

prof. FAUSTO GIUNTA  
Università di Firenze

## IL DIRITTO PENALE E LE SUGGERZIONI DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE (\*)

SOMMARIO: 1. L'indubbio fascino del principio di precauzione. – 2. La difficile penetrazione del principio di precauzione nel diritto penale. – 3. Le basi metagiuridiche del principio di precauzione: le premesse fattuali, il modello di approccio al problema del rischio, il precipitato normativo. – 4. Le interpretazioni “radicali” del principio di precauzione. – 5. Le concezioni “moderate”. – 6. Il possibile ruolo della norma penale. – 7. Principio di precauzione e responsabilità per colpa. – 8. Il processo di democratizzazione delle regole cautelari. – 9. Una possibile prospettiva: la previsione di reati ingiunzionali a tutela di valutazioni di rischio partecipate.

### 1. *L'indubbio fascino del principio di precauzione*

Il dibattito sull'etica della responsabilità, ossia sul dovere dell'umanità di conformare il proprio agire in modo compatibile con i diritti delle generazioni future, ha varcato i confini della filosofia morale. Da qualche tempo, infatti, la scienza giuridica internazionale si interroga sulle molteplici prospettive regolative che il “principio responsabilità”, secondo la rinomata definizione jonasiana<sup>1</sup>, ambisce a dischiudere.

Anche la dottrina penalistica si è accostata al tema<sup>2</sup>. E sebbene non si sia

\* Testo della relazione presentata al Convegno di studio, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, sul tema “Il principio di precauzione nel diritto contemporaneo”, Abbadia di Fiastra, 19-21 ottobre 2006.

<sup>1</sup> H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung* (1979), trad. it. *Il principio responsabilità, Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino, 2002. In argomento, v. di recente, K.O. APEL - P. BECCHI - P. RICOEUR, *Hans Jonas. Il filosofo e la responsabilità*, Milano, 2004.

<sup>2</sup> *Amplius* C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, in *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 77 s. Nella nostra letteratura, v.: F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente. L'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 847 e 861; ID., *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 162 s.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 119 s.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 552 s. e 634 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 250 s.; ID., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 786 s.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1743 s.; V.

ancora pervenuti a una compiuta teorizzazione dei nessi tra “precauzionismo” e diritto penale, non mancano di affiorare le potenziali interferenze del nuovo principio sull’operatività di istituti controversi, come la causalità e la colpa, la cui funzione imputativa è costantemente soggetta alla deformazione che vi imprime la crescente richiesta di tutela.

Per non dire del contributo che la logica della precauzione parrebbe offrire alla legittimazione dei reati di pericolo astratto al di fuori del tradizionale perimetro tracciato dal principio di offensività: ossia non in termini di problematica eccezione, ma come diretta applicazione del sovraordinato principio di cautela, che, come noto, trova oggi un’espressa positivizzazione nell’art. 174, par. 2, Tr. CE.

*Last but not least* il principio di precauzione si candida a operare quale direttrice di politica legislativa in settori nevralgici, come l’ambiente, le biotecnologie, la responsabilità da prodotto, la sicurezza del lavoro e finanche l’attività medica, nei quali l’impiego della sanzione penale è tutt’altro che infrequente.

Certamente l’interesse del giurista per il principio di precauzione è stato favorito dalla sua pur apodittica menzione nel citato art. 174, par. 2, Tr. CE. Ma le ragioni profonde del fascino che esso generalmente esercita dipendono non tanto dal suo riconoscimento a livello comunitario, quanto dalla forza propositiva del suo retroterra filosofico. Il “precauzionismo”, infatti, non si limita ad additare, con indubbia efficacia, i coefficienti di incontrollabile pericolosità insiti nell’odierna tecnocrazia, sempre più autarchica e autoreferenziale<sup>3</sup>. L’euristica della paura, che esso propone come risposta alle promesse utopistiche della società tecnologica, riflette una visione della modernità preoccupata, ma non apocalittica, che supera l’atmosfera di cupa premonizione, cui pure contribuisce, con parole d’ordine inequivocabilmente positive, perché eleva il futuro, la vita e l’umanità a doveri prioritari e inderogabili.

In breve: nella sua dimensione filosofica, come nella sua traduzione giuridica, il principio di precauzione ambisce a reagire alla deriva nichilista di un normativismo privo di scopi e di un individualismo libertario, che glorifica l’agire come massima espressione dell’essere. Da qui, e segnatamente con riguardo al rapporto tra uomo e ambiente, la presa di distanza dalla tradizione antropocentrica, in favore di un’etica della conservazione dove il progresso e la perfe-

TORRE, *Tutela penale della salute ed elettrosmog*, in *I reati contro la persona, I. Reati contro la vita e l’incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, 2006, p. 934 s.

<sup>3</sup> Ampio sviluppo dell’idea nella nota opera di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

zione non sono più imperativi categorici. In ragione di ciò il “precauzionismo” propone un’etica quotidiana dotata di respiro universale e un diritto che trova in questa nuova morale una legittimazione che vada oltre il sostrato della scelta politica contingente, nella premessa – oggi autorevolmente esplicitata<sup>4</sup> – che tra i compiti del diritto vi è anche quello di disciplinare la scienza, in nome del riaffermato (ancorché precario) primato del *nomos* sulla *téchne*.

## 2. La difficile penetrazione del principio di precauzione nel diritto penale

Per via della centralità che assume nella logica del principio di precauzione, l’idea di una responsabilità per il da-farsi, più che per il già-fatto, merita particolare attenzione.

In essa, infatti, sono racchiuse sia le ragioni della sua compatibilità con la natura regolativa del diritto, e soprattutto con il ruolo del diritto penale quale strumento di orientamento delle condotte umane, sia le difficoltà di conciliare il principio di precauzione con il carattere retrospettivo delle valutazioni cui è chiamato il giudice penale. Elementari regole di giustizia e di funzionalità impongono, infatti, la coincidenza tra il parametro di giudizio e la regola di condotta, ossia la riconoscibilità *ex ante* della norma di comportamento e la ragionevole prevedibilità degli esiti della valutazione giudiziale.

Detto altrimenti e anticipando le conclusioni cui si perverrà: il principio di precauzione sembra avere maggiore agio a operare come criterio di politica legislativa, piuttosto che come nuova dogmatica penale. In particolare, la sua penetrazione nella struttura del reato potrebbe far giocare, in sede di giudizio, valutazioni che attengono al bisogno di pena, secondo schemi che, quando sono emersi in seno al dibattito sulla prevenzione generale quale autonomo criterio di commisurazione, sono stati fermamente respinti dalla dottrina in nome del primato della funzione garantistica della colpevolezza<sup>5</sup>; e non sarebbe auspicabile che essi rientrassero attraverso la nuova “finestra” del “precauzionismo”, il quale peraltro finirebbe per riproporli, non tanto in relazione alla graduazione della responsabilità, quanto nella più radicale prospettiva dell’arretramento della punibilità.

