

**GIUSTIZIA PENALE IN CAMMINO
STUDI E RICERCHE**

Collana diretta da:

A. Gullo - S. Manacorda - V. Militello - L. Picotti - T. Rafaraci - E. Rosi

**I NUOVI VOLTI DEL SISTEMA PENALE
FRA COOPERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO
E MECCANISMI DI INTEGRAZIONE
FRA *HARD LAW* E *SOFT LAW***

Atti del X corso di Formazione interdotto-riale di Diritto
e Procedura Penale "Giuliano Vassalli"
per Dottorandi e Dottori di ricerca

VIII convegno sezione giovani penalisti AIDP

a cura di

Antonio **GULLO** - Vincenzo **MILITELLO** - Tommaso **RAFARACI**

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione. Il sistema penale di fronte all'interazione pubblico-privato e hard law-soft law: profili e questioni</i> , di ANTONIO GULLO, VINCENZO MILITELLO e TOMMASO FARACI	IX
--	----

SEZIONE I

MALADMINISTRATION E CORRUZIONE: STRATEGIE PREVENTIVE E REPRESSIVE

<i>Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico</i> , di ALBERTO CAPPELLINI e FEDERICA BARLETTA	3
<i>La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: nuove frontiere per superare il "problema della talpa"</i> , di ROBERTA DE PAOLIS	31
<i>Soft law e prevenzione della corruzione d'impresa. Linee guida di Confindustria, Piano Nazionale Anticorruzione e UNI-ISO 37001</i> , di GIACOMO MARIA EVARISTI	55
<i>La leva premiale nel prisma delle fattispecie corruttive: brevi osservazioni a margine della causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.</i> , di ANNA FRANCESCA MASIERO . . .	71
<i>Il ruolo del whistleblowing nella prevenzione dell'illecito penale: efficacia e criticità</i> , di SANDRA PICICUTO	91

SEZIONE II

REATI FISCALI

<i>La responsabilità degli enti per reati tributari: nuove ipotesi di bis in idem</i> , di FLAVIO DI BONITO	119
<i>Tax cooperative compliance, reati tributari e responsabilità dell'ente. Prove di cooperazione fra pubblico e privato nella gestione del rischio fiscale</i> , di PIETRO MARIA SABELLA	137

SEZIONE III

**RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE:
VERSO UN NUOVO STATO DI DISCIPLINA?**

<i>Dal venire meno del «monismo» giuridico alla legittimazione del fenomeno auto-normativo. Il self-regulatory model nel sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, di ELIANA GRECO.</i>	163
<i>I sistemi di giustizia penale tra negozialità e conciliazione. Il ruolo delle autorità amministrative e dei privati nel contrasto alla criminalità d'impresa, di FEDERICO MAZZACUVA</i>	185
<i>Conflitti d'interesse tra ente e persona fisica nelle dinamiche del processo de societate, di FABIO NICOLICCHIA</i>	207
<i>I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali, di ALICE SAVARINO.</i>	225
<i>Prospettive di partnership pubblico-privato nel processo di "positivizzazione" degli standard per l'autonormazione degli enti, di FRANCESCA VITARELLI</i>	247

SEZIONE IV

TERRORISMO E ANTIRICICLAGGIO

<i>Eppur il giudice non basta: de-radicalizzazione jihadista e forme di cooperazione extra-giudiziarie, di CARLA CUCCO.</i>	269
<i>Diritto penale e post-regulatory state. Tutela di funzioni e regolazione penale periferica, di GIUSEPPE DI VETTA</i>	291
<i>Public private partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale?, di GIULIA LASAGNI</i>	315
<i>La collaborazione pubblico-privato nella prospettiva antiriciclaggio. L'obbligo di segnalare le operazioni sospette come strumento di politica criminale, di PIETRO SORBELLO</i>	341

SEZIONE V

REATI IN INTERNET

<i>Il ruolo delle reti sociali nel contrasto ai reati commessi all'interno del web. Tendenze evolutive e prospettive di sviluppo, di SOFIA BRASCHI.</i>	371
<i>Il coinvolgimento dei gestori delle piattaforme social nel contrasto dell'odio e della pornografia non consensuale. Oltre la net neutrality: tra autoregolamentazione e responsabilità amministrativa, di MARTA LAMANUZZI</i>	389
<i>Intelligenza artificiale e nuovi scenari cooperativi nelle investigazioni online, di MICHELE PISATI</i>	415

