articolarsi, necessariamente, attraverso un particolare finalismo preventivo, in modo da orientare la valutazione di illiceità solo rispetto ad alcune modalità di produzione del danno⁸⁴. In questo percorso ermeneutico emerge un apparato di norme cautelari dalla natura frammentaria e puntiforme, che permette di specificare i singoli giudizi rispetto alle condotte realizzate nell'esercizio di un'attività consentita⁸⁵.

Coerentemente con un'equilibrata valutazione delle esigenze di tutela e di garanzia, si deve, innanzitutto, escludere qualsiasi equiparazione fra la nozione di attività rischiosa e la nozione di condotta nel sistema penale. Il concetto di attività non ha cittadinanza in una dimensione sistematica dell'illecito, ma esprime una sintesi di situazioni e di valutazioni che l'ordinamento compie nel riconoscere la liceità del suo esercizio. Questa realtà, sottintesa dalla locuzione di attività rischiosa, socialmente utile, presenta una serie di punti di contatto con la struttura e il contenuto delle condotte che al suo interno si realizzano, ma è un'influenza che non si esprime attraverso un processo di sussunzione della singola condotta sotto il generico concetto di attività rischiosa, così da estendere il carattere di liceità di quest'ultima a tutte le modalità comportamentali in essa comprese⁸⁶. In altre parole un'attività consentita non legittima alcuna inferenza sul carattere lecito delle condotte attraverso cui è organizzata⁸⁷.

⁸³ Sul punto, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1070; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 107.

⁸⁴ In questo senso, CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 85, 147; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 503; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 181, 183, 210; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 150.

⁸⁵ Rinunciando a tale modello cautelare, si pone, come alternativa, il modello civilistico, basato su clausole generali, il quale, oltre a generare intollerabili punti di attrito con il principio di tassatività, rischia di ridurre ogni valutazione ad uno schema semplificato del lecito/illecito riferito all'attività, per cui tutte le condotte, realizzate nell'ambito delle attività consentite, risultano lecite e, viceversa, tutte le condotte riferibili ad attività non consentite si assumono come illecite, riproponendo una forma di *versari in re illicita*. Del resto questo sistema di responsabilità è ampiamente utilizzato nell'ambito dell'illecito civile, ove, sul dato normativo dell'art. 2050 c.c., è possibile argomentare l'esistenza di un'inversione dell'onere della prova o di presunzioni di responsabilità nell'ambito delle attività rischiose. Ma deve essere chiaro, che la responsabilità civile risponde, quasi esclusivamente, alla logica di una migliore allocazione del rischio, mostrandosi del tutto insensibile alle riflessioni penalistiche sulle garanzie. Nell'ambito delle attività rischiose, l'argomentazione critica, propria della scienza penalistica, è fondata sul *Zufallargument*, in base al quale si evidenzia come la responsabilità colposa si avvicini a forme di responsabilità dovute al mero caso. Ciò ha indotto parte della dottrina a rivedere in modo critico la validità dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, sul punto, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1078; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 77, 88, 179; FORTI, *op.cit.*, 333; MILITELLO, *Rischio*, cit., 131.

⁸⁶ Sulle possibili strumentalizzazioni dei concetti di rischio consentito, tese a creare forme di *versari in re licita* si veda: MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, op.cit., 77 e 161. Parla della funzione del rischio consentito quale "cappello protettivo", FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 311 ss.. In questo senso: DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 412, il quale limita la rilevanza delle autorizzazioni delle attività pericolose

Il riflesso, che l'attività consentita ha sul contenuto e sulla struttura dell'illecito, è tale, invece, da condizionarne la definizione della tipicità da un punto di vista sostanziale⁸⁸.

Il risultato interpretativo, cui si giunge nella ricostruzione della regola cautelare, ha origine, infatti, da un confronto e da una reciproca integrazione fra il contenuto delle norme di libertà e il contenuto delle norme cautelari. Ovviamente sarà necessario selezionare i termini di tale confronto sulla base di un criterio di omogeneità, rappresentato dalla specifica valutazione dell'opportunità e della necessità preventiva, fondamento comune sia del giudizio di liceità, sia del giudizio di colpa. Saranno comparabili, e quindi suscettibili di integrazione, solo le norme di libertà e le norme precauzionali che si fondano sulla valutazione della medesima base di rischio. Solo una simile selezione risponde ad un ordine sistematico che spiega come la libertà di agire sia condizionata ad una serie di misure cautelari, il cui contenuto è espressione di interessi contrapposti. Tali limiti costituiscono limiti interni al concetto di libertà, che non spiegano il rapporto fra norme concorrenti attraverso meccanismi di prevalenza, propri delle norme scriminanti, bensì richiedono una reciproca considerazione nel tentativo di costruire una disciplina equilibrata delle attività rischiose⁸⁹. La delimitazione della dimensione lecita rappresenta, in questo modo, un nodo comunicativo fra l'esercizio di attività pericolose e il dovere di diligenza, assunto come condizione di liceità dell'attività stessa⁹⁰.

Il tentativo di organizzare in modo coerente l'apparato normativo che disciplina le attività rischiose richiede, quindi, un'indagine sulle ragioni che ne fondano la liceità e le esigenze che impongono il rispetto di misure cautelari.

sul piano della colpevolezza, non riconoscendo, quindi, la natura di causa di esclusione della illiceità, dovuta ad un generico consenso da parte dell'ordinamento. Sulla necessità di arginare le forme di elusione della responsabilità penale nell'ambito di attività pericolose, ricorrendo a strumentalizzazioni del principio di colpevolezza, si veda inoltre MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., 68 ss.. Si vedano inoltre le riflessioni di BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a proposito del caso "Seveso")*, in *Quest.crim.*, 1978, 101, il quale evidenzia la necessità di vietare completamente alcuni tipi di produzione particolarmente pericolose. Autorizzare infatti attività pericolose, senza che sia possibile, attraverso una regolamentazione delle modalità di produzione e di organizzazione dell'impresa, garantire il controllo del rischio, di fatto si traduce nell'immunità per chi tale attività esercita, essendo implicito come sia umanamente impossibile trovare strumenti preventivi per evitare il verificarsi di danni, connessi all'attività di impresa.

