



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di
Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

uup.uniurb.it



**INCONTRI
E PERCORSI**
N.07

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024

04.

Diritto penale tra teoria e prassi, a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera, UUP 2024

05.

Federico da Montefeltro nel Terzo Millennio, a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Antonio Corsaro, Grazia Maria Fachechi, UUP 2024

06.

Penal systems of the sea, edited by Rosa Palavera, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

PLURALITÀ & DIRITTO. ALLE RADICI DEL GIURIDICO

a cura di Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

Comitato scientifico

Alessandro Bondi, professore ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino

Carlo Bo

Maria Luisa Biccari, professore associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo
nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Federica De Iuliis, professore associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo
nell'Università degli Studi di Parma

Alberto Fabbri, professore associato di Diritto e religione nell'Università degli Studi di Urbino
Carlo Bo

Chiara Gabrielli, professore associata di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi
di Urbino Carlo Bo

Il ciclo di incontri Pluralità & Diritto è stato finanziato dall'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo,
Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito del progetto di ricerca Per un diritto penale inclusivo
(responsabile scientifico Rosa Palavera).

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 9788831205603

PDF ISBN 9788831205580

EPUB ISBN 9788831205597

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons

Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche
e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

| | |
|--|----|
| LA LEGGE DELLA TERRA: UN'INTRODUZIONE Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo | 11 |
|--|----|

SEZIONE I

PLURALITÀ E DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ATTIVITÀ ECONOMICO-PRODUTTIVE

| | |
|---|----|
| LA DIVERSITY NELLA DISCIPLINA DELLA GOVERNANCE SOCIETARIA: ONERE O OPPORTUNITÀ? Elisabetta Righini | 19 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| IL PERSEGUIMENTO DEL LUCRO COME CARDINE DELLE SOCIETÀ CAPITALISTE Carlo Emanuele Pupo | 67 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| PLURALITÀ E TIPICITÀ PENALE ALLA PROVA DELLA POSTMODERNITÀ Cecilia Valbonesi | 77 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| SICUREZZA E LIBERTÀ NELLA PRATICA SPORTIVA IN MONTAGNA: PERCEZIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ PENALE Stefania Rossi | 91 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| PLURALITÀ CULTURALI E COMUNICAZIONE DEL RISCHIO NEGLI EVENTI CATASTROFICI: LA COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E IL RISCHIO DELLA COMUNICAZIONE Patrizia Di Fulvio | 97 |
|--|----|

SEZIONE II

PLURALITÀ DI ESIGENZE PROTETTIVE E SISTEMA PENALE: LE VITTIME VULNERABILI

| | |
|---|-----|
| VERSO UN RUOLO SEMPRE PIÙ INCISIVO DELLA VITTIMA VULNERABILE NEL PROCESSO PENALE EUROPEO? Lorenzo Bernardini | 115 |
|---|-----|

| | |
|--|--|
| DI VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA, VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ: PROSPETTIVE EMERGENTI | |
|--|--|

| | |
|--|-----|
| NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI E DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI | 139 |
| Sara Dal Monico | |
| LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE, TRA NUOVE TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE E PERDURANTI CRITICITÀ | 163 |
| Nicola Pascucci | |
| LA VITTIMA VULNERABILE NEI REATI DI CUI AL “CODICE ROSSO”. FORME DI TUTELA SOSTANZIALE E PROCESSUALE | 189 |
| Cecilia Ascani | |
| SEZIONE III | |
| PLURALITÀ CULTURALE E TUTELA DELLE LIBERTÀ | |
| “TOLLERANZA” RELIGIOSA E TRADIZIONE ROMANA ALL’OMBRA DELL’ALTARE DELLA VITTORIA | 207 |
| Margherita Frare | |
| QUALI LIMITI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA? | 233 |
| Anna Sammassimo | |
| ENDOGAMIA NELL’ORDINAMENTO ISLAMICO, EBRAICO E CANONICO | 249 |
| Paolo Lobiati | |
| LEONARDO SCIASCIA E IL POLITEISMO GIURIDICO. MAFIA E PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI | 275 |
| Ivan Cecchini | |
| PARTITI POLITICI E GIUSTIZIABILITÀ. DALL’IMMUNITÀ AI RECENTI CASI DEL PARTITO “MOVIMENTO 5 STELLE” | 303 |
| Veronica Montani | |
| PLURALITÀ DELLE PLURALITÀ. POSTILLA SUL DIRITTO PENALE GLOBALE | 329 |
| Rosa Palavera | |

PLURALITÀ E TIPICITÀ PENALE ALLA PROVA DELLA POSTMODERNITÀ

Cecilia Valbonesi

UnitelmaSapienza Università degli Studi di Roma

1. LA CULTURA DEL PLURALE NELLA SOCIETÀ POSTMODERNA

Avvicinarsi al diritto penale con la lente della pluralità permette di cogliere l'essenza più profonda.