Non solo: la genericità precettiva del nuovo principio – che, non a caso, è apparso un concetto retorico atto a fondare un’argomentazione giuridica, ma inidoneo a dialogare con le scienze della natura<sup>6</sup> – rischia di confliggere sia

<sup>4</sup> N. IRTI, in N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001, p. 20.

<sup>5</sup> Per tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 112.

<sup>6</sup> Così A. GAMBARO, *Alcune riflessioni sul programma del XVI Colloquio biennale del-*

con i cardini di un diritto punitivo fondato sulla riconoscibilità dell'offesa e la sua concreta evitabilità, sia, e prima ancora, con l'istanza di determinatezza, caratteristica della norma penale.

### *3. Le basi metagiuridiche del principio di precauzione: le premesse fattuali, il modello di approccio al problema del rischio, il precipitato normativo*

Proprio la delicatezza dei rapporti tra "precauzionismo" e diritto penale suggerisce di indugiare ancora sulle basi metagiuridiche del principio di precauzione, al fine di evitare che l'indubbio coefficiente di saggezza insito nell'etica della responsabilità trasmodi nell'incondizionata apologia della sicurezza globale e nell'euforia della conservazione<sup>7</sup>, al punto da travolgere, in nome della tolleranza zero nei confronti del rischio tecnologico, quei fondamentali principi di garanzia della tradizione liberale, che non possono considerarsi alla stregua di ostacoli anacronistici e pretestuosi frapposti alla trionfale avanzata del nuovo mito della precauzione.

In questa prospettiva appare utile esaminare, seppure brevemente, il principio di precauzione sotto il triplice profilo delle premesse fattuali da cui muove, del modello di approccio al problema del rischio che esso propone e del precipitato normativo in cui si sostanzia.

Iniziando dal primo profilo, va detto subito che il principio di precauzione procede da basi indubbiamente solide, che invitano a ripensare l'idea stessa di progresso. La storia della scienza e delle sue applicazioni mostra un radicale mutamento di scena: sta tramontando la rappresentazione tradizionale dell'uomo esposto alle forze della natura, per lasciare spazio all'immagine della natura sempre più esposta all'azione "violatrice" dell'uomo. La "sottomissione" della natura da parte dell'uomo, obiettivo che ha scandito finora l'evoluzione della scienza, non si esaurisce più nello sfruttamento delle sue leggi causali; nel nuovo capitolo di storia in cui stiamo entrando, l'uomo si prepara alla modificazione irreversibile di tali leggi, nel senso che la tecnica "non si limita a rispecchiare la natura, ma la produce"<sup>8</sup>. In breve: il sentimento razionale di

*l'AIDC*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di G. Comandè e G. Ponzanelli, Torino, 2004, p. 16.

<sup>7</sup> Sul tema, v. le suggestive riflessioni di W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main, 2005.

<sup>8</sup> E. SEVERINO, *E con la tecnica l'uomo creò la natura*, *Corriere della Sera* del 19 settembre 2006, p. 59.

paura che alimenta il “precauzionismo” benché soffra di eccessi, non è gratuito, specie se si considera che l’alterazione degli equilibri naturali non è prerogativa potenziale di un singolo Prometeo, ma frutto dell’azione sinergica, e spesso inconsapevole, di molti operatori. Nel diritto dell’ambiente, dove di recente il principio di precauzione è stato positivizzato anche a livello della nostra normativa interna<sup>9</sup>, è evidente l’esigenza di centrare l’azione di prevenzione non tanto sulla singola condotta inquinante, quanto sulle aggressioni seriali, magari di per sé modeste, ma i cui effetti sono amplificati dal loro impatto cumulativo<sup>10</sup>. Queste constatazioni non mettono in crisi soltanto l’etica tradizionale, che teneva presente unicamente le condotte non seriali; esse impongono di ripensare il ruolo della prevenzione penale, tradizionalmente concepita in relazione a singole azioni. Lo stesso reato abituale non fa eccezione alla regola: esso si caratterizza per condotte plurime, ma numericamente definite, tutte realizzate dallo stesso soggetto, là dove nel diritto penale dell’ambiente l’azione sinergica dipende da un numero imprecisato e imprecisabile di condotte e agenti.

A questi problemi – e passando al secondo livello di analisi – il “precauzionismo” si avvicina, come si è detto, con un approccio all’insegna dell’anti-anthropocentrismo. L’etica tradizionale viene superata, infatti, attraverso la svalutazione del primato della libertà dell’azione, la cui legittimità non è incondizionata espressione della volontà di potenza, ma dipende dalla portata dei suoi effetti, da misurarsi secondo un parametro del tutto rivoluzionario. E precisamente: l’orizzonte massimo del concetto di responsabilità non è costituito più dalla realtà contemporanea e prossima; la nuova etica dilata la categoria del dovere oltre il limite temporale della vita individuale, al pari del senso di responsabilità che deve accompagnare l’agire dei genitori nei confronti dei figli<sup>11</sup>. Questa metafora bene esprime la nuova deontica: in termini penalistici, essa si traduce nell’ipostatizzazione di una generale posizione di garanzia, espressione di un dovere solidaristico di sicurezza che si estende a un futuro ancora lontano. Lo stesso parametro misuratore della pericolosità dell’azione muta: dalle conoscenze dell’uomo di buona volontà, ossia da un parametro medio, si passa al sapere dello scienziato, in nome della massima prevenzione, la quale impone il sacrificio del presente per il futuro<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> V. l’art. 178 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. codice ambientale.

<sup>10</sup> H. JONAS, *op. cit.*, p. 11. Dall’angolazione penalistica, v. F. GIUNTA, *Il diritto penale dell’ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1116 s.

<sup>11</sup> H. JONAS, *op. cit.*, p. 128 s.

<sup>12</sup> Nell’uomo saggio, ammoniva del resto A. SCHOPENAUER (*L’arte di essere felici*, 23 ed.,

Venendo al precipitato normativo del “precauzionismo”, esso si può compendiare nel seguente precetto: “agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un’autentica vita umana sulla terra”<sup>13</sup>. Di fronte all’eventualità che l’azione presente comprometta il diritto delle generazioni future, scatta il dovere di non agire, quale elementare metodo per prevenire modificazioni irreversibili. Volendo traslare in termini penalistici il precipitato normativo del “precauzionismo”, si può dire che la generale posizione di garanzia che grava su ciascuno, essendo mirata all’obbiettivo della conservazione dell’esistente, non anche al suo miglioramento, impone di fronteggiare il pericolo insito nell’agire attraverso la regola dell’astensione, che viene elevata a prototipo della condotta virtuosa.