⁸⁷ Sul punto: DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 76 nota 111 e 332; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 52. Per una critica all'erronea identificazione fra situazioni pericolose, condotte pericolose ed attività pericolose si veda: RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 228 ss; ID., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Ind.pen.*, 1983, 495. Sul rapporto fra attività pericolosa, utilità sociale e illiceità si veda: CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 105.

⁸⁸ Sul punto, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 321, che attribuisce alle regole cautelari un valore indicativo rispetto al carattere permesso o illecito del rischio creato.

⁸⁹ Sui limiti interni, o esegetici, e i limiti scriminanti, o scriminanti, BRICOLA, *Limiti esegetici, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1867 e 1885; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, *passim*. Sulla distinzione fra tipicità e antigiuridicità DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Palermo, 1930, *passim*; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1191.

⁹⁰ Sul punto GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 186, 212, in particolare sulle regole modali.

Questo risulta evidente se si riflette che le ragioni di libertà che l'ordinamento ha ritenuto prevalenti rispetto alle esigenze di tutela si basano sempre su una valutazione rischi/benefici, ed è solo rispetto alle norme cautelari volte a fronteggiare la categoria di rischi, assunta come fondamento della valutazione di liceità, che è possibile riconoscere la funzione delimitatrice attribuita al rischio consentito nell'ambito dei giudizi di prevedibilità e di evitabilità.

Nel ricostruire la regola cautelare, l'interprete, che si avvalga della categoria del rischio consentito per elidere l'illiceità di una condotta, dovrà essere in grado di riflettere l'apprezzamento del legislatore, riproducendo nella decisione del caso concreto il medesimo bilanciamento operato dal legislatore. Ciò significa considerare la stessa classe di elementi, che fondano la valutazione legislativa.

Risulta, perciò, incongruente una decisione che desuma la liceità di una condotta dalla generica autorizzazione all'esercizio di un'attività, perché una simile valutazione nega di fatto le ragioni particolari che hanno portato a ritenere nel giudizio di bilanciamento insufficienti le esigenze preventive. Se si assumesse tale punto di vista, a livello sistematico, le norme di libertà funzionerebbero quali situazioni scriminanti, paralizzando totalmente l'operatività dell'apparato normativo di natura cautelare, mentre, si è visto, che il rapporto fra norme di libertà e norme di tutela non risponde alla logica del concorso apparente di norme, bensì richiede una reciproca integrazione per esaurire e cogliere nella sua globalità la valutazione del legislatore rispetto ad alcune situazioni rischiose.

In generale nella disciplina delle attività rischiose – e ciò emerge soprattutto nell'analisi del dato normativo – la stessa struttura del reato muta, con un'anticipazione dei contenuti espressi nella valutazione dell'antigiuridicità già a livello di definizione del fatto tipico. Ovvero l'operazione di bilanciamento fra interessi contrapposti, tradizionalmente collocato nell'ambito delle cause di giustificazione, viene realizzata a livello astratto dal legislatore. I limiti esterni, scriminanti, vengono "internizzati" nel fatto tipico, trasformandosi in limiti esegetici, volti alla definizione della materia del divieto⁹¹.

Pare ovvio che lo spazio giuridico di tolleranza riservato ad attività rischiose sia stato ritagliato sulla base di una comparazione di rischi specifici e di corrispondenti benefici. Altera la *ratio* della norma, che definisce gli spazi giuridici di tolleranza, la decisione

⁹¹ Il rischio consentito anticiperebbe il contenuto dell'antigiuridicità già nella tipicità, sul punto si veda: CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 122, 145; DONINI, *Teoria del reato*, cit., 212, 222 e 232; ID., *Selettività*, cit., 361; ID., *Illecito e colpevolezza*, cit., 318; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1074; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 190; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 319: nel sottolineare il costante accostamento fra rischio permesso e principi generali della cause di giustificazione, ne propone una differenza in base all'ambito della loro operatività: il criterio del rischio sul piano della tipicità e le cause di giustificazione sul piano dell'antigiuridicità. Proprio la coincidenza di contenuti spiega come sia stato possibile trasferire dall'antigiuridicità al fatto tipico una valutazione realizzata attraverso un bilanciamento di interessi, operazione tradizionalmente riconosciuta alle cause di giustificazione. Sul rapporto fra rischio adeguato e tipicità, in relazione al concetto di rischio consentito si veda, inoltre, MILITELLO, *Rischio*, cit., 62, 171. Sulla differente funzione dei limiti scriminanti e limiti esegetici si veda: NUVOLONE, *I limiti*, cit., *passim*. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia alla nota 89.

giurisprudenziale che non tenga presente che la sfera di operatività del rischio consentito è limitata solo alla categoria di potenziali lesioni ritenute non meritevoli di tutela penale, ed estenda, di conseguenza, la liceità a tutte le condotte anche se caratterizzate da una diversa potenzialità lesiva, ma riconducibili funzionalmente allo svolgimento dell'attività consentita. È corretto, invece, ritenere che la categoria del rischio consentito, che può trovare concretizzazione anche attraverso la definizione dei valori-soglia, possa sospendere gli effetti dei giudizi di prevedibilità e di evitabilità, operanti nella ricostruzione di una regola cautelare, destinata a fronteggiare solo il rischio che l'ordinamento ha ritenuto opportuno addossare all'intera collettività, escludendo la responsabilità del singolo. Rispetto, invece, a quella classe di rischi ignorata dal legislatore al momento della definizione astratta della dimensione di liceità, sembrerebbe insufficiente un consenso generico espresso dall'ordinamento, rendendosi, invece, necessaria un'attività integratrice dell'interprete, per ridefinire in concreto il rischio consentito⁹².