SEZIONE VI

AMBIENTE, SALUTE PUBBLICA E SICUREZZA ALIMENTARE

<i>La cooperazione tra pubblico e privato nella tutela della salute in materia alimentare,</i> di CARLO CUCINOTTA.	441
<i>"Cattive" prassi e limiti dell'intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno,</i> di MARTINA GALLI	465
<i>Il ruolo delle agencies federali nel sistema statunitense di risk-management. La ge- stione dei rischi nel settore tecnologico-farmaceutico e il ruolo della Food and Drug Administration,</i> di FEDERICO CARMELO LA VATTIATA	491
<i>Partnership pubblico-privato e diritto penale ambientale: riflessioni sullo stato attuale e possibili scenari,</i> di LUCIA MALDONATO	515
<i>Reati ambientali e sequestro preventivo con effetti "impeditivi": il ruolo della coopera- zione dell'ente,</i> di VERONICA TONDI	537
<i>Analisi critica della disciplina della cooperazione pubblico-privato nel risanamento dei siti contaminati mediante il paradigma della enforcement pyramid,</i> di FILIPPO VENTURI	549

MARTINA GALLI

**“CATTIVE” PRASSI E LIMITI
DELL’INTERVENTO PENALE:
SERBATOI GPL, CONCESSIONI DEMANIALI
MARITTIME E TASSA DI SOGGIORNO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. “Essere” e “dover essere” nel diritto penale. — 2. Prassi “sciatte” e responsabilità colposa. — 2.1. Il caso delle verifiche periodiche sui serbatoi GPL interrati. — 3. Cattive prassi oltre la responsabilità colposa: il caso delle concessioni demaniali marittime. — 4. Uno sguardo d’insieme: i *limiti* dell’intervento penale davanti alle prassi. — 5. Dalle cattive prassi al “comune andazzo”: il caso della tassa di soggiorno e l’attivazione dei limiti dell’intervento penale.

1. Introduzione. “Essere” e “dover essere” nel diritto penale.

Il tema che ci occupa è quello della rilevanza delle *prassi* per il diritto penale; non tanto delle prassi *buone*, bensì di quelle *cattive* e, in senso lato, *abusive*. L’interrogativo di fondo può essere dunque così formulato: qual è lo spazio d’intervento penale di fronte al comportamento antidoveroso che si fa *prassi*, che cioè, per quanto contrario a norme sanzionate penalisticamente, diviene espressione di una *normalità* che prende a minacciare la dimensione della *normatività*? In altri termini: come reagisce il diritto penale quando le aspettative normativamente imposte sono regolarmente disattese, ossia quando la *regolarità deontica* si trova puntualmente scalzata da una *regolarità fattuale* statisticamente rilevante⁽¹⁾?

Per affrontare l’interrogativo ci rivolgeremo in particolare a certe prassi nate all’interno di tipiche forme d’interazione tra attività dei privati

⁽¹⁾ Stiamo qui echeggiando la terminologia geigeriana, che distingue tra due tipi di regolarità (normalità): la *regolarità deontica* (*Regelmäßigkeit*) e la *regolarità adeontica* (*Regelhaftigkeit*). Cfr. T. GEIGER, *Studi preliminari di sociologia del diritto*, Mimesis, Milano, 2018, p. 135 s.; inoltre, A. FEBBRAJO, *Materiali di sociologia del diritto di Theodor Geiger*, Edizioni universitarie Gjes, Pavia, 1979; C.E. PALIERO, *L’indifferenza costruttiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 705 s.

ed esercizio del potere pubblico⁽²⁾; ove quest'ultimo è riguardato non secondo una prospettiva monoblocco, bensì nelle varie articolazioni funzionali che concorrono a determinare le regole d'azione dei cittadini. Lo faremo ricostruendo alcune vicende dominate da un certo "modo di fare", francamente riprensibile, che ci hanno portato a osservare come la prassi fosse, nonostante la sua "sciatteria", capace di mettere in crisi la pretesa penalistica. Non siamo in grado di dire se il plesso del pubblico-privato sia l'ambito tipico di rilevanza di cattive prassi per il diritto penale, ma — a consuntivo — ci sentiamo di affermare che tale rilevanza può dipendere da alcuni fattori che ivi entrano in gioco. Di certo, le ragioni del cedimento del *dover essere* penalistico alla prassi, ancorché cattiva, non sono legate a doppio nodo a tale plesso, pur continuando esso ad offrire una visuale privilegiata della scalfittura "effettuale" della pretesa penale.