#### 4. Le interpretazioni “radicali” del principio di precauzione

Com’è ovvio, il precipitato normativo è l’aspetto del “precauzionismo” che più interessa al giurista e segnatamente al penalista. Sennonché, proprio la traduzione del “precauzionismo” in regola di condotta è il profilo più sfuggente della nuova etica. Gli esiti che possono discenderne sono tra di loro assai diversi, stante la nota ambivalenza del principio<sup>14</sup>. Quest’ultimo, infatti, pur essendo mosso dall’intento di offrire una tutela a beni come l’ambiente, la sicurezza e la salute collettiva, al punto di essere avversato soprattutto dalle lobby delle multinazionali che operano nel campo delle biotecnologie, si presta al contempo a minare la laicità dello Stato e a giustificare pretestuose istanze protezionistiche<sup>15</sup>.

La carenza di identità della regola precauzionale trova conferma nella constatazione che gli specialisti della materia distinguono varie interpretazioni del principio di precauzione, le quali vanno dalle concezioni radicali a quelle moderate<sup>16</sup>.

Secondo le prime, la regola dell’astensione scatterebbe in presenza di qua-

Milano, 2006, p. 79, nota 2), “il futuro prende sempre a prestito dal presente, mentre nel folle superficiale il presente prende sempre a prestito dal futuro, che fa quindi bancarotta”.

<sup>13</sup> H. JONAS, *op. cit.*, p. 16.

<sup>14</sup> Da ultimo D. PULITANÒ, *Gestione del rischio*, cit., p. 787.

<sup>15</sup> In argomento, v. U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, p. 42.

<sup>16</sup> Si tratta di una distinzione ricorrente nella letteratura. V. per esempio S. GRASSI, *Prime osservazioni sul ‘principio di precauzione’ come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2001, p. 45 che parla di versioni forti e deboli. Per una classificazione ancora più articolata, A. SIMONCINI, *Alcune note su fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione e incostituzionalità degli effetti referendari*, in [www.laprocreazioneassistita.it/dottrina.htm](http://www.laprocreazioneassistita.it/dottrina.htm).

lunque fattore di rischio potenziale, riguardo al quale la scienza non ha certezza delle conseguenze<sup>17</sup>. L'onere della prova concernente la non rischiosità dell'azione graverebbe sull'agente, che verserebbe *in re illicita* per il solo fatto di avventurarsi nel campo dell'ignoto. Considerato che ogni progresso della scienza dischiude nuovi territori da esplorare, ossia nuovi campi di più o meno intensa ignoranza, non è azzardato affermare che le accezioni radicali del principio di precauzione più che nella direzione errata, non conducono in alcuna direzione, posto che ne risulterebbe paralizzata qualsiasi decisione di fronte al rischio che non si risolve nel *nihil agere*<sup>18</sup>. Non solo: la preoccupazione di assicurare, attraverso l'astensione, "la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra" pone il problema di cosa si debba intendere per "autentica vita": un concetto, questo, idoneo ad essere riempito dei contenuti più vari, ivi comprese le concezioni puramente regressive degli stili di vita.

In effetti, già nella sua elaborazione filosofica, il "principio responsabilità" presenta una marcata filigrana antiscientifica e antiprogressista, soprattutto, ma non soltanto, nel campo della bioetica quale disciplina sempre più difensiva<sup>19</sup>. Non meraviglia, dunque, che il "precauzionismo" sia stato accusato di veicolare "solo irrazionalismo antiscientifico o paternalismo etico-politico"<sup>20</sup>, di essere un falso concetto che crea problemi reali, tra i quali spicca l'incombenza del dirigismo amministrativo a scapito della libertà della ricerca<sup>21</sup>.

Valga, ad esempio, la lettura di una incisiva pagina di Hans Jonas, dove il teorizzatore del "principio responsabilità" affronta il problema del prolungamento della vita, chiedendosi fino a che punto sia auspicabile la concreta possibilità di contrastare i processi biochimici di invecchiamento, posto che viene così ad alterarsi l'equilibrio tra morte e procreazione. Dal punto di vista demografico – osserva Jonas – "il prezzo del prolungamento dell'età è un proporzionale rallentamento nel ricambio, ossia una riduzione dell'apporto di nuova vita: ne risulterebbe una percentuale decrescente di giovani

<sup>17</sup> Di recente, con riguardo all'elettrosmog v. C.M. NANNA, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, 2003, passim.

<sup>18</sup> C.R. SUNSTEIN, *Beyond the Precautionary Principle*, in [www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html](http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html), p. 15 s.

<sup>19</sup> G. CORBELLINI, *L'eccesso di precauzioni uccide la voglia di sapere*, *Il sole 24 ore*, 14 settembre 2003, p. 39, con riferimento al volume di J. BARON, *Against Bioethics*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), 2006.

<sup>20</sup> G. CORBELLINI, *Opinioni geneticamente modificate*, *Il sole 24 ore*, 10 aprile 2005, p. 36.

<sup>21</sup> G. BRAMOULLÉ, *Un principio assai di moda ma totalmente da rivedere*, in [www.liberafondazione.it](http://www.liberafondazione.it).

in una popolazione anziana”<sup>22</sup>. Fino a che punto – prosegue Jonas – è giusto o ingiusto occupare preventivamente il posto della gioventù? Si badi: qui Jonas parla della gioventù che non c’è ancora e di una vecchiaia che non è più tale. Ebbene, non vi è il rischio che, così ragionando, si finisca per stabilire, a danno della vita che si conquista, una durata predeterminata dell’età media della nostra esistenza, là dove – come dimostra la storia biologica – essa non è fissa, ma è venuta aumentando nel tempo? Perché mai la maggiore estensione della vita dovrebbe considerarsi un’usurpazione a danno di qualcuno e non una legittima aspettativa che la scienza ha contribuito a consolidare?

Bisogna guardarsi poi dall’enfasi di talune interpretazioni più precauzioniste del principio di precauzione stesso. L’immagine certamente suggestiva, per la quale la terra ci è data in prestito dai nostri figli<sup>23</sup>, pone il problema di meglio specificare il diritto delle generazioni future a ricevere una terra incontaminata. Nel 1600 Manhattan era una foresta: è a quel territorio che hanno diritto i nostri figli o il loro diritto comprende anche la storia urbanistica che l’uomo ha scritto con la sua esistenza sul territorio? Non si cela dietro questo oltranzismo ambientalistico una concezione riduttiva della natura, come entità distinta dalla cultura? Forse che le generazioni future non hanno diritto anche alla cultura urbanistica delle generazioni presenti, salvo, ovviamente, la libertà di dissentire sulla qualità di un siffatto lascito? Come tutti i miti, anche quello della natura come entità assoluta rischia di de-storicizzare il concetto stesso di natura e di contrapporlo a quello di cultura.