La disciplina delle attività rischiose, da questo punto di vista, sconta un grosso *deficit* di positività, dovuto, primariamente, alla difficoltà di selezionare un apparato di regole cautelari realmente in grado di anticipare e fronteggiare i pericoli che caratterizzano settori altamente tecnologizzati. La scoperta della regola cautelare segue con grande ritardo gli eventi dannosi, frustrando, così, i suoi scopi preventivi per l'incapacità propria del legislatore di antivedere i rischi connessi a determinate attività. Una riflessione realistica porterebbe ad attribuire a tali discipline un ruolo e una funzione meramente repressiva, nonostante la natura e la finalità precauzionale che apparentemente le anima. Di qui la necessità, da un lato, di riconoscere il ruolo innegabile della giurisprudenza nel colmare i vuoti di tutela legati alla limitata capacità predittiva del legislatore, e, dall'altro, di arginare attraverso una rielaborazione critico-dogmatica, il proliferare di regole cautelari di fonte giurisprudenziale, laddove la valutazione di liceità sia esplicita volontà del legislatore e non frutto di un'imperfetta tecnica normativa, che ha prodotto lacune⁹³.

⁹² Sul punto, GIUNTA, *Illiceità*, cit., 213; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 70.

⁹³ Sono, comunque, evidenti i profili problematici del giudizio di bilanciamento. Richiedendo una relazione fra molteplici elementi, in continua evoluzione, le valutazioni in termini di adeguatezza è tale da rendere qualsiasi definizione esposta all'attività "erosiva" del dinamismo legato allo sviluppo tecnologico e del progresso sociale. È chiaro quindi che ogni giudizio sul limite tollerato rifletta questo carattere mutevole, ponendosi sempre e solo come valutazione provvisoria e parziale dell'attività considerata. Si veda: FIORE, *L'azione*, cit., 170 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 144. Si veda, inoltre, CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 101, il quale afferma: «L'utilità è l'idoneità reale o presunta, ossia oggettiva o ritenuta dal soggetto, di una cosa a soddisfare un bisogno; a sua volta il bisogno definibile, in una terminologia elementare, come lo stato di disagio che spinge l'individuo a procacciarsi il mezzo per far cessare o prevenire la sensazione dolorosa accompagnata alla sensazione di scontento. Questa nozione di microeconomia, volutamente generica, spiega che l'utilità non è fissa, ma oscilla tra minimi e massimi secondo il periodo storico. Le scelte di un preciso momento conducono a ritenere prioritario un traguardo realizzabile mediante quella specifica attività, magari successivamente accantonata per l'obsolescenza tecnologica o per la politica differenziata dei gruppi al potere». Sul punto si veda da una prospettiva di analisi economica del diritto, P. GALLO, *Introduzione*, cit., 79.

Ritornando al caso “elettrosmog”, è necessario chiedersi se i limiti tabellari, assunti come confine fra rischio consentito e rischio illecito, abbiano il carattere di *esclusività*, nel definire e nel concretizzare il dovere di diligenza⁹⁴. Bisogna, cioè, verificare se i limiti tabellari costituiscano una definizione rigida della regola prudenziale, confrontando i presupposti fattuali della sua operatività con i rischi presenti nel caso concreto. Tale confronto prende in considerazione il particolare finalismo del contenuto prudenziale dei limiti tabellari e la loro esaustività rispetto a tutte le situazioni di rischio non tollerato connesse all’attività stessa.

La prima verifica consiste nell’accertare la finalità cautelare di tale disciplina. Il decreto del 1992 è concretizzazione delle disposizioni della legge urbanistica, genericamente riconducibile alla tutela dell’ambiente, ma non della salute⁹⁵.

Anche qualora si attribuisse alla disciplina urbanistica un implicito finalismo cautelare, volto alla tutela della salute, le stesse disposizioni regolamentari, del 1992, risultano avere, comunque, una copertura preventiva parziale.

I limiti stabiliti nel 1992 si basano su una valutazione preventiva riferita solo agli effetti acuti ed a breve termine delle onde elettromagnetiche a bassa frequenza, ignorando completamente gli effetti che l’esposizione a campi elettromagnetici può produrre nel lungo termine. La stessa inadeguatezza dei limiti imposti nel 1992 è del resto testimoniata dal rapporto dell’Istituto Superiore della Sanità n. 31 del 1998, in cui le distanze di sicurezza da ripetitori ed elettrodotti sono quintuplicate rispetto a quelle previste dal decreto⁹⁶.

La limitata copertura preventiva è sintomatica dell’assenza di un coordinamento politico-amministrativo, che avrebbe permesso di enucleare un corpo normativo adeguato a fronteggiare i rischi da esposizioni a campi elettromagnetici. In assenza di un progetto normativo in grado di offrire una tutela preventiva, secondo un modello di integrazione fra il momento repressivo, proprio del diritto penale, e quello compositivo, del diritto amministrativo⁹⁷, pare legittimo sviluppare un processo di imputazione soggettiva dell’evento, attraverso i giudizi di prevedibilità e di evitabilità, laddove è evidente la mancanza di un modello di razionalità culturale, democraticamente definito attraverso le scelte del legislatore. Infatti, il vuoto normativo che caratterizza il fenomeno di inquinamento elettromagnetico, non è il frutto di una scelta operata dal legislatore nel senso di favorire la libertà di impresa, bensì è il risultato di un sciatta attività legislativa, che pur in presenza di rischi generalmente riconosciuti dal mondo scientifico, si astiene dall’intervenire.

⁹⁴ Sul punto GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 221.

⁹⁵ Sul punto in senso diverso si veda: MINGATI, *op.cit.*, 472.

⁹⁶ Sul punto si veda il commento alla sentenza qui esaminata di AVVISATI, in *Ambiente*, 2000, 374. La parziale copertura preventiva dei limiti tabellari è tra l’altro caratteristica ricorrente in materia ambientale, si veda quale esempio la legge Merli, sul punto PATRONO, *Il diritto penale dell’ambiente*, cit., 1147. Per un’ampia panoramica sulle ricerche epidemiologiche sull’elettrosmog, si veda RAMACCI/MINGATI, *Inquinamento*, cit., 11.