Ora, tradizionale premessa del diritto penale è l'impermeabilità della dimensione del *dover essere*⁽³⁾ rispetto a quella dell'*essere*. Da qui, l'irrilevanza — a differenza di altri settori dell'ordinamento⁽⁴⁾ — dei c.d. fatti normativi: della *consuetudine* e della *desuetudine*⁽⁵⁾, nonché, appunto, della *prassi*, da intendersi come la *ripetizione tacita, costante e uniforme di un determinato modo di agire in un certo ambiente sociale*⁽⁶⁾. L'assunto non è

(2) Solitamente tali dinamiche d'interazione sono indagate nella forma della "buona" cooperazione pubblico-privato, quale piattaforma operativa di una regolazione multilivello pensata per la migliore gestione dei rischi sociali e il più proficuo orientamento dei consociati. Qui, invece, a emergere saranno dinamiche d'interazione che, operando in senso deteriore, danno luogo a un "comune modo di fare" ora in grado delegittimare quella piattaforma, ora di mettere in crisi i meccanismi d'intervento penale che dovrebbero attivarsi in caso di suo fallimento.

(3) Con «*dover essere*» ci riferiamo a quello "stato deontico" che sorge dalla posizione legale di regole (nel caso, penalmente sanzionate) in capo ai soggetti che ne sono destinatari. Per un approfondimento dei significati che il sintagma assume nella riflessione giusfilosofica, A. BARATTA, «*Essere*» e «*dover essere*» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto, Giuffrè, Milano, 1968, p. 19 s.

(4) Si pensi, ad es., al diritto internazionale (ove le *consuetudini* rivestono un ruolo di primaria importanza tra le fonti degli obblighi degli Stati), al diritto civile (ove ampio spazio è riconosciuto agli usi, siano essi normativi, contrattuali o interpretativi), nonché al diritto canonico (v. can. 27, § 1, che riconosce efficacia abrogatrice o derogatoria anche alla *consuetudine contra legem*).

(5) Il problema della rilevanza della *desuetudine* si affaccia con riguardo all'efficacia abrogatrice di imperativi penali in via giurisprudenziale, segnatamente attraverso l'inattività della magistratura nel procedere contro alcuni reati e nell'applicare la sanzione agli autori dei medesimi, su cui G. BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, in *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1966, p. 82-83.

(6) La definizione è ripresa da F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XLVI, 1993, p. 1.

certo privo di fondamento, specie se opportunamente collocato nella tematica delle fonti e stagliato alla luce dei principi che governano i requisiti di forma e contenuto delle norme incriminatrici e le modalità della loro produzione. Su questo piano, la supremazia del *dover essere* e della *formalità* nella materia penalistica ha le sue note e imprescindibili ragioni, in quei principi (in specie nella riserva di legge) cristallizzate⁽⁷⁾. Ma la solidità di quelle ragioni non vale a coprire la fragilità dell'assunto.

Tale fragilità emerge non solo perché l'assunto tralascia di considerare le dinamiche sociali che conducono alla *traduzione positiva* dei precetti penalistici⁽⁸⁾, ma altresì perché non si confronta con i limiti intrinseci al monopolio del *dover essere* formale, incarnato dal dispositivo della legge e delle altre fonti cui essa rinvia. La dottrina non ha mancato di confrontarsi con quei limiti. Il più evidente è di ordine logico. In proposito si è notato come, poiché la riserva di legge ricopre soltanto gli aspetti *essenziali* dell'incriminazione, non si può escludere che sia la consuetudine (e, con essa, le prassi) a definire gli elementi *marginali* della fattispecie, in presenza di un richiamo legislativo esplicito o anche implicito⁽⁹⁾. Il problema si pone, allora, quando l'integrazione riguardi aspetti dell'incriminazione tutt'altro che marginali, come accade ove si tratti di individuare il parametro della diligenza dovuta nell'ambito colpa. Non è un caso che il dibattito sulla rilevanza delle prassi per il diritto penale, quale tipico campo di tensione tra *essere* e *dover essere*, abbia trovato uno spazio privilegiato all'interno della teorica sulla responsabilità colposa; dibattito che s'alimenta nell'attualità, a fronte di una crescente complessità dei rischi da gestire e degli attori chiamati a farlo. Tuttavia, preme sottolineare che il fenomeno della rilevanza delle prassi non riguarda solo questo ambito, né da esso le nostre riflessioni devono intendersi assorbite.