Del resto, la concezione della natura come entità imm modificabile è un dogma che viene messo oggi in discussione in settori nevralgici della nostra vita sociale, come testimonia il recente dibattito sulla fecondazione medicalmente assistita. Quanti avversano la fecondazione eterologa non fanno leva soltanto sul diritto (non privo di fondamento) del futuro uomo di conoscere la propria discendenza biologica. Vi anche è chi, autorevolmente, facendo leva per l’appunto sul principio di precauzione<sup>24</sup>, invoca la necessità di salvaguardare la dimensione naturale della famiglia, assumendo, in modo legittimo ma culturalmente opinabile, la bigenitorialità o la eterosessualità dei genitori quale dato imm modificabile. Il principio di precauzione consente anche questo:

<sup>22</sup> H. JONAS, *op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> Si tratta dello slogan dell’Assemblea nazionale dei Verdi del 1986. Lo ricordano G. FRANCESCATO - A. PECORARO SCANIO, *Il principio di precauzione*, Milano, 2002, p. 25.

<sup>24</sup> F. D’AGOSTINO nell’intervista riportata nel sito [www.lucacoscioni.it/node/2800](http://www.lucacoscioni.it/node/2800).



l'elevazione dell'immodificabilità della natura da limite della scienza a precepto morale.

E ancora: la stessa idea dei diritti delle generazioni future offre il destro al rilievo che "Le generazioni sono un'astrazione, dal momento che si intersecano tra loro in un continuum temporale. La terra non è abitata da una generazione che poi viene sostituita da un'altra e da un'altra ancora. Più generazioni convivono nello stesso momento, e le varie teorie includono come agenti morali solo coloro che possono interagire tra di loro"<sup>25</sup>.

Orbene, ove la sanzione penale si prestasse a "servire" un diritto della massima precauzione, come tale ispirato alle concezioni "forti" del "principio responsabilità", il diritto penale rischierebbe di assumere venature liberticide, posto che altro è il legittimo progetto del diritto di regolare la scienza, altro è assicurare con sanzione penale l'effettività della massima secondo cui "meglio la limitazione della crescita"<sup>26</sup>. Soprattutto, ne uscirebbe fortemente attenuata, al limite del suo sovvertimento, l'immagine del diritto penale come arcipelago di divieti in un mare di libertà<sup>27</sup>. In molti campi emergenti (si pensi ancora alle biotecnologie), tutto o quasi tutto sarebbe potenzialmente illecito, salvo prova della sua innocuità, da fornirsi alla stregua dell'impegnativo parametro della migliore scienza ed esperienza; la qual cosa equivarrebbe a un'ulteriore e preoccupante espansione dell'odierno panpenalismo.

Soprattutto se si affidasse l'effettività del credo precauzionistico alla categoria normativa della colpa, l'ambito del penalmente rilevante verrebbe a dilatarsi fino a vanificare il principio di frammentarietà, il quale, al pari del principio di tipicità, tarda ad inverarsi nel campo della colpa a causa della difficoltà di ricostruire il fatto colposo come illecito caratterizzato dalla modalità di lesione. Al di là delle affermazioni di facciata, ancora poco avvertita è, infatti, l'esigenza di concepire il dovere di diligenza come autentica regola modale, predeterminabile in astratto e tale da ricondurre gli illeciti colposi di evento alla categoria dei reati a forma vincolata, dove il vincolo di tipicità che riguarda la condotta è dato dalla rigorosa preesistenza della regola cautelare doverosa, sia essa positivizzata o esperienziale. Per lo più il "principio responsabilità" porterebbe a deformare il giudizio di prevedibilità al punto da farlo

<sup>25</sup> A. MASSARENTI, *Responsabilità tra generazioni*, *Il sole 24 ore* del 15 agosto 2004, p. 27.

<sup>26</sup> Con riferimento a talune sue applicazioni nel campo della ricerca sulle cellule staminali, compendia in queste parole il principio di precauzione, C. COLOSIMO, *Quando la precauzione diventa assioma*, in <http://staminali.aduc.it>.

<sup>27</sup> Secondo l'efficace immagine di E. BELING, ripresa da G. BETTIOL, *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, Padova, 1984, p. 112.

giocare, più che come presupposto del dovere di adottare la regola cautelare maggiormente idonea al contenimento del rischio di azione, come base della regola dell'astensione, con conseguente azzeramento dell'ambito del rischio consentito e trasformazione dell'astensione da opzione residuale (tale è secondo gli enunciati della dottrina prevalente) a obbligo primario.

Nel campo dell'ambiente, poi, il diritto penale verrebbe chiamato a garantire una concezione che vede nella "terra" una entità destinata a restare *tabula rasa* ovvero una lavagna dalla quale deve essere cancellato di ogni segno che la vita in atto produce. Ne deriverebbe un modello di reato ecologico costruito sull'intangibilità dell'ambiente e in contrasto con il principio comunitario dello sviluppo sostenibile, che, con maggiore realismo, fonda la tutela dell'ambiente (anche quella penale) sul bilanciamento degli interessi, secondo una visione che si può definire ecocentrica temperata o, se si preferisce, moderatamente antropocentrica. Non a caso è al modello del *Verwaltungsstrafrecht* che si ispira oggi la gran parte dei sistemi penali: l'intervento punitivo si modella sull'esito del contemperamento degli interessi in gioco, effettuato in primo luogo dalla legge e in seconda battuta dalle amministrazioni competenti, alle quali spetta il compito di conciliare la tutela dell'ambiente con lo svolgimento di attività potenzialmente inquinanti, ma socialmente utili, come, ad esempio, la produzione industriale.

In breve: le concezioni radicali del "precauzionismo" condurrebbero a rompere con la tradizione penalistica liberale, ispirata a principi di razionalità politico-criminale.

### 5. Le concezioni "moderate"

Le interpretazioni moderate del principio di precauzione presentano, al loro interno, un ampio ventaglio di gradazioni, che non potranno qui approfondirsi. Preme rilevare, invece, che la loro nota comune consiste nel prevedere, di fronte a una data attività la cui pericolosità è scientificamente incerta, una alternativa al divieto tombale del suo svolgimento.

Nell'ambito di questo filone di pensiero deve collocarsi l'orientamento di chi, pur ammettendo che sia legittimo interdire una data attività nell'incertezza della sua pericolosità, concepisce tale rimedio come una misura temporanea e provvisoria. Il divieto si risolverebbe cioè nella semplice moratoria, valida per un tempo ragionevole e di regola non rinnovabile, pena la sua trasformazione in divieto assoluto, ove la sospensione dell'attività potenzialmente rischiosa finisse per collegarsi alla soglia mobile della persistente incertezza

scientifica, la quale può prolungarsi per un tempo indeterminato contraddicendo la logica del blocco temporaneo<sup>28</sup>.

Naturalmente, anche così concepita, la moratoria appare un rimedio estremo, posto che, per le concezioni moderate del principio di precauzione, i coefficienti di pericolosità dell'azione devono essere contenuti principalmente attraverso una regolamentazione che ne ammetta lo svolgimento, purché entro margini di sicurezza che siano ragionevoli: o vietando le sole attività i cui coefficienti di rischio sono scientificamente provati o ammettendo lo svolgimento dell'attività pericolosa, ma in subordine all'adozione di misure protettive, la cui funzione è quella di cautele atte a contemperare l'interesse sotteso allo svolgimento dell'attività con il contenimento degli eventuali fattori di rischio.