Anche se la stretta legalità e le sue declinazioni ci impongono l'ossequio alla lettera e, quindi, alla stretta fenomenologia oggettiva e soggettiva della fatti-specie¹, la sua forma monadica altro non è che il compendio necessario, la selezione forzata di una complessità che inevitabilmente si trasforma per prestare ossequio a scopi garantisti e parimenti assicurare una efficacia applicativa altrimenti neppure postulabile².

Tipicità e frammentarietà nascondono lo sforzo di una *reductio ad unitatem* rivelatrice di una pluralità che il Diritto penale non può e non vuole ignorare³.

1 Per un inquadramento essenziale sul tema si vedano G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (dir. Pen.), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950 ss.; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 281 ss.

2 Anche se, come noto, messa in pericolo da un patente disequilibrio di poteri a favore di una funzione giurisprudenziale sempre più performativa, come riconosciuto da T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.; Id., *Il diritto sostanziale e il processo*, in L. FOFFANI R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 81 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2006, *passim*; O. Di GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1279 ss.; Id., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 29 ss.; Id., *Tra jus facere e ius dicere*, in *Criminalia*, 2016, p. 205 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in www.penalcontemporaneo.it, 4 ottobre 2016; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss.; C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, p. 193 ss.

3 Su questo profilo, essenziali appaiono le considerazioni di F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig.*

Alla prassi si consente di tessere maglie interpretative nella rigida trama dell'analogia mentre, sul piano strutturale, la latitudine incriminatrice si declina nei solidi sentieri dell'omissione, del tentativo, del concorso di persone e del concorso di reati, nel tentativo di inquadrare il caleidoscopio della vita in matrici identitarie predefinite e per questo necessariamente carenti.

Il tentativo di tipizzare la pluralità, affidandola al terreno concettuale delle forme di manifestazione del reato⁴, se ha veicolato negli stretti e irrinunciabili canali della legalità e della colpevolezza⁵ la complessità intrinseca che si cela dietro alla fattispecie monosoggettiva e monofenomenica, non ha tuttavia (ancora) permesso di dischiudere le porte alla comprensione e all'accettazione della molteplicità che si cela in alcune pieghe della realtà, ancora poco frequentate tanto dal legislatore quanto dall'interprete⁶.

Una di queste è senz'altro rappresentata dal rischio, figura protiforme e di difficile inquadramento, capace, tuttavia, di insinuarsi nelle categorie del diritto penale scardinandone l'impianto strutturale e contribuendo ad erodere un garantismo per molti versi già oggetto di profondi *vulnera*⁷.

Eppure, quello fra rischio e pluralità appare un rapporto fortemente radicato nella cultura occidentale, nella storia e ancor prima nel mito.

Infatti, quel πολύτροπος che contiene la radice di polus, plurale, molteplice, rappresenta la principale fra le qualità che connotano il primo eroe postmoderno, chiamato a fronteggiare, proprio grazie alle sue qualità versatili, un complesso novero di rischi naturali e antropici che ne costellano il difficile ritorno a verso Itaca⁸.

disc. pen., 1993, Torino, p. 340, che «la sanzione criminale è la matrice logica e storia dei principi della legge penale, e così se ne segna anche l'ambito di operatività, concorrendo alla qualificazione appunto "penalistica" della legge. Innanzitutto, sono pertanto norme penali, o frammenti di norme penali, tutte quelle che in qualsiasi modo concorrono a fondare, modificare, escludere o estinguere la applicazione della sanzione criminale».

4 Sul cui approfondimento, per tutti, si rivela essenziale G. DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, *passim* e L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*.

5 Il serrato dibattito dottrinale ha focalizzato la sua attenzione, in questo senso, sul reato colposo, come perfettamente delineato da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 166.

6 Su questo aspetto, se ci si consente, v. C. VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023, p. 19. Sul tema, autorevolmente, G. DE FRANCESCO, *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale e i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in M. GOLDONI E. SIRSI (a cura di), *Regole dell'agricoltura e regole del cibo. Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del consumatore*, Atti del convegno, Pisa, 2005, p. 126; C. SOTIS, *Le «regole dell'incoerenza». Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 11 ss.

7 Come icasticamente scolpito nelle parole di V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in R. BORSARI (a cura di), *Processo alla scienza*, Padova, 2016, p. 142.

8 Il rapporto di Ulisse con il Novecento e le sue sfide umane e tecniche è oggetto di ampia rifles-

Una pluralità, i rischi affrontati da Ulisse, la cui eziologia è ricondotta, dalla cultura greca, all'intervento delle varie divinità offese dall'eroe, le quali puntualmente si vendicano attraverso l'afflizione di supplizi che molto hanno in comune con i fini repressivi e intrinsecamente mortificanti delle moderne pene.