⁹⁷ Sul punto si veda CATENACCI, *Tutela penale dell’ambiente*, cit., 128 ss..

Le conoscenze sugli effetti a lungo termine, condivise e riconosciute dalla comunità scientifica già dagli anni sessanta, sono state oggetto di verifica ed accertamento anche in Italia, dove si è svolta una ricerca, a metà degli anni ottanta, che ha coinvolto non solo le istituzioni, ma le stesse forze produttive⁹⁸.

Attraverso la comparazione di risultati provenienti da indagini epidemiologiche, è stata riscontrata un'influenza fra le onde a bassa frequenza e alcuni fenomeni biologici, legati a processi tumorali. Tali dati hanno indotto a modificare l'atteggiamento dell'Istituto Superiore della Sanità e dell'Istituto Superiore della Previdenza e della Sicurezza del Lavoro, i quali hanno optato per l'adozione di un principio cautelativo, di fronte ad un dato che, sebbene non presenti il carattere della certezza, pone comunque in una relazione di probabilità il ruolo eziologico dei campi elettromagnetici, rispetto alle patologie tumorali⁹⁹.

L'apporto di ricerche che attestino esclusivamente una causalità di tipo epidemiologico¹⁰⁰ per quanto limitato, non può, tuttavia, essere ignorato nella valutazione e qualificazione penalistica del fenomeno. Lo studio epidemiologico, che spiega su basi probabilistiche l'incidenza di un fattore di rischio sulla popolazione, è inutilizzabile nell'accertamento del nesso causale fra esposizione a campi elettromagnetici e i singoli eventi infausti, pertanto si deve escludere la possibilità di ricorrere ad un tipo di causalità generale per soddisfare le esigenze probatorie del delitto di lesioni o omicidio¹⁰¹. Nondimeno tale fattore di rischio può essere valorizzato nell'ambito della fattispecie contravvenzionale dell'art. 674 c.p., quale indice di prevedibilità e di evitabilità dell'attitudine delle onde elettromagnetiche a molestare.

L'indagine, quindi, sulla finalità e l'eshaustività della regola cautelare, implicitamente cristallizzata nella determinazione numerica dei valori soglia, sembrerebbe condurre al riconoscimento, nel caso concreto, di un margine di operatività della colpa generica. I limiti tabellari, già scarsamente funzionali rispetto a forme di tutela anticipata della salute pubblica, risultano, infatti, completamente avulsi da una logica di contemperamento tra le esigenze imprenditoriali o di sviluppo economico e le esigenze

⁹⁸ Sul punto si veda la ricostruzione dell'evoluzione scientifica sull'elettrosmog fatta dalla sentenza del Pret. Rimini, cit., 30 ss..

⁹⁹ Sul punto si veda RAMACCI/MINGATI, *op.cit.*, 11.

¹⁰⁰ Sul punto si veda l'analisi sul concetto di causalità generale di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 172 ss.. Nello stesso senso si muove la critica di HASSEMER, *Strafrechtliche Produkthaftung*, in *Jus*, 1993, 253, 254, il quale paragona il concetto di causalità ad una *black box*, in cui il giudice può trovare e provare tutto.

¹⁰¹ Questo tipo di spiegazione causale, contestata da una parte della dottrina, ha costituito la struttura argomentativa di alcuni casi celebri, come ad esempio nella giurisprudenza spagnola, per l'olio di colza e, nell'esperienza tedesca, il caso dello spray per pelli. Sul punto BEULKE/BACHMANN, *Die „Lederspray-Entscheidung“* BGH 37, 106, in *Jus*, 1992, 737; HASSEMER, *Strafrechtliche Produkthaftung*, cit., 253, commento alla decisione del BGH, del 6.7.1990, pubblicata su *NStZ*, 1990, 588; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 318; VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, in *NStZ*, 1996, 105. Difende la motivazione della sentenza sul *Lederspray*, facendo prevalere le esigenze di tutela della collettività, rispetto alle garanzie del sistema penale, KUHLEN, *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, in *NStZ*, 1990, 566.

della collettività a non subire molestie, interesse che l'art.674 c.p. tende a salvaguardare. L'inidoneità dei limiti tabellari a soddisfare le esigenze preventive, rispetto al fenomeno elettrosmog, è confermata da un'esigua copertura cautelare, che non può esaurire il contenuto precettivo del dovere di diligenza. La limitata efficacia di tale tecnica di tipizzazione si palesa di fronte ad un fenomeno caratterizzato da un'intrinseca e multiforme pericolosità, apprezzata solo parzialmente nel decreto¹⁰², per cui, in assenza di una disciplina adeguata, sembrerebbe legittima un'integrazione attraverso regole di fonte sociale.

6. Il principio precauzionale.

Nonostante gli sforzi tesi a ricondurre ad un ordine sistematico il contraddittorio materiale normativo e giurisprudenziale, è innegabile riconoscere l'esistenza di un'aporia nel sistema giuridico, che contrasta con l'ideale di coerenza e di unitarietà del diritto inteso come ordinamento.

Turba la coscienza giuridica dover accettare che nell'ambito di una stessa materia una disposizione normativa, pur descrivendo un'area di liceità, esponga al rischio penale nel caso si concretizzino i pericoli connaturati all'attività stessa.

Contraddizione intollerabile che sembrerebbe infirmare qualsiasi ragionamento giuridico ispirato ad una maggiore valorizzazione della portata garantistica del principio di tassatività dell'ordinamento, che deve assicurare la certezza del diritto.

Forse però non una rassegnata accettazione dello *status quo*, bensì l'esigenza di ricondurre a ragionevolezza un sistema di norme, invita l'interprete ad una più attenta considerazione dei mutamenti e dei caratteri del diritto penale moderno.