Come si può osservare, le accezioni moderate del "precauzionismo" finiscono per avvicinare il nuovo principio a quello, per così dire tradizionale, di prevenzione, anch'esso positivizzato nell'art. 174 Tr. CE, fino all'estremo di considerarlo una sorta di duplicazione del principio di prevenzione<sup>29</sup>. Ad ogni modo, volendo tenere distinti i due principi, essi si differenzerebbero non tanto per una diversità di approccio al problema del rischio tecnologico, ma principalmente per le situazioni prese in considerazione: i rischi noti, da un lato, e quelli possibili e non ancora provati, dall'altro. I due principi verrebbero a trovarsi, di conseguenza, in rapporto di scalarità: la prevenzione rimane il metodo ordinario di trattamento del rischio, mentre la precauzione coprirebbe un ambito residuale ed eccezionale.

Vero ciò, la principale differenza tra l'approccio preventivo e quello precauzionale si coglie in relazione ai compiti dell'ordinamento giuridico, nel senso che la maggiore gravità delle misure di contenimento del rischio che sono proprie del "precauzionismo" impone al diritto di assicurare un surplus di partecipazione democratica alle scelte relative al rischio<sup>30</sup>, onde evitare che il contenimento della scienza incerta e autarchica sia rimesso, paradossalmente, al solitario sapere tecnocratico di nuovi sacerdoti del tempo: siano essi burocrati comunitari, amministratori locali o, per quel che qui più interessa, giudici penali.

Nel campo dell'ambiente, che è il principale settore di incidenza del principio di precauzione, la questione del passaggio dalla scienza incerta alla scienza

<sup>28</sup> Con riguardo alla materia degli xenotrapianti, v. F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza*, cit., p. 177 s.

<sup>29</sup> Sul punto, di recente, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p. XIX.

<sup>30</sup> In argomento, v. S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., p. 40.

negoziata è tutt'altro che negletta<sup>31</sup>. L'istanza di una maggiore partecipazione democratica alla formazione delle decisioni che maturano a livello amministrativo, tale da coinvolgere la società civile e soprattutto i soggetti esposti ai rischi reali o potenziali, è avvertita anche allo scopo di meglio attuare il principio di democrazia nella formulazione delle incriminazioni ambientali, le quali, come noto, vengono eterointegrate in relazione a elementi di fattispecie da cui dipende in modo decisivo il raggio di azione della tutela penale<sup>32</sup>. Invero, benché le norme tecniche che implementano la disciplina dell'ambiente si fondino su conoscenze e valutazioni provenienti dalle scienze teoriche ed applicate, nulla impedirebbe che la loro formulazione passasse attraverso una previa istruttoria, aperta a tutti i soggetti interessati, sia sul piano scientifico che su quello della tutela degli interessi coinvolti, sì da garantire il più ampio consenso all'innegabile risvolto politico che si annida nel giudizio tecnico in esse racchiuso. Assai utile alla realizzazione di una democrazia partecipativa del rischio, che sia in grado di modificare il rapporto tra amministrazione e cittadino, è l'istituzione di forum consultivi, multidisciplinari e indipendenti<sup>33</sup>. In tal modo, e al contempo, si verrebbe ad attenuare l'attuale tensione esistente tra le fattispecie penali ambientali e il principio della riserva di legge. È noto infatti che nella materia dell'ambiente l'eterointegrazione della norma incriminatrice, attuata attraverso il ricorso a elenchi tabellari delle sostanze inquinanti, supera i confini della specificazione tecnica, ritenuta compatibile con il dettato costituzionale<sup>34</sup>. In realtà tali elenchi non si limitano a indicare le sostanze inquinanti, ma stabiliscono anche i limiti di liceità della loro immissione. In breve, essi descrivono pressoché interamente la condotta tipica. Non solo: la legge penale, nel parlare genericamente di sostanze, non indica nemmeno la cornice entro cui il regolamento viene a porsi come strumento di specificazione di un elemento di fattispecie. Anche per questa ragione, dunque, sarebbe auspicabile una maggiore partecipazione democratica all'implementazione tecnica delle norme penali ambientali, come sostitutivo garantistico della riserva di legge.

Ma all'ordinamento spetta anche un altro importante compito: quello di assicurare, contro eventuali mistificazioni scientifiche al soldo ora di questa

<sup>31</sup> Di recente, v. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004, p. 36.

<sup>32</sup> Sul punto, v. F. GIUNTA, *Ideologie punitive*, cit., p. 852 s.

<sup>33</sup> Cfr. ancora L. MARINI, *Il principio di precauzione*, cit., p. 37 s.

<sup>34</sup> V. Corte cost. 14 giugno 1990, n. 282, *Foro it.*, 1991, I, c. 3020 s.

ideologia, ora di quel credo religioso, sia il corretto accertamento dello stato di incertezza scientifica che funge da base a decisioni ispirate alla logica della precauzione, sia, e soprattutto, la trasparenza della informazione pubblica al riguardo. Stante la gravità delle sue conseguenze, il principio di precauzione è destinato, infatti, a operare in presenza di pericoli scientificamente plausibili, ancorché non provati. Ne consegue che non basta qualche fisiologica dissonanza nel ceto degli scienziati per decretare la condizione di incertezza scientifica necessaria (ma non sufficiente) per l'operatività del principio di precauzione. Se non si vuole sovrastimare la varietà di opinioni e di valutazioni che accompagna il dibattito scientifico in campi ancora da dissodare, è chiaro che di scienza incerta potrà parlarsi solo in presenza di una significativa convergenza di opinioni proprio sull'insufficienza e la contraddittorietà delle conoscenze.

## 6. *Il possibile ruolo della norma penale*

Se si condividono le ragioni per le quali è preferibile la concezione temperata del principio di precauzione, viene a chiarirsi, ad un tempo, che il suo ambito operativo risulta alquanto limitato. Il principio di precauzione, infatti, finisce per interessare, in via eccezionale, quelle attività, i cui supposti coefficienti di rischio, ancorché incerti ma plausibili, lasciano prefigurare conseguenze di sicura gravità, irreversibili e incalcolabili. Infatti, sono questi – e solo questi – gli scenari che per Jonas devono affrontarsi in base al canone “*in dubio pro malo*”, prestando, cioè, più ascolto alla profezia di sventura che a quella di salvezza<sup>35</sup>. Diversamente ragionando, il “precauzionismo” rischierebbe di esaurirsi davvero in una favola arrogante<sup>36</sup>, intesa puramente a contrastare il ceto degli scienziati.

Detto altrimenti: la concezione moderata del principio di precauzione ritaglia un nuovo e circoscritto ambito di rischio (temporaneamente) non consentito, in relazione al quale l'ordinamento persegue l'ambizioso obiettivo di abbassare a zero il livello di pericolo. Ne esce confermato, che, viceversa, in via ordinaria l'esercizio dei diritti di libertà e, segnatamente, lo svolgimento delle attività socialmente utili ben possono comportare coefficienti di rischio, ri-

<sup>35</sup> H. JONAS, *op. cit.*, p. 39.