Oggi, certo più laicamente ma forse non più razionalmente, il rischio è appannaggio della scienza, della tecnica e del diritto che attraverso lo strumento della responsabilità penale di matrice colposa si illude di imprimere una matrice regolatoria alla fase di prevenzione e di gestione di un potenziale nocimento, sperando così di limitare le conseguenze infauste che ne possono fisiologicamente derivare⁹.

Ma lo strumento della responsabilità, soprattutto della responsabilità penale, quando è chiamato ad intervenire sul rischio, presenta due aspetti di profonda criticità.

Il primo risiede nella falsa aspettativa, ingenerata nella società civile, sulla idoneità della responsabilità, soprattutto nel suo volto colposo, a rappresentare tanto un valido deterrente destinato a conferire alle condotte dei gestori del rischio una efficacia *cautelare* o *cautelativa* volta a scongiurare accadimenti dannosi, quanto una sanzione adeguata e proporzionata all'eventuale offesa dei beni giuridici che dalla gestione del rischio può scaturire¹⁰.

Questa funzione asseritamente performativa, conformativa e sanzionatoria della responsabilità per il rischio origina ed al contempo alimenta, in un andamento circolare non virtuoso, il secondo degli aspetti disfunzionali, il quale risiede nel difficile rapporto fra scienza e diritto penale¹¹.

sione, fra la quale si può richiamare P. BOITANI, *L'ombra di Ulisse*, Bologna 1992; S. NICOSIA (a cura di), *Ulisse nel tempo. La metafora infinita*, Venezia, 2003; D. SUSANETTI, *Favole antiche. Mito greco e tradizione letteraria europea*, Roma, 2005.

9 Nella vasta letteratura sul tema si vedano le parole di G. DE FRANCESCO G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio»*, Torino, 2017, p. XIX.

10 Lo sottolinea, icasticamente, R. BARTOLI, *Giustizia vendicatoria, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in C. PIERGALLINI G. MANNOZZI C. SOTIS C. PERINI M. SCOLETTA F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, in particolare p. 529 ss. Si tratta di una «illusione che la pena retributiva possa riequilibrare, quasi per una forza catartica propria, lo scompenso nelle relazioni sociali prodotte dal reato», come affermato da L. EUSEBI, *Modelli della giustizia e sanzioni penali*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa. Le cose nuove del XXI secolo*, 2022, 4, p. 34.

11 Come dimostrano gli esiti di alcune vicende processuali di grande rilievo, fra le quali quellelegate allo stabilimento di Porto Marghera: Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006 (dep. 6 febbraio 2007), n. 4675, in *DeJure*. Sulla vicenda si vedano, C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1490; Id., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005,

La lettura di questo rapporto attraverso la lente monofocale ed in qualche modo deterministica della responsabilità ha dato luogo, sino ad ora, al mancato incontro fra due mondi necessariamente complementari e oserei dire necessari l'uno all'altro¹².

Il problema attiene non soltanto alla dimensione processuale della responsabilità per il rischio, triste teatro di monologhi di scienziati e giuristi, nel quale la sentenza rappresenta nulla più che il compendio delle reciproche incomprensioni, ma riguarda, piuttosto, anche alla dimensione regolatrice.

Ivi, salvo casi invero rari e comunque ben perfettibili come la materia della sicurezza sul lavoro¹³, gli aspetti tecnici di gestione del rischio, per essere attuati, devono assumere la forma regolamentare¹⁴ (o pararegolamentare) che presuppone, per così dire, una sintesi espressiva convenzionale di concetti scientifici in un linguaggio giuridicamente compatibile attraverso il quale si possano dettare regole espressione della miglior scienza ed esperienza destinate a contenere o neutralizzare ogni potenziale documento¹⁵.

p. 1684 ss.; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 787; Id., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 649 ss.; A. MASSARO, «Concretizzazione del rischio» e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 157 ss.; D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. GIUNTA D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, p. 214; F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 187.

12 C. CONTI E. BONZANO, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, in A. AMATO G. FLORA C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, 2019, p. 11.

13 Su questo profilo G. MORGANTE, *Spunti di riflessione sul diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3329. Sulla centralità e la criticità dell'aspetto regolatore nella salute e sicurezza sul lavoro si veda R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all'affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2023, p. 83.

14 Basti pensare alle Norme Tecniche per le Costruzioni – NTC 2018.

15 Problema particolarmente avvertito dopo l'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco che come noto ha introdotto una diversa disciplina della colpa medica (art. 590 *sexies* c.p.) legata all'ossequio di linee guida e protocolli. Sul tema la letteratura è molto vasta. Per tutti si vedano, per tutti, un esclusivo riferimento agli aspetti penalistici della legge Gelli-Bianco, *ex multis*, F. CENTONZE M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361; G. AMATO, *Professionisti «salvi» se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, 2017, 15, p. 51; A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 523; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... «quo vadit»?* Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 293; Id., *I nuovi limiti della sanzione penale*, in M. Lovo L. Nocco (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, p. 26; C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in www.ilpenalista.it, 1°

Ebbene, questo tentativo di *astrazione tipizzante* non sempre si traduce in uno sforzo efficace, proprio per la mancanza di una reale riflessione in ordine alla complessità delle matrici culturali destinate ad incontrarsi.