Altri limiti si riscontrano sul piano empirico-sostanziale. Essi appaiono anzitutto legati al *deficit* di conoscenza tecnico-esperienziale su fenomeni, tipici della modernità, che pure si pretende di regolare penalisticamente: si pensi alle "prassi ammesse sul mercato"⁽¹⁰⁾, per non parlare del richiamo alle "buone pratiche" nella responsabilità medica⁽¹¹⁾ e, in generale, alle

(7) G. MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, p. 502 s.

(8) Cfr. ancora T. GEIGER, *Studi preliminari*, cit., p. 165 s. V. inoltre, C.E. PALIERO, *L'indifferenza costruttiva*, cit., pp. 754-755.

(9) G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 507.

(10) F. CONSULICH, *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2011, p. 281 s.

(11) Sull'*ineludibile* riferimento alle buone prassi nell'ambito della responsabilità medica (oggi legislativamente riconosciuto), in particolare nei casi di emersione di una situazione di rischio (*Anlaß*) diversa rispetto a quella che funge da premessa di cautele po-

best practices nella materia della responsabilità colposa. Altri limiti, forse più tradizionali, derivano dall'incapacità della previsione legale di cristallizzare situazioni «il cui contrassegno è la mutevolezza, il continuo cangiarsi nel tempo e nello spazio»⁽¹²⁾ o comunque caratterizzate da una dimensione di complessità tale da renderne impossibile la sintesi normativa, se non attraverso formule ampie ed elastiche (es. buono e cattivo costume, decoro, onore, reputazione etc.), che chiamano l'interprete a confrontarsi con i modi di vedere e di sentire radicati nell'uso. Che poi si preferisca qualificare il fenomeno come una forma di adattamento ermeneutico del senso della norma alla realtà sociale, piuttosto che come vero e proprio fenomeno di integrazione normativa, in questa sede poco importa: rimane il fatto che il *dover essere* penalistico si definisce e completa tramite un richiamo all'*essere*.

Fin qui, comunque, niente di scandaloso: per tali vie, il richiamo alle prassi si rende necessario in ragione dei *limiti* intrinseci all'opera del fissare previamente e generalmente i contorni dell'illecito, sempre nel rispetto di canoni fissati normativamente e in base alla verifica della "bontà" di quanto s'impone in via di prassi. La cedevolezza del sistema è programmata; il tutto avviene, in qualche modo, *secundum legem*. Tuttavia, non sempre lo schema è rispettato. Siamo invero circondati da cattive prassi (*cattive* perché contrarie agli obiettivi di tutela) che si affermano a discapito della pretesa penalistica; e non è raro che, fuori da ogni programmazione normativa e anzi contrariamente ad essa, tale pretesa sia costretta a confrontarsi — per cedere, ridisegnarsi o vedersi integrata — con la *fattualità*, specie quando le prassi assommino al carattere della diffusività una propulsione dall'alto, per opera degli organismi pubblici incaricati di incanalarle nel senso imposto dalla legge.

2. Prassi "sciatte" e responsabilità colposa.

Dicevamo che il dibattito sulla rilevanza delle *prassi* per il diritto penale (e segnatamente di quelle "sciatte") ha trovato un terreno fertile di sviluppo all'interno degli studi sulla responsabilità colposa. Poiché la riflessione sul tema è amplissima, ci limitiamo qui a richiamare due autorevoli voci della dottrina italiana, espressione di due visioni divergenti.

sitivizzate nelle linee guida, D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, p. 705 s., in part. p. 732.

⁽¹²⁾ G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 511.