<sup>36</sup> Così T. REGGE, *Tutti i rischi dell'ambientalismo*, in [www.zadig.it](http://www.zadig.it). Contro l'applicazione integralista del principio di precauzione, v. anche R. LEVI MONTALCINI, nell'intervista di G.M. Pace, *Nessun lucchetto al cervello*, *La Repubblica* del 14 febbraio 2001, p. 3.

spetto ai quali il dovere di diligenza impone l'adozione di regole modali idonee al loro contenimento, ma non preclusive dell'attività<sup>37</sup>.

È in relazione all'anzidetto ambito di rischio (temporaneamente) non consentito, dunque, che ci si deve interrogare sul ruolo di supporto che può giocare il diritto penale, allo scopo di garantirne la corretta gestione. Si tratta di un compito non facile, che si sostanzia nella ricerca di uno spazio tra due estreme espressioni dell'irrazionale: l'una si sostanzia nella mera volontà di potenza della *téchne*; l'altra celebra il primato dell'inazione.

Non va trascurato, infatti, che una delle caratteristiche del diritto penale moderno, insita nella sua matrice illuministica, consiste nella sua fondazione razionale e, conseguentemente, nella sua secolarizzazione. Ebbene, il "precauzionismo" non può certo significare rinuncia al logos del diritto penale, ossia alla razionalità dell'intervento punitivo. E per questa ragione vanno respinti i tentativi di utilizzare il principio di precauzione come strumento di flessibilizzazione del nesso causale, come è pure accaduto nella giurisprudenza di merito in materia di elettrosmog<sup>38</sup>. Come noto, la storia dogmatica della causalità registra il percorso opposto verso forme di razionalizzazione del suo accertamento in termini nomologico-deduttivi, ossia attraverso il ricorso al metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura. Sul piano processuale, poi, l'estensione alla causalità del canone della certezza razionale "oltre ogni ragionevole dubbio" non può che bandire affermazioni di responsabilità fondate sulla mera plausibilità scientifica della copertura causale. Ma analogamente deve dirsi del giudizio di idoneità offensiva richiesta dalle fattispecie incriminative di pericolo concreto. Così, per rimanere nel campo dell'elettrosmog, l'impiego della contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.), come fattispecie residuale attraverso cui sanzionare la creazione di campi elettromagnetici atipici ai sensi della normativa di settore, non potrà contare sul principio di precauzione quale paravento per interpretare il requisito dell'idoneità a "offendere o [...] molestare persone" in modo svicolato da un parametro scientifico di riferimento.

Tutto ciò precisato, la prima questione che si pone è quella di stabilire nei confronti di chi opera il principio di precauzione, ossia su quale soggetto grava l'obbligo di riconoscere e, se del caso, accertare la situazione di pericolo

<sup>37</sup> *Amplius* F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 233 s.

<sup>38</sup> Correttamente, V. TORRE, *Tutela penale*, cit., p. 944, con riferimento a Pret. Rimini, 12 giugno 1999, in *Dir. e giust.*, 1999, n. 37, p. 21.

potenziale idonea a far scattare l'obbligo di astensione dallo svolgimento dell'attività. Il problema, per dirla diversamente, è quello di stabilire se il principio di precauzione ha come suoi esclusivi interlocutori le istituzioni, cui spetta tradurlo in processi normativi e decisionali vincolanti per i cittadini, ovvero se esso opera anche e direttamente nei confronti dei singoli cittadini, alla stregua di una regola di condotta individuale.

### 7. *Principio di precauzione e responsabilità per colpa*

Iniziando da quest'ultima ipotesi di lavoro, ci si deve chiedere ulteriormente se e in che termini può esservi un nesso funzionale tra il principio di precauzione e la responsabilità per colpa.

È del tutto superfluo dilungarsi sulle note e perduranti difficoltà che incontra la colpa a operare come criterio di imputazione pienamente conforme ai principi di colpevolezza e di legalità-determinatezza. Preme rilevare piuttosto che l'ipostatizzazione di un generale, ma fatalmente generico, dovere di diligenza di tipo precauzionale<sup>39</sup>, ammesso che sia enucleabile dall'art. 174, par. 2, Tr CE, equivarrebbe a scaricare su singoli cittadini decisioni in situazioni di incertezza scientifica certamente complesse, le quali, proprio per questa ragione, dovrebbero competere principalmente alle istituzioni e non agli operatori privati, nemmeno quando questi ultimi siano soggetti economicamente forti e, come tali, in grado di affrontare il costo economico di un'approfondita attività istruttoria. Non deve trascurarsi, infatti, che il principio di precauzione si attegga principalmente a criterio di buona amministrazione; non a caso è principalmente agli enti pubblici che compete attuarlo. Per quale ragione, dunque, proprio nel settore del diritto penale, che, per la gravità delle sue conseguenze, più abbisogna di un approccio razionale, si dovrebbe ammettere una forma di responsabilità colposa fondata sull'incertezza scientifica, addossando per lo più la gestione del dubbio ai singoli, con speculare deresponsabilizzazione delle istituzioni? Il cittadino verrebbe gravato del compito disumano di trarre da ipotesi di latenza del rischio (già di per sé difficili da enucleare) regole concrete di diligenza atte ad intercettare lo spettro preventivo che sarà convalidato da future scoperte scientifiche e a precludere l'avvento di un fatto tipico, del quale, al momento della condotta, si può dire soltanto che non è escludibile.

In altre parole, ci si deve chiedere se il tentativo di affiancare alla colpa per

<sup>39</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione*, cit., p. 1761 s.

violazione di regole cautelari di natura scientifico-esprienziale, una nuova ipotesi di colpa generica fondata sull'inosservanza di regole precauzionali ispirate all'omonimo principio, non finisce piuttosto per accentuare in modo esponenziale la vaghezza della tipicità colposa, fino all'estremo di camuffare per regola cautelare preesistente la norma di condotta che si staglia "a posteriori"<sup>40</sup>, alla stregua dello *ius superveniens* fondato sulla nuova acquisizione scientifica. Così opinando, si trascura tra l'altro, che mentre la causalità si fonda su una spiegazione scientifica del tutto svincolata dalla dimensione deontica della regola di condotta, la norma cautelare si collega a eventi necessariamente prevedibili al momento della sua doverosità, con la conseguenza che una legge causale non ancora nota può essere oggetto di ipotesi, non di prevedibilità: può rilevare come parametro di accertamento del nesso eziologico, secondo la fisiologia dell'accertamento postumo, ma non può dar corpo retroattivamente a una cautela penalmente rilevante.