Infatti, la lettura del rischio attraverso la lente monocromatica e monofocale della responsabilità colposa appare inadeguata e non scevra da conseguenze drammatiche che insistono sulle categorie fondamentali del diritto penale.

Dunque, per contrastare le disfunzionalità della risposta illusoriamente semplificatrice di una responsabilità colposa costruita su presupposti fallaci, l'unico antidoto è quello di recuperare il rischio ad una sua fisiologica dimensione di pluralità, provando di conseguenza a ricodificare l'approccio giuridico all'esistente alla luce di una lente invece multifocale che ci permetta di cogliere i risvolti della complessità.

Tre sono gli aspetti cruciali attraverso i quali questo volto plurale del rischio nella postmodernità può essere messo in luce:

1. Le criticità che insistono sull'aspetto concettuale e linguistico del rischio;
2. La natura geneticamente plurisoggettiva dei rischi della modernità e i riflessi applicativi;
3. L'importanza del ruolo della comunità offesa dalle conseguenze infauste del rischio anche con riferimento alle misure di riparazione del reato.

2. LA POLISEMIA OCCULTA DEL RISCHIO NELLA DIMENSIONE POSTMODERNA

La dimensione plurale del rischio è oggi scarsamente apprezzata da molte delle categorie coinvolte, sia nella sua gestione che nella repressione delle conseguenze infauste.

marzo 2017; Id., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, spec. p. 233; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2 maggio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5 giugno 2017; A. DE LIA, *La «colpa medica»: dal tramonto del modello «Balduzzi» all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su di una riforma in stile «pulp»*, in www.archiviopenale.it, 27 giugno 2017; M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590 sexies c.p.) come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in www.archiviopenale.it, 30 maggio 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, *passim*.

La mancata considerazione di questo aspetto deve ricondursi, in prima battuta a due fenomeni che definiremmo un artifizio (o un raggiro) concettuale e una deplorevole semplificazione linguistica.

Esaminiamo separatamente questi due aspetti per cercare di portare alla luce come dietro alla parola *rischio* si celo una meravigliosa complessità idonea ad incidere in modo profondissimo sulle categorie penalistiche, sugli assetti regolamentari e sulle responsabilità alle quali sono chiamati i soggetti deputati alla sua gestione.

Il primo. Il rischio rappresenta oggi un *artifizio* e forse anche un *raggiro* concettuale idoneo ad ingenerare un errore grave potenzialmente capace di influenzare in modo drammatico l'intero volto della responsabilità penale colposa.

Infatti, il diritto penale chiama e tratta come rischio ciò che non sempre è tale.

In particolare, la sovrapposizione strumentale con il concetto di pericolo appare in alcuni abiti decisamente evidente.

Al di fuori del virtuoso perimetro nella salute e sicurezza sul lavoro, nella quale il d.lgs. 81 del 2008 si preoccupa di offrire due chiare definizioni per due fenomeni molto diversi e dove il pericolo «si esprime in termini almeno potenzialmente eziologici verso un evento di danno», mentre il rischio «non è un fattore determinato ma l'interazione dinamica di fattori presenti in una situazione data»¹⁶ che non necessariamente andrà ad evolvere nel danno, la promiscuità fra i due concetti appare foriera di conseguenze di non poco momento.

Si fa riferimento, in particolare, al contesto delle responsabilità penali per le conseguenze di fenomeni naturali, ove autorevoli sociologi, in particolare Luhmann¹⁷, hanno evidenziato come la società contemporanea qualifichi come rischi quelli che un tempo erano ritenuti pericoli per la pubblica incolumità e lo fa ritenendo conseguenza di una decisione dell'uomo ciò che un tempo era ascritto a forze naturali, al caso o ad altri fattori incontrollabili.

Il progresso delle conoscenze conduce oggi ad una pretesa di controllo, la quale determina, a sua volta, una forte antropizzazione del rischio.

16 Si richiama qui T. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma nel diritto penale complementare*, Milano, 2003, p. 155.

17 N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, trad. it. *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 4.

Le calamità naturali, divenute conseguenza necessaria dell’attività umana, conducono tanto la società civile quanto la giurisprudenza, che ne interpreta le istanze, ad una indefettibile individuazione dei colpevoli anche in relazione ad eventi non preconizzabili¹⁸.