Rinunciare ad assumere, quale premessa del discorso giuridico, l'ideale di coerenza e di non-contraddizione può significare privilegiare un approccio realistico all'odierna esperienza giuridica, ricostruendo in senso critico la norma che si trasforma in un luogo di composizione dinamica dei conflitti presenti nell'ordinamento. La disposizione normativa non è più una soluzione "data" di un conflitto, frammento di un corpo giuridico armonico e chiuso, bensì il punto di partenza per giungere ad una decisione che risolve tale contrapposizione attraverso argomentazioni, che si basano su un criterio di ragionevolezza¹⁰³.

¹⁰² Sul punto si veda: DE ANTONIIS, *La definizione delle regole cautelari nelle attività lavorative pericolose*, in *Dir.pen.proc.*, 1999, 753; MASSIMINO/PRATI, *La politica ambientale delle imprese tra globalizzazione e tutela dei consumatori*, in *Amb.*, 1999, 1063.

¹⁰³ Sul punto BUSSANI, *Appunti sull'interlocutore*, cit., 43, il quale evidenzia come punto di partenza: «quel pluralismo culturale che pone all'interprete la necessità di offrire risposte tecniche in grado di conciliare i principi dell'ordinamento, non già o non tanto con il retaggio concettuale dato, ma con interessi nuovi, eccentrici e talora in tensione nei confronti della tavola dei valori che tradizionalmente ispirano le regole di composizione dei conflitti». In questo modo il sistema giuridico si presenta incompleto, contro ogni pretesa giuspositivistica, secondo cui tutte le premesse dei discorsi giuridici sarebbero già contenute nell'ordinamento.

L'ordinamento, infatti, attraverso un sistema di regole positivizzate propone una soluzione che, non solo deve essere integrata attraverso una valutazione del caso concreto, ma deve anche coordinarsi con sopraordinati principi giuridici¹⁰⁴.

La coerenza e la non-contraddizione del sistema giuridico diventano pertanto degli obiettivi da raggiungere mediante un'interpretazione in grado di ricondurre ad unità una realtà normativa frammentata. Ciò è possibile solo riconoscendo l'esistenza di principi sopraordinati, che, attraverso un metodo ispirato ai criteri di ragionevolezza, orientino l'interprete nell'individuazione e nella selezione di un sistema di regole. Questa operazione non si compie più attraverso meccanismi sillogistici, che, sulla base di un procedimento deduttivo, riescono a scorgere una proiezione lineare dei principi nelle specifiche discipline. La complessità del sistema giuridico, infatti, richiede una continua opera di mediazione dei conflitti, in grado di risolvere l'apparente contraddizione del sistema attraverso soluzioni argomentate sulla base di una valutazione critica e dialettica della realtà normativa¹⁰⁵.

Sulla base dei principi che regolano il settore della tutela ambientale e dell'incolumità pubblica, l'impostazione assunta nel corso dell'analisi può trovare una coerenza sistematica attraverso il principio precauzionale, adottato anche dal Tratt. U.E., all'art. 130 R e nel Tratt. CE, all'art.174¹⁰⁶. In base a tale principio l'incertezza sugli effetti

¹⁰⁴ Sulla possibilità di trovare una soluzione al problema della concretizzazione del rischio, partendo da un punto di vista "intrasistemico", si veda MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 116.

¹⁰⁵ Sul punto BARCELLONA, M., *Autonomia e cognitività del diritto moderno: la scienza giuridica e i mutamenti di fine secolo*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1998, 427., 435. L'A. evidenzia come dal confronto fra mutamento sociale e sistema giuridico sia possibile rilevare un meccanismo in base al quale le esigenze contingenti del sistema sociale vengono proiettate – scaricate – sul sistema giuridico, il quale perde la sua autonomia, infatti: «[...] i suoi paradigmi e le sue categorie offrono una rappresentazione del luogo e del modo nei quali pressioni provenienti dagli altri sistemi sociali interessano il sistema giuridico e ne mettono alla prova l'efficienza funzionale e gli eventuali suoi limiti. Lo *starting point* di questo diverso approccio è costituito dalla funzione di comunicazione che il diritto moderno appare, tra l'altro, specificamente predisposto a svolgere tra le differenti sfere sociali». L'affermazione di un policentrismo normativo costituisce, secondo autorevole dottrina, il carattere di un sistema giuridico, volto a regolare modelli sociali complessi e pluralisti, sul punto FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, 137. Più in generale, sul rapporto fra politica e scienza penale, si veda HASSEMER, *Das Selbstverständnis der Strarechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in (a cura di ESER/HASSEMER/BURKHARDT) *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, 21 ss..

¹⁰⁶ Sul rapporto diritto penale e diritto europeo si veda: AA.VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999; DELMAS MARTY, *Verso un diritto penale europeo?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 545; GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 113; GRASSO, *Recenti sviluppi in materia di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1993, 739; ID., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penale degli stati membri*, in *Riv.int.diritti dell'uomo*, 1991, 617; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 55; ID., *Unione europea e diritto penale*, in *Studium Iuris*, 1997, 952; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso*, cit., 61; PALAZZO, *Riserva di legge*, cit., 281; PALAZZO/PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, *passim*; PARODI GIUSINO, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1999, 109; RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia ("influenza", poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art.177 T.Ce, questioni di costituzionalità)*, in

nocivi, che possono prodursi in relazione ad attività pericolose, impone sempre l'adozione di cautele, anche se, a causa delle limitate conoscenze scientifiche, non è possibile spiegare né i processi causali, né individuare con precisione le conseguenze dannose¹⁰⁷. La presenza di “nessi non verificati” non può condurre a negare la rilevanza causale dei rischi, né a giustificare l'omissione delle cautele necessarie. La crisi di autorità della scienza, dovuta all'incapacità di spiegare fenomeni empirici, non può costituire un “lasciapassare scientifico per il potenziamento dei rischi”¹⁰⁸.

Questa ispirazione di fondo, che anima l'ordinamento europeo, trova espressione anche nella più recente giurisprudenza costituzionale.