In situazioni di incertezza scientifica, infatti, risulterebbe assai ardua la stessa riconoscibilità dei presupposti fattuali della condotta doverosa (qual è il grado di incertezza scientifica che l'operatore dovrebbe ritenere sufficiente per affermare la plausibilità del dubbio?) e non meno certo l'*ubi consistam* del dovere di diligenza, sempre che lo si voglia identificare con comportamenti diversi dall'obbligo (seppur temporaneo) di inazione.

Come si vede, l'innesto del principio di precauzione nella colpa avrebbe effetti applicativi dirompenti; ma prima ancora ne sovvertirebbe l'essenza dogmatica e la funzione politico-criminale. Basti pensare che la prevedibilità dell'evento, caratteristica della colpa secondo le elaborazioni correnti, è irriducibilmente diversa dalla mera congettura di pericolosità che la scienza non può né fondare, né smentire. L'una consiste in una valutazione di verosimiglianza, l'altra si risolve in uno dei tanti giudizi di non impossibilità che si possono formulare in situazioni di incertezza. Tra la sponda della verosimiglianza e quella della non impossibilità non vi sono ponti, ma un rapporto di radicale alterità.

Ebbene, l'eventuale sopraggiungere della conoscenza scientifica, mentre consente la retroattività dell'accertamento causale in quanto giudizio puramente dichiarativo, non sana il difetto di un'autentica regola di condotta diversa dall'astensione. Invero, l'obbligo di approfondimento e di aggiornamento scientifico costituisce una pretesa di diligenza ancora e difficile da concilia-

<sup>40</sup> In argomento, L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 80.



re con il canone dell'esigibilità, per via della sua insanabile genericità. Di fatto si chiederebbe all'operatore, sotto la minaccia di pena, di superare lo stallo di conoscenze scientifiche, ossia gli si imporrebbe di farsi, se non primo attore, almeno mecenate della ricerca scientifica, promuovendo e delegando appositi studi; fermo restando che graverebbe su di lui la corretta valutazione delle evidenze così raccolte, affinché possa decidersi sul da farsi, mentre, in attesa che l'incertezza scientifica si sciogla nel nuovo sapere, l'obbligo di inazione manterrebbe la sua cogenza, con aggiramento del carattere temporaneo della moratoria. È chiaro, infatti, che, in contesti di incertezza scientifica, l'obbligo di astensione verrebbe meno solo con la prova della innocuità scientifica di una certa attività.

Senza contare, infine, che, ove l'ipotesi precauzionale trovasse una conferma scientifica postuma, alla violazione della regola precauzionale sarebbero difficilmente applicabili i principi dell'imputazione oggettiva dell'evento, cui va notoriamente il merito di aver riscattato l'ascrizione dell'evento colposo dalla logica del *versari in re illicita*. Invero, che senso avrebbe chiedersi se l'evento prodottosi rientrava nel fine di tutela della regola disattesa, ove quest'ultimo comprendesse per definizione l'ampio spettro di tutto ciò che è scientificamente incerto ma non impossibile?

In breve: la strada imboccata non sembra condurre a una gestione penale dell'incerto tecnologico, che sia efficace e ragionevole, perché attenua i principi di garanzia della responsabilità colposa e non aumenta l'effetto di prevenzione, notoriamente modesto, perché modesta è la risposta sanzionatoria collegata ai fatti colposi, a meno che non si voglia cogliere la pena nella celebrazione del processo, con il contorno massmediatico che ne consegue.

## 8. *Il processo di democratizzazione delle regole cautelari*

Nondimeno il dibattito che si è sviluppato intorno al principio di precauzione è utile a una nuova riflessione sulla responsabilità colposa, perché richiama l'attenzione su un metodo idoneo a rompere il cerchio della solitudine che sovente accompagna tanto l'agente colposo, quanto il giudice penale che deve accertarne la responsabilità. Il consueto criterio di individuazione della regola cautelare – ossia le capacità predittive dell'agente modello – ambisce a instaurare un duplice dialogo, per il vero immaginario. Esso intercorrerebbe, *ex ante*, tra l'agente reale e il modello di riferimento e, *ex post*, tra quest'ultimo e il giudice. Sennonché il parametro dell'agente modello fatica a funzionare come regola di condotta (basti pensare che non è consultabile dall'agente

reale che si volesse conformare a detto parametro), mentre come regola di giudizio subisce inevitabilmente le deformazioni che gli imprime il senno di poi. Da qui la sua agevole manipolazione da parte della giurisprudenza, che si è spinta fino a includervi saperi non disponibili: o perché propri dell'esperto universale o perché maturati successivamente<sup>41</sup>. In breve: del "dialogo" di cui si è detto non vi è vera traccia, con la conseguenza che regola di condotta e regola di giudizio non coincidono. Ciò dipende dal fatto che, come ogni idealità, anche la metafora dell'agente modello non esprime concrete norme comportamentali, bensì solamente un parametro deontico; ossia la pretesa, moralmente assai nobile, di elevare l'agente reale al livello dell'agente ideale, là dove la dimensione secolare del diritto dovrebbe poter contare sull'incarnazione dell'agente modello<sup>42</sup>. Da qui, dunque, quale dato costante, una sorta di solipsismo decisionale: l'agente è solo quando al momento di agire; potrebbe volere il consiglio dell'agente modello, che però parla con la chiarezza di un oracolo; e anche il giudice è solo al momento del giudizio, nonostante la ritrovata loquacità dell'agente modello, che, per bocca delle sue incarnazioni processuali (il riferimento è al consulente tecnico e al perito), gli esprime in forma di regola postuma un bisogno di pena, che può prescindere dalla meritevolezza di pena, quale giudizio fondato su tipicità e colpevolezza. Per questa ragione la figura dell'agente modello finisce per diventare una fune tesa tra l'essere accusato di negligenza e l'essere ritenuto colpevole.

Ebbene, proprio al fine di colmare i limiti che affliggono tale metodica, sarebbe auspicabile la massima partecipazione sociale alla formazione delle regole cautelari doverose, allo scopo di non rimettere interamente al giudice la valutazione postuma del rischio consentito. La questione che qui emerge, e si può solo sfiorare, è quella della legittimazione democratica della regola cautelare; un'esigenza, questa, che non è esclusiva delle situazioni prese in considerazione dal principio di precauzione. Soprattutto nel campo dei delitti colpo-

<sup>41</sup> Con riferimento a App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004, v. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1697 s.

<sup>42</sup> È la strada percorsa di recente da F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1294 s., secondo il quale la figura dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* "attribuisce rilevanza a soggetti sì per definizione normativi, ma al contempo 'reali': le persone 'in carne ed ossa', che operano e lavorano quotidianamente, sotto gli occhi di tutti, nel settore e al livello professionale dell'agente concreto [...] di fatto le regole di condotta non scritte rilevano 'in ragione della loro affermazione nella prassi'".

si, notoriamente “aperti” alle valutazioni fattuali del giudice, la crisi della dogmatica accentua il problema della legittimazione del giudice, già reso acuto dalla ritenuta crisi della legalità<sup>43</sup>.