Dietro all’abuso del concetto di rischio si cela, dunque, il tentativo di affermare come la complessità dell’esistente debba ricondursi alla sola condotta e alla sola responsabilità dell’uomo senza tenere in adeguato conto il ruolo di forze naturali la cui portata è invece talvolta insensibile all’efficacia di qualsivoglia cautela¹⁹.

Il secondo fattore foriero di una scarsa percezione della complessità del rischio si annida nella cronaca del mancato riconoscimento, già a livello linguistico, delle sue peculiarità²⁰.

La sovrapposizione fra rischio e pericolo, in tutte le declinazioni dei fenomeni e delle attività potenzialmente foriere di un nocimento, non ha infatti permesso di evidenziare adeguatamente come il vocabolo *rischio* costituisca nient’altro che una sineddoche, una parte per il tutto.

Paradigmatico in questo senso è il rischio naturale, il quale costituisce il prodotto dei fattori di pericolosità, esposizione e vulnerabilità.

La formula con la quale nell’ambito scientifico si definisce e si connota il rischio è, infatti: R (rischio) = $P \times E \times V$.

Se nei rischi naturali P indica la «pericolosità», ovvero la probabilità che un fenomeno di una determinata intensità si verifichi in un certo periodo di tempo, in una data area, V indica la «vulnerabilità», ovvero la propensione di un elemento (persone, edifici, infrastrutture, attività economiche) a subire danneggiamenti in conseguenza delle sollecitazioni indotte da un evento di una certa intensità, mentre E indica l’«esposizione» la quale coincide con il numero di unità (o “valore”) di ognuno degli elementi a rischio presenti in una data area, come le vite umane o gli insediamenti²¹.

Il concetto di rischio, quale prodotto dei diversi fattori indicati, potrebbe assumere rilevanza ad esempio anche in altri ambiti, quali quello

18 A. GARGANI, *Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di protezione civile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 6 novembre 2015. In questo senso anche P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l’anticipazione dell’intervento pubblico*, in *Dir. amm.* 2010, p. 355 ss.

19 Lo sottolinea Così F. GIUNTA, *Culpa culpae*, in *Criminalia*, 2018, p. 569 ss.

20 Su questo punto, nel contesto dei disastri naturali, si veda A. AMATO, *L’incertezza della scienza dei terremoti e il problema dei linguaggi: il caso del processo «Grandi rischi» a L’Aquila*, in R. BORSARI (a cura di), *Processo alla scienza*, cit., p. 83 ss.

21 La definizione è tratta dalla banca dati disponibile sul sito www.protezione-civile.it.

medico, dove esso sia il prodotto della pericolosità, legata al coefficiente di potenziale rischio documentato derivante da una patologia o dalle cure destinate a fronteggiarla, dell'esposizione, ovvero la possibilità di ammalarsi o di essere coinvolti in processi legati ad errori medici e, infine, della vulnerabilità la quale coincide con lo stato di salute e le carenze che rendono il paziente più fragile in concreto²².

La formula potrebbe ben applicarsi anche in relazione al rischio legato alla sicurezza del lavoro, impregiudicato l'ossequio alle peculiarità delle formule definitorie offerte dal d.lgs. 81 del 2008.

Ad ogni voce nella quale esso si declina, soprattutto quando il rischio si attualizza, corrisponde infatti una sfera di competenza diversa, caratterizzata da proprie leggi tecnico-scientifiche, le quali contribuiscono a plasmare gli obblighi e i poteri impeditivi, così come i doveri di diligenza e le relative cautele rilevanti ai fini della configurazione della condotta attiva od omissiva²³.

I riflessi di questa pluralità sono, dunque, rilevantissimi e lo saranno sempre di più innanzi all'inarrestabile espansione della scienza e della tecnica.

Paradigmatica, in questo senso, appare la prognosi applicativa degli *early warning* sismici e dei riflessi che essi sono destinati ad imprimere sul diritto penale²⁴.

In molti Paesi tali sistemi sono ampiamente utilizzati e presentano una efficacia collaudata e condivisa. In Italia la sperimentazione è in fase di progressivo avanzamento soprattutto sulla rete ferroviaria nazionale²⁵.

È ben possibile che anche nel nostro Paese si ponga, dunque, ben presto, un problema di potenziale responsabilità per la mancata o scorretta disseminazione di questi sistemi di allerta. È dunque imprescindibile aver

22 Il rischio clinico si definisce come «la probabilità che un paziente sia vittima di un evento avverso, cioè subisca un qualsiasi danno o disagio imputabile, anche se in modo involontario, alle cure mediche prestate durante il periodo di degenza, che causa un prolungamento del periodo di degenza, un peggioramento delle condizioni di salute o la morte» (Kohn, Institute of Medicine, 1999).

23 Per questi aspetti D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzato nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 524.