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza del 16 marzo 1990, n.127¹⁰⁹, ha riconosciuto al giudice ordinario la possibilità di sindacare norme tecniche che non assicurino una sufficiente copertura preventiva. In questo modo il giudice sarebbe legittimato a disattendere anche le indicazioni della P.A., privilegiando le esigenze di giustizia e di tutela, rispetto alle pretese di libertà e di sviluppo del mondo economico.

In questa ottica si iscrive la logica della riduzione del rischio, esplicitamente accolta nell'interpretazione della Corte Costituzionale, nella sentenza 312/96. La riduzione del rischio assurge a principio dell'ordinamento, che si sostanzia in una norma di chiusura del sistema di regole cautelari sulla sicurezza del lavoro¹¹⁰.

Anche la recente produzione legislativa in tema di sicurezza del lavoro e tutela dell'ambiente del resto sembra aver consolidato nel nostro ordinamento tale indicazione di principio¹¹¹. Prototipo di questa tendenza è il d.l.vo 626/1994.

Riv.trim.dir.pen.econ., 1997, 1136; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Dig.disc.pen.*, 1990, 102;. Sulla rilevanza del diritto comunitario in materia penale si veda STORTONI, *L'ambiente: aspetti penali della legislazione europea*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1998, 883. Sulla politica ambientale europea si veda: MASUCCI, *L'ambiente*, in (a cura di) *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, 425.

¹⁰⁷ A livello internazionale la stessa OMS segue il principio cautelativo in base al quale nel campo della salute pubblica e dell'ambiente bisogna intervenire prima che la scienza dimostri con certezza gli effetti nocivi di fenomeni sospetti, il c.d. *A.L.A.R.A. (All Low Reasonable Avoidable)*.

¹⁰⁸ Sul punto si veda: BECK, *La società del rischio*, cit., 80 ss..

¹⁰⁹ Corte Cost. 26 marzo 1990, n.127, in *Ambiente*, 1990, 303 e in *Giur.Cost.*, 1990, 718

¹¹⁰ La sentenza è pubblicata in *Giur. Cost.*, 1996, 2375.

¹¹¹ Contrariamente a quanto è stato ritenuto da parte della dottrina, l'accoglimento e la realizzazione di una politica volta alla riduzione del rischio non costituisce un attentato alle garanzie dell'individuo, bensì una necessità dettata dall'incessante emergenza tecnologica. Emblematica di un certo scetticismo rispetto a tali obiettivi di politica criminale, è la riflessione critica di MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 5 e 23. In realtà l'illustre Autore aveva già avuto modo di evidenziare l'esistenza di un sistema a due velocità, rispondenti a logiche differenti, *Gestione di impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 424, ma riconosce, esplicitamente, legittimità a tale obiettivo politico criminale, volto alla riduzione del rischio, in MARINUCCI/DOLCINI, *Diritto penale “minimo” e nuove forme di criminalità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 802, in aperta polemica con gli esponenti della c.d. scuola di Francoforte, e alcuni esponenti della scena penalistica italiana. Egual vis polemica anima il contributo dottrinale di DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 17. Sull'acceso dibattito avente ad oggetto il diritto penale minimo, si veda la risposta di FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, 125. Si veda, inoltre, DONINI, *Per un codice penale di mille*

È possibile, quindi, riconoscere l'esistenza, anche nel nostro ordinamento, di un principio implicito, alla luce del quale risulta legittima un'imputazione colposa, anche e nonostante il rispetto delle regole cautelari positivizzate, laddove il progresso tecnologico abbia prodotto lacune, le quali non sono frutto di precise scelte di politica criminale, in quanto neanche preventivate dal legislatore.

Bisogna, infatti, constatare come un sistema di regole cautelari positivizzate, che si ponga quale sistema chiuso, insuscettibile di integrazioni e di correzioni da parte della giurisprudenza, potrebbe avere, sul piano pratico, un effetto disfunzionale rispetto alla necessità di tutela. Infatti, l'esercente di attività pericolose non troverebbe alcun incentivo nell'adeguare le misure di sicurezza agli *standards* più aggiornati, se tale carenza di cautele non viene stigmatizzata attraverso una sanzione. Se la liceità del proprio agire risulta subordinato solo a parametri stabiliti nell'ordinamento positivo, la sensibilità del mondo produttivo, rispetto alle esigenze di tutela, rischia di intorpidirsi su calcoli meramente economici, la cui legittimità sembrerebbe avvalorata solo dalla pigrizia e dalla lentezza che generalmente contraddistinguono l'attività normativa¹¹². Mancando un obbligo di aggiornamento continuo rispetto alle innovazioni tecnologiche e alle scoperte scientifiche, la tutela dei beni collettivi passerebbe sicuramente in secondo piano¹¹³.

incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema", in Dir.pen.proc., 2000, 1652; FIANDACA, In tema di rapporti tra codice e legislazione complementare, cit., 139; GIUNTA, La giustizia penale, cit., 15; PADOVANI, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in Riv.trim.dir.pen.econ., 1996, 1159; PALIERO, L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici? In Riv.it.dir.proc.pen., 1990, 432; ID., La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologie per la «Parte Generale» di un codice penale dell'Unione Europea, in Riv.it.dir.proc.pen., 2000, 466; PULITANÒ, Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale), in DDP, 2000, 388; STELLA, Scienza e norma, cit., 389.

¹¹² Il tentativo di arginare la severità e il rigore della prassi giurisprudenziale, in particolare nell'imputazione colposa, nell'ambito delle attività rischiose, ha trovato espressione nell'articolato per la riforma del codice penale, predisposto dalla commissione presieduta dal Prof. Grosso. La previsione all'art.31 di un rigido meccanismo di accertamento della colpa risulta finalizzato principalmente a sottrarre al giudice la possibilità di una ridefinizione del rischio consentito attraverso un giudizio di bilanciamento in concreto e a dotare di maggior certezza un giudizio di ascrizione della responsabilità penale. Il comma secondo sembrerebbe addirittura introdurre una "presunzione di esaustività" delle regole cautelari positivizzate, in modo da limitare i margini di operatività della colpa generica.