In effetti, l'istanza di un più elevato coefficiente di partecipazione democratica alla formazione della regola cautelare vale anche per i fattori di rischio quotidiani e per così dire ordinari, in relazione ai quali la proposta di ricorrere alle consuetudini cautelari, in sostituzione o a integrazione del parametro espresso dall'agente modello, mira proprio a conciliare l'istanza di determinatezza della colpa (e i vantaggi che ne discendono sul piano dell'accertamento processuale) con l'esigenza di valorizzare la dimensione politico-sociale della regola cautelare, che non è solo giudizio tecnico, da rimettersi interamente alla migliore scienza ed esperienza. Invero, la colpa, pur fondando il giudizio di rimproverabilità su basi necessariamente scientifiche, presenta anche una dimensione sociale, dalla quale dipende la stessa legittimazione del giudice penale a sanzionarla. Da questa angolazione, il ricorso al parametro delle prassi cautelari presenta il vantaggio, tipico dei fenomeni consuetudinari, della formazione democratica diretta. Ciò non significa che le regole cautelari consuetudinarie non possano essere la base di una concertazione intesa a farle evolvere in prassi maggiormente virtuose. Questo traguardo è per l'appunto perseguibile attraverso lo spontaneo attivarsi dei soggetti esposti a determinate classi di rischio (meglio se organizzati in associazioni che si facciano portatori di tali interessi) e il confronto che ne deriva, in modo da democraticizzare la definizione del rischio consentito e consentire al corpo sociale di diventare, con le sue dinamiche anche politiche, ad un tempo il produttore e il fruitore delle regole di prudenza.

In breve: il “precauzionismo” acuisce un problema – quello della legittimazione democratica del dovere di diligenza – che riguarda l'intera teoria della colpa penale e finisce per coinvolgere il ruolo del giudice. Appare chiaro, infatti, che come la concretizzazione del dovere di diligenza non si esaurisce in una valutazione meramente tecnica, così il suo accertamento giudiziale non dipende soltanto dal sapere specialistico che viene acquisito nel processo attraverso lo strumento della consulenza tecnica e della perizia. Preponderante è la dimensione ideologica del dovere di diligenza<sup>44</sup>, che precede e orienta

<sup>43</sup> Di recente, sul complesso tema v. ampiamente F.C. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, p. 49 s.

<sup>44</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 246.

l'accertamento della colpa. Di essa, oggi, si fa interprete esclusivo il giudice, mentre sarebbe preferibile che una gestione concertata del rischio producesse i suoi effetti anche sul versante della responsabilità penale.

### 9. *Una possibile prospettiva: la previsione di reati ingiunzionali a tutela di valutazioni di rischio partecipate*

Come si è detto, in contesti di incertezza scientifica la regola cautelare più efficace e sensata appare la moratoria. È noto, del resto, che il dovere di inazione, posto dal legislatore o dalle autorità competenti, e la regola cautelare modale perseguono, in modo diverso e con costi sociali differenti, la stessa funzione preventiva degli eventi dannosi<sup>45</sup>. Per questa ragione il reato di pericolo astratto avente funzione cautelare, toglie spazio alla configurabilità di una responsabilità residuale per colpa.

Ebbene, in situazioni di incertezza scientifica, la strada maestra sembra passare per il potenziamento di reati di pericolo astratto, il cui utilizzo al servizio del principio di precauzione, benché non immune da riserve e fondate preoccupazioni<sup>46</sup>, non è nuovo, come testimonia la tipizzazione di reati ambientali su valori-soglia scientificamente inattendibili in quanto ispirati, per l'appunto, alla logica della massima cautela di fronte all'incerto<sup>47</sup>. Nella nostra legislazione se ne può rinvenire un esempio significativo nel d. lgs. 8 luglio 2002, n. 224, in materia di organismi geneticamente modificati<sup>48</sup>, che prevede sanzioni amministrative e penali (per lo più miti) per la creazione del rischio in sé, indipendentemente dall'attitudine di tale rischio a rilevare come pericolo per un bene giuridico. Il modello di prevenzione si ispira alla punizione della mera disobbedienza, ma in compenso offre un elevato standard di garanzia sotto il profilo della legalità-determinatezza, posto che il confine tra lecito e illecito viene tracciato dal legislatore in modo chiaro.

Tali reati – che andrebbero inclusi nel novero degli illeciti che fanno scattare la responsabilità dell'ente collettivo, in modo da contrastare più efficacemente il rischio non consentito che è frutto della politica d'impresa – offrono

<sup>45</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 195 s.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 87 s.

<sup>46</sup> V. TORRE, *Tutela penale*, cit., p. 940.

<sup>47</sup> A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino, 2005, p. 392. V. anche F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 34.

<sup>48</sup> Per un commento v. D. GUIDI, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di F. Giunta, Padova, 2005, p. 332 s.

il vantaggio di risolvere a livello di tipicità il bilanciamento degli interessi, sottraendolo alle valutazioni del giudice, foriere altrimenti di una discrezionalità di fatto libera (il soggetto competente ad applicare la sanzione sarebbe il medesimo competente a stabilire la soglia del rischio consentito).

Sennonché, il potenziamento dei reati di pericolo astratto non può essere né l'unica, né la principale opzione politico-criminale per dare prudente attuazione al principio di precauzione. In effetti, le situazioni meritevoli di essere affrontate il nome del principio di precauzione sono molteplici e tra di loro diverse, con la conseguenza che il modello del pericolo astratto appare troppo poco duttile e destinato ad accrescere il già elevato numero dei reati di pericolo. Per questa ragione appare preferibile il ricorso allo schema del reato a struttura ingiunzionale, che potrebbe garantire la valutazione precauzionale delle amministrazioni competenti o delle agenzie di controllo appositamente costituite, alle quali affidare il compito del bilanciamento degli interessi, alla luce delle indicazioni provenienti dai soggetti interessati alle valutazioni di rischio.

Certamente dette fattispecie incriminatrici non possono contare sulla stessa legittimazione dei reati di pericolo fondati sulle evidenze scientifiche (salva la tecnica di tipizzazione a favore ora dell'accertamento in concreto del pericolo, ora della sua plausibile presunzione). Il reato di pericolo astratto fondato sull'incertezza scientifica si svincola dalla logica della tutela del bene giuridico "a rischio"<sup>49</sup>, proprio perché del rischio non c'è prova. Nondimeno i reati a struttura ingiunzionale di cui si è detto sembrano potersi giustificare in ragione dell'esigenza di assicurare valutazioni di rischio concrete e partecipate. L'incriminazione sarebbe posta, cioè, a tutela delle procedure di valutazione del rischio da parte del corpo sociale, confermando che il "precauzionismo" non rileva come principio assoluto, ma entra piuttosto in bilanciamento con l'utilità sociale dell'attività pericolosa. Anche *navigare necesse est*.

<sup>49</sup> V., seppure problematicamente, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 252 s.