24 La definizione di EEWs è «*The provision of timely and effective information, through identified institutions, that allows individuals exposed to a hazard to take action to avoid or reduce their risk and prepare an effective response*», come si può evincere da www.unisdr.org/2005/wcdr/intergov/drafting-committee/terminology.pdf.

25 Si fa riferimento al progetto PRESTO sviluppato dall'Università di Napoli Federico II, sul quale si veda S. COLOMBELLI F. CAROTENUTO L. ELIA A. ZOLLO, *Design and Implementation of a mobile Device App for Network-Based Earthquake Early Warning Systems (EEWSs): Application to the PRESTO EEWS in Southern Italy*, in *NHESS*, 2020, p. 921.

contezza una precisa differenziazione dei fattori di rischio per comprendere la titolarità delle aree di competenza e le responsabilità che vi scaturiscono.

Ove, ad esempio, si verifichi il decesso di una persona per il crollo di una casa a seguito di un terremoto per il quale vi è stata altresì una mancata o scorretta allerta, occorrerà sempre verificare se la vulnerabilità dell'edificio avrebbe comunque comportato tale decesso anche in presenza di un *early warning* tempestivo. La responsabilità per omicidio colposo non potrà, dunque, essere sempre acriticamente attribuita a chi è chiamato ad inviare il messaggio di allerta e stabilire le stime scientifiche dello stesso, ma dovrà essere posta al vaglio della verifica in ordine a quale declinazione del rischio ha avuto una reale incidenza causale nel caso concreto.

La consapevolezza del volto plurale del rischio, oltre che favorire l'ossequio dei principi cardine della responsabilità penale, permetterà altresì di non scivolare verso quella prassi delle allerte difensive suscettibile di innescare il meccanismo di *crying wolf* destinato a vanificare ogni sforzo²⁶.

3. LA PLURALITÀ SEMANTICA E PLURALITÀ GENETICA DEL RISCHIO

La pluralità linguistica nella quale si comprendano i diversi volti del rischio è, dunque, anche e soprattutto una pluralità genetica.

La eziologia complessa del rischio ne rappresenta un tratto distintivo, suscettibile di assumere una rilevanza diversa alla luce dei meccanismi che governano la nostra post-modernità.

In questo contesto, il rischio risulta sempre più spesso il prodotto di una pluralità soggettiva che ne determina un mutamento qualitativo e quantitativo rispetto al passato.

La dimensione plurale del rischio può incarnare, dunque, una matrice criminogena: i rischi che insorgono nelle organizzazioni complesse possono presentare una connotazione difforme o peculiarmente più grave rispetto a quelli che hanno luogo in un contesto monosoggettivo²⁷.

26 Come evidenziato da A. CERASE, *Quale idea della comunicazione del rischio? Tra teoria, prassi e assunti impliciti*, in A. AMATO A. CERASE F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, Roma, 2015, p. 153.

27 Per comprendere l'eziologia e i risvolti applicativi è imprescindibile A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2023, *passim*. Nella letteratura sociologica questi aspetti sono trattati da M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, Bologna, 2012, *passim*.

Pensiamo ai rischi industriali suscettibili di riverberarsi sulla salute e la sicurezza dei lavoratori, o ai rischi ambientali la cui portata disastrosa trova origine nelle disfunzioni dolose o colpose perpetrata dagli organismi deputati alla gestione delle matrici più rilevanti²⁸.

Soggetto complesso per antonomasia, nel quale la dimensione della responsabilità si crea in una interazione plurisoggettiva è certamente la persona giuridica, responsabile in relazione ai reati presupposto individuati dal d.lgs. 231 del 2001²⁹.

Quella che per certi versi appare come una indefettibile plurisoggettività del rischio, racchiudendo un potenziale dannoso o pericoloso di maggiore portata e diffusività, implica mutevoli effetti in tema di tipicità del delitto colposo.

Pensiamo alla progressione insita nel passaggio fra inquinamento e disastro ambientale, dove quest'ultimo sottende una condotta ed implica un evento la cui peculiare gravità pare appannaggio prevalente, anche se non esclusivo, di un contesto capace di esprimere un'offesa più grave al bene giuridico.

Ma questa spiccata connotazione plurisoggettiva importa anche una diversa e forse ben più grave conseguenza in termini di rispetto del principio di colpevolezza.

La pluralità dei rischi e la complessità del contesto nel quale si sviluppano le sue conseguenze infauste rende talvolta molto difficile individuare e delimitare l'area delle competenze che insistono in modo sincronico e diacronico sul fattore di potenziale nocimento³⁰.

Il nocimento arreccato al principio di colpevolezza è suscettibile di assumere volti diversi.

È infatti ben possibile che sul singolo ricadano le responsabilità di scelte collettive delle quali egli è solo fragile ingranaggio, così come è possibile che innanzi a macro-eventi connotati da uno sviluppo temporale incerto si delineino posizioni di garanzia del tutto avulse dall'innesto del fattore di rischio che ha dato luogo al danno penalmente rilevante.