La positivizzazione delle regole cautelari offre indubbiamente maggiori garanzie in termini di certezza del diritto, a scapito, però, della valutazione individualizzante realizzabile attraverso la colpa generica. Sul punto, GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 163; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., 233. A tal riguardo, nell'impianto generale dell'art. 31, la constatazione dell'inosservanza di regole cautelari scritte deve, infatti, essere completata attraverso giudizi di prevedibilità e di evitabilità, e questo porterebbe a recuperare anche una valutazione individualizzante del giudizio di imputazione colposa, evitando forme di responsabilità oggettiva occulta. Sul punto si veda MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 90 ss..

¹¹³ Sul punto: GIDDENS, *Il mondo che cambia*, cit., 49: «[...] non è davvero il caso di assumere un atteggiamento meramente negativo nei confronti del rischio: esso ha certo bisogno di essere disciplinato, ma una attiva assunzione del rischio sta al centro di un'economia dinamica e di una società innovativa. Vivere in un'era globale significa venire a patti con tutta una tipologia di nuove situazioni di rischio. Il

La logica della riduzione del rischio, quale meccanismo di tutela rafforzata dei beni giuridici nell'ambito di attività pericolose, e l'obbligo di aggiornare gli *standards* di sicurezza, dovrebbero costituire, invece, le condizioni di liceità delle attività rischiose¹¹⁴. Diversamente l'effetto che rischia di prodursi è una vera e propria immunità di fatto per l'esercente l'attività pericolosa, quale conseguenza di un'inerzia legislativa.

Il pericolo di sconfinare verso forme di "irresponsabilità organizzata" è maggiore, ove si legittimi il ricorso alla colpa generica, solo in presenza di una palese inadeguatezza delle regole prudenziali positivizzate. Infatti la crisi d'autorità della scienza e l'incertezza, che ne deriva, solo in rari casi potrebbero attestare un *deficit* delle misure cautelari normativamente definite, tale da giustificare il ricorso ad una forma di colpa generica. L'effetto sostanzialmente che si produce è l'irresponsabilità assoluta per i rischi residuali, accollati all'intera collettività che già li patisce¹¹⁵.

L'ineffettività di tale sistema cautelare comporterebbe un'inquietante caduta general-preventiva in un settore – quello delle attività rischiose – ove più opportuna risulta un tipo di tutela anticipata, basata su parametri maggiormente rigorosi.

Tale problematica relazione fra due forme di imputazione colposa ha suggerito l'adozione di nuovi modelli legislativi di tutela, in particolare nel settore ambientale, ove l'alternativa fra colpa specifica e colpa generica sembra perdere di significato.

Allo stesso modo la critica contrapposizione fra potere legislativo e potere giudiziario, non solo nella gestione, ma anche nella regolamentazione delle attività rischiose, alla luce di tali nuove tendenze legislative, sembra ridimensionarsi.

Nell'ambito della tutela dell'ambiente sono stati sperimentati, infatti, modelli di disciplina c.d. misti, ove accanto all'intervento pubblico, realizzato con i tradizionali strumenti giuridici, si intravede la possibilità di sfruttare le stesse leggi e dinamiche proprie del mercato.

In questa nuova prospettiva di disciplina è sicuramente da sdrammatizzare il conflitto tra "poteri dello stato", in quanto assume rilievo un recente fenomeno di deformalizzazione del processo di creazione del diritto e alla contemporanea dematerializzazione dell'oggetto di tutela della norma penale. In un sistema di regole che,

più delle volte sarebbe meglio mostrare coraggio anziché cautela nel sostenere l'innovazione scientifica e altre forme di cambiamento».

¹¹⁴ Questo modello giuridico porta ad invertire il binomio regola/eccezione, per cui la libertà è l'eccezione, corrispondente ad un'area di liceità condizionata da particolari prescrizioni, sul punto SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Riflessione sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 12. Esempio emblematico di questa tendenza è rappresentato da alcuni orientamenti giurisprudenziali in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro: Cass., 6 aprile 1993, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1993, 1349; Cass., 18 marzo 1993, in *Cass.pen.*, 1992, 3123, con nota di COTTINELLI. Una costante giurisprudenziale, in tema di attività industriali, nel ricorrere all'applicazione dell'art. 674 c.p., sottolinea l'obbligo di adottare le misure imposte dalla migliore scienza e tecnica per evitare di recare molestie, si veda: Cass, 20 novembre 1984, Ced. 166795; Cass., 5 settembre 1991, Ced. 188115; Cass., 9 gennaio 1992, Ced. 18532;

¹¹⁵ CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 146; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 547; MILITELLO, *Rischio e responsabilità*, cit., 95.

da un lato, e sempre più spesso, ingloba, in un corpo normativo principale, i “documenti” sulla sicurezza - sottosistemi normativi avente natura precauzionale, frutto di una complessa concertazione fra le parti sociali¹¹⁶ – e dall’altro, attribuisce al diritto “statale” il compito di favorire una gestione “allargata” dei rischi, anche il diritto penale si adegua ad una logica co-gestionale, assumendo come presupposto fondamentale di tutela non più il bene giuridico, ma le procedure comunicative ed informative che permettono una consapevole partecipazione nell’assunzione delle decisioni “rischiose”¹¹⁷.