28 Anche sul tema ambientale centrali sono le riflessioni di A. GARGANI, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Criminalia*, 2020, p. 111 ss.

29 Su questo profilo si veda, V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE A. FIORELLA V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, p. 19 ss.

30 A. GARGANI, *Fattispecie private. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 febbraio 2020, p. 1 ss.

Infatti, al di là dei pur critici aspetti soggettivi del rimprovero, notevoli ostacoli si incontrano, in particolar modo, nella ricostruzione di quella «complessa ‘genealogia’ delle posizioni di garanzia» che conduce ad una «difficoltà di personalizzazione del giudizio di colpevolezza»³¹.

La ricorrente stratificazione di diversi livelli di offesa funzionali alla produzione di un evento, soprattutto di disastro, implica la fisiologica compresenza di più garanti il contributo dei quali appare teleologicamente avvinto nella figura di una «macro condotta unitaria» idonea a travolgere i fragili confini della ascrizione autenticamente personale della responsabilità penale³².

4. LA PLURISOGGETTIVITÀ PASSIVA NELL'EPOCA DELLA PLURALITÀ

Ma la pluralità soggettiva del rischio non sempre rileva quale vera o presunta plurisoggettività attiva nella commissione del reato.

La pluralità del rischio coinvolge, oggi, proprio per le ragioni che abbiamo detto, una dimensione di plurisoggettività passiva, che vede intere popolazioni coinvolte nelle conseguenze dannose o pericolose che si determinano.

Il soggetto passivo del reato, ancor prima che il singolo, o i singoli di rettamente colpiti dall'evento, può essere la comunità i cui equilibri sociali sono turbati dall'offesa penalmente rilevante.

La circostanza è bene compresa da quegli ordinamenti nei quali un modello di *shame culture* porta alla composizione di ferite profonde senza il ricorso alla magistratura.

Nella ricerca delle responsabilità, il Paese del Crisantemo e della Spada, per evocare il bellissimo libro di Ruth Benedict³³, ha coinvolto le autorità giudiziarie soltanto con riferimento ad ipotizzate responsabilità

31 A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in G. DE FRANCESCO G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto fra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, cit., p. 25.

32 A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, cit., p. 26.

33 R. BENEDICT, *The Chrysanthemum and the Sword. Patterns of Japanese Culture*, I ed. 1947, Secker & Warburg, London, tradotto in italiano con il titolo *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese*, Bari, 2017.

per le scelte legate alle misure protettive dalla centrale nucleare di Fukushima³⁴. Piuttosto, il Parlamento giapponese ha istituito una Commissione Indipendente di Indagine la quale, dopo aver completato il suo lavoro, ha reso pubblico l'Official report of The Fukushima Nuclear Accident³⁵.

Il rapporto afferma: «Ciò che deve essere ammesso - molto dolorosamente - è che questo è stato un disastro 'Made in Japan'. Le sue cause fondamentali sono da ricercare nelle convenzioni radicate della cultura giapponese: la nostra obbedienza riflessiva, la nostra riluttanza a mettere in discussione l'autorità, la nostra devozione ad 'attenersi al programma', il nostro far gruppo e la nostra insularità. Se altri giapponesi fossero stati nei panni di coloro che hanno la responsabilità di questo incidente, il risultato sarebbe stato lo stesso»».

In una diversa dimensione, questa davvero attuabile nel nostro ordinamento, il rischio naturale e la riparazione delle sue conseguenze, possono coinvolgere la comunità in modo virtuoso³⁶.

Mi riferisco alle opportunità e alle criticità che risiedono nella Riforma Cartabia, d.lgs. n. 150 del 2022, la quale affianca gli strumenti della giustizia riparativa a quelli della sanzione penale, anche nel peculiare ambito dei delitti colposi.

Mutuando riflessioni già espresse dalla dottrina, ci si permette qui di avanzare una critica alla recente riforma, la quale costituisce l'occasione mancata per un necessario ripensamento in ordine alla risposta retributiva e rieducativa al reato colposo.

Il permanere di una tipologia sanzionatoria omogenea fra delitto doloso e delitto colposo disconosce le peculiarità del secondo sancendo l'aggravarsi della distanza fra gestori del rischio e vittime, destinata a cristallizzarsi in assenza di risposte diverse da quella strettamente penale.

Il volto «separato» della colpa e la sua tipicità, nutrita da una pluralità di fonti pressoché sconfinata, tratteggia il volto di una responsabilità per la violazione di un canone di condotta alla quale occorre rispondere

34 I dirigenti della Società Tepco, coinvolti nel processo penale celebrato innanzi alla Corte penale di Tokio, sono stati assolti anche nel secondo grado di giudizio.

35 *The National Diet of Japan, The official report of The Fukushima Nuclear Accident Independent Investigation Commission*, disponibile on-line, in lingua inglese, su www.nirs.org/wp-content/uploads/fukushima/naiic_report.pdf.

36 Sulle potenzialità degli strumenti di giustizia riparativa nei delitti colposi maturati in coincidenza con i più significativi disastri naturali si veda, se ci è concesso, C. VALBONESI, *Colpa e riparazione. Nuove configurazioni della responsabilità per i macroeventi nell'ordinamento giuridico italiano e cileno*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2023, 2, p. 319 ss.

recuperando il reo sul terreno del suo atteggiamento antidoveroso, ovvero sull'osservanza della regola cautelare³⁷.

Se l'identità della responsabilità colposa si radica nella doppia misura della regola cautelare inosservata e dell'attribuibilità soggettiva di tale inosservanza al reo, la sola risposta dotata di efficacia retributiva e rieducativa è quella che si mantiene nei confini della struttura della colpa³⁸.

Senza poter o voler eguagliare gli sforzi sistematici della dottrina più autorevole, possiamo dire come il delitto colposo riparato può trovare la sua tipicità nella attuazione *ex post* della cautela violata.

Su questo l'esperienza maturata in Cile può costituire un valido paradigma³⁹.

A seguito del terremoto e dello tsunami che aveva investito le coste del Cile nel 2010, cagionando quasi 500 morti, 180 dei quali da ascriversi alla scorretta gestione dell'allerta, gli imputati del relativo processo avevano beneficiato della *suspensión condicional del procedimiento*. La decisione era subordinata all'adozione di misure riparative quali le pubbliche scuse e l'organizzazione di seminari sulla gestione del rischio tsunami da tenere presso le popolazioni colpite.

In questo senso, appare centrale la decisione di imporre misure riparative che nel solco della regola cautelare violata, ne ripensano il contenuto e la declinazione applicativa, come è accaduto in questo caso con l'organizzazione e la conduzione di seminari rivolti alla popolazione sul rischio tsunami.

Il programma di giustizia riparativa attuato attraverso l'offerta di un contenuto educativo rappresenta il collegamento ideale fra il sistema cileño e quello italiano, alla luce del quale possiamo muovere per formulare alcuni auspici in merito alla costruzione di un rapporto fra responsabilità colposa e giustizia riparativa.

37 Parla di una «risposta al reato intesa come 'progetto'» L. EUSEBI, *La fraternità ferita: colpa, pena e giustizia riparativa*, in R. RAGONESE (a cura di), *Fraternità ferita e riconciliazione*, Milano, 2017, p. 51. Tale soluzione sarebbe ammessa, attesa anche l'assoluta libertà nella scelta delle misure riparatorie che possono avere un contenuto simbolico come sottolineato da E. MATTEVI, *Giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. CASTRNUOVO M. DONINI E.M. MANCUSO G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, p. 255.

38 Questa proposta si avvicina alla tesi della «pena agita», sostenuta da M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 236 ss.

39 Su questa vicenda si veda C. VALBONESI, *Rischio terremoto e rischio maremoto. Sistemi di prevenzione e modelli di responsabilità in un confronto fra diritto penale cileno e diritto penale italiano*, Napoli, 2022, *passim*.

Così, *de iure condito*, sembra oggi necessario valorizzare l’importanza essenziale dell’incontro fra «la persona indicata come autore dell’offesa» e le vittime affinché queste ultime e la comunità ferita possano avere contezza, in tempi più rapidi rispetto a quelli garantiti dalla giustizia penale, delle reali cause sottese al verificarsi dell’evento infausto, le quali spesso originano nella fisiologica incertezza scientifica che domina molti settori del sapere e nella complessità sistemica di molte strutture deputate alla gestione del rischio.

In questo senso, essenziale appare la scelta di ammettere alla partecipazione del percorso riparativo e all’attuazione delle relative misure non soltanto il soggetto che ha violato una cautela, bensì coinvolgere l’intera organizzazione nella quale si è consumato questo *errore*, in modo da poter sviluppare rinnovate strategie di prevenzione, di intervento e di controllo funzionali a governare i rischi più insidiosi.

Fondamentale appare il percorso di neutralizzazione della logica del *capro espiatorio* che permette di contenere una non più tollerabile frattura fra scienza, diritto e società le quali, nel loro volto plurale, aspirano a divenire comunità⁴⁰, nella speranza che la postmodernità non diventi una *postumanità*.

40 Sulla propensione della magistratura, come dell’opinione pubblica, ad individuare figure che assolvono la funzione di capro espiatorio, si veda, per tutti, P. GRECO, *Nuvole e orologi. L’incertezza della scienza e le certezze dei media*, in A. AMATO A. CERASE F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, cit., p. 9.