L’accoglimento di una logica di mercato non si riduce, quindi, solo al principio “chi inquina paga”, ma assume come ambizioso progetto la valorizzazione delle logiche collaborative fra diversi soggetti sociali, così da garantire una “simmetria informativa”, che si traduce in uno scambio di informazione e di conoscenze sui rischi¹¹⁸. In questo modo sia la P.A. che i privati coinvolti nell’attività di impresa sono in grado di controllare e di autotutelarsi, intervenendo nei processi decisionali di situazioni

¹¹⁶ La partecipazione di soggetti privati nell’attività normopoietica trova un esempio emblematico dall’incessante ricorso ai codici di autodisciplina. Una tecnica che per certi versi svela scenari inquietanti, per il fatto che interlocutori dello stato diventano gruppi esponenziali, *lobbies* economiche, che si pongono quali «grandi elettori del consenso sociale – per canalizzare in modelli di normazione ad essi acconcia *come comuni* dei bisogni di tutela in realtà *loro esclusivi*», sul punto: PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 848.

¹¹⁷ Sul punto si veda l’analisi di BARCELLONA, *Autonomia e cognitività*, cit., 446, il quale evidenzia la perdita di autonomia del diritto intesa come perdita di contenuti, per cui è possibile registrare la perdita del senso nucleare del diritto: «[...] oscurato dal carattere procedimentale del sistema giuridico moderno. Codesto sistema, infatti, a differenza di quanto accadeva nelle epoche precedenti, sembra aver rinunciato a dire secondo un senso unitario, come il mondo si distribuisce tra «diritto» e «illecito», e dunque sembrerebbe precipitato in quella stessa indeterminatezza, contro la quale è concepita la Legge». L’unica garanzia che assicura il diritto è di offrire a ciascun componente della collettività la possibilità di perseguire i propri fini attraverso strumenti giuridici, il diritto risulta da questo punto di vista: «finalizzato all’autodeterminazione di individui irrelati e della società di mercato».

¹¹⁸ Sul punto si veda – rispetto al tema della sicurezza del lavoro – GIAMPIETRO, *La «cultura della sicurezza» e la libertà dei privati di istituire e gestire scuole di formazione nel D.LGS. n. 626/1994*, in *Riv.trimdir.pen.econ.*, 1996, 953; PANAGIA, *Tendenze e controtendenze nel diritto penale del lavoro: i decreti legislativi 626/1994 e 494/1996*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1997, 184 e in particolare 191. Sul concetto di tecnologie pulite, realizzate in un’ottica preventiva: ANDRIOLA/LUCIANI/ROMANI, *L’industria italiana e la sfida della innovazione ambientale*, in *Amb.*, 2000, 47; LANDI/MARIOTTI, *Il sistema di gestione della sicurezza*, in *Amb.*, 2000, 757; MARSILI, *L’informazione dei cittadini nella gestione del rischio di incidente rilevante*, in *Amb.*, 1997, 626; PULITANO, *Igiene*, cit., 388, il quale ritiene si sia verificata una rivoluzione copernicana attraverso le direttive comunitarie, le quali impongono: «a) l’espressa affermazione del principio dell’analisi preventiva e della valutazione dei rischi; b) il rafforzamento degli obblighi di informazione e di formazione del personale; c) l’allargamento del sistema di soggetti». Notevoli stimoli critici e occasione di riflessione possono, specialmente in questi settori, provenire dall’analisi economica del diritto, sul punto ALPA, *Interpretazione economica del diritto*, in voce, *NSSDI*, 1983, 316; GALLO, P., *Introduzione*, cit., 7, 37, 76 ss; MATTEI/PULITINI, *Consumatore, Ambiente, Concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, 1994, *passim*; PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, voce, *DDP*, 1987, 309; PORRINI, *I problemi informativi e la tutela del consumatore*, in (a cura di CHIANCONE/PORRINI), *Lezioni di analisi economica del diritto*, 3^{ed}, Torino, 1998, 157; ID., *Asimmetrie informative, «soluzione avversa» ed «azzardo morale»*, *ivi*, 173.

rischiose¹¹⁹. Sempre seguendo la logica di mercato si tende poi a instaurare un equilibrio nell'attribuzione di doveri e di responsabilità nell'attività produttiva, formulando un giudizio di esigibilità, secondo valutazioni di fattibilità economica, che rende doverosa l'eliminazione di situazioni svantaggiose per i cittadini, ove ciò sia possibile con appositi accorgimenti tecnici, in modo da non compromettere, però, l'esercizio dell'attività stessa¹²⁰.

La possibilità di allargare strumenti di gestione del rischio, come l'*ecolabel* o *ecoauditel*, a più ampi settori dell'attività di impresa deve, comunque, confrontarsi con una complessità istituzionale e normativa, ad alto rischio di ineffettività¹²¹. Privilegiare una tutela mediata dei beni giuridici, attraverso la promozione di strumenti di democrazia partecipativa, costituisce una sfida della società del rischio, ed implica un accrescimento culturale e civile, difficilmente perseguibile attraverso strumenti coercitivi del diritto¹²². Affiora il sospetto che lo scopo del diritto penale possa, anche in questo caso, sfumare verso finalità promozionali, dal carattere velatamente pedagogico, volte ad *imporre* sistemi di responsabilizzazione e di collaborazione, in un'ottica sicuramente antitetica a principi di democrazia e liberali, cui tali modelli si ispirano¹²³.

dott.ssa Valeria Torre
assegnista di ricerca
Università degli Studi di Trento

¹¹⁹ MANCO/BACCACECI, *Analisi e valutazione del rischio. Metodologia di «Risk Assessment»*, in *Amb.*, 1999, 619.

¹²⁰ Sul punto, GALLO, P., *Introduzione*, cit., 29 e 34.

¹²¹ Si veda CATENACCI, *Appunti sulle tecniche "incrociate" di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1990, 395; ID., *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1990; GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1110; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, 432.

¹²² Sul rapporto fra diritto penale e consenso si veda PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 848.

¹²³ Sul punto EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 811; FIANDACA, *Il "bene giuridico"*, cit., 42; GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, 414, 426; ID., *Quale giustificazione*, cit., 266; NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem.dir.*, 1977, 681; PALIERO, *Consenso*, cit., 896. In senso critico HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione fra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104; ID., *Symbolisches*, cit., 553; ID., *Prävention im Strafrecht*, in *Jus*, 1987, 257 ss.