Anzitutto, quella di Giorgio Marinucci, la cui impostazione normativo-deontica riserva una certa avversione alle prassi quale parametro da cui far discendere il giudizio di colpa. Egli ci avverte di come non di rado le cautele osservate nell'esperienza si mostrino del tutto « inadatte a fronteggiare le esigenze prudenziali richieste dalla concretezza delle svariate attività »⁽¹³⁾, notando, con Hellmut Mayer, come « proprio la prassi porta con sé la maggior faciloneria ». Il concetto è ribadito nell'ambito della critica alla teorica del « rischio consentito » connesso ad attività produttive. Il riferimento, tipico di quella teorica, all'*adeguatezza sociale dei comportamenti* e, con essa, alle prassi, soffrirebbe per Marinucci di una falsa impostazione: i problemi giuridici, che attengono al *dover essere*, non possono essere risolti sul piano dell'*essere*, attraverso il richiamo a mere situazioni effettuali; e questo anche perché, si sostiene, la via dell'*essere* è lastricata di prassi « sciatte » o « abusive », che rischierebbero di essere legittimate giuridicamente⁽¹⁴⁾. Se una rilevanza agli usi vuole essere accordata, non sarà mai quella propria di un « sistema di norme, che impone dall'esterno alle norme incriminatrici le sue regole »; essi, al più, potranno avere valore di « indici » o « criteri empirici » alla cui stregua avviare i giudizi di rappresentabilità ed evitabilità dell'evento, « soli e veri criteri da cui dedurre la misura della diligenza dovuta caso per caso »⁽¹⁵⁾. La timida apertura è peraltro riservata all'ambito della *colpa generica* e dunque, diremmo, a prassi *praeter legem* che indichino la misura di ciò che si *deve* fare anche alla luce di ciò che si *usa* fare perché non vi sono, in base all'esperienza, indicazioni che non si *possa* fare (stante l'assenza di una *pericolosità* intrinseca del comportamento)⁽¹⁶⁾. Il pensiero dell'Autore è invece chiaro nell'escludere che, nell'ambito della *colpa specifica*, una prassi — e figurarsi una prassi « sciatte » — possa affermarsi *contra legem*, in sostituzione di cautele positivate. Non si prende peraltro in considerazione il caso in cui la prassi dimostri un'efficacia preventiva superiore a cautele normativamente pre-

⁽¹³⁾ *Ivi*, p. 508.

⁽¹⁴⁾ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *Id.*, *Studi sulla colpa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 166 s.; inoltre, *Id.*, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 s.

⁽¹⁵⁾ G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 508.

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. SOTIS, *Ma quando gesticolare integra un "modo scomposto"? Qualche breve osservazione sulla rilevanza delle abitudini in un curioso caso di "colpa generica"* (nota a Cass., IV, 9 febbraio 2012, n. 24933), in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2011. L'A. fa notare come la *diffusione* del gesticolare offra indicazioni sulla (scarsa) pericolosità dello stesso, così come registrabile ed avvertita nell'esperienza.

scritte⁽¹⁷⁾; ad ogni modo, non è questo il caso d'interesse, guardando noi qui a *prassi* che semmai agiscono in senso deteriore rispetto a quanto positivamente prescritto.

Diversa la posizione di Fausto Giunta, più aperto a riconoscere l'essenziale ruolo delle cautele di fonte sociale e quindi delle prassi, che egli ritiene normativamente richiamate — nel rispetto dell'art. 8 prel. — dall'art. 43 c.p., co. 3, c.p. (ove fa riferimento alla negligenza, all'imprudenza e all'imperizia)⁽¹⁸⁾. L'esperienza collettiva per questo Autore merita di essere elevata dall'ordinamento a regola cautelare prescrittiva (etero)integratrice del tipo colposo dapprima e a regola di giudizio poi, nella prospettiva di veder meglio attuato il principio di *legalità* nella *colpa*⁽¹⁹⁾. Il riferimento alle prassi cautelari avrebbe con ciò il potere di *laicizzare* la nozione di diligenza, conferendole un carattere tecnico ed escludendo che possa competere al giudice «il compito pedagogico di instillare nei cittadini, a colpi di pena, lo slancio etico verso standard più elevati»⁽²⁰⁾, con l'ulteriore vantaggio di *democraticizzare* l'imputazione colposa⁽²¹⁾. Quanto detto potrebbe tuttavia valere nei soli casi in cui difetti una regola cautelare o ove essa abbisogni di una specificazione tecnica. Inoltre, solamente ove le prassi risultino *funzionali* «al contenimento della pericolosità di determinate attività nella misura e nei modi comunemente praticati e accettati»⁽²²⁾, quindi ove si tratti di prassi "buone". Egli si trova, dunque, in sostanziale accordo con chi⁽²³⁾ ritiene che le regole spontanee non mutuino la loro validità dal dato sociologico della ripetizione del comportamento (o da quello psicologico della credenza circa la loro doverosità), bensì esclusivamente dalla loro *congruenza allo scopo* di tutela.

(17) Ove la regola positiva si mostra inadeguata a fronteggiare la situazione di rischio perché lo sviluppo scientifico o tecnologico l'abbia resa disfunzionale rispetto all'epoca della sua adozione (o perché le circostanze concrete rendono preferibile ricorrere a una diversa cautela), bisognerà discostarsi dalla piattaforma cautelare formalizzata: C. PIERGALLINI, voce *Colpa* (*dir. pen.*), in *Enc. Dir.*, *Annali*, X, p. 231.

(18) F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 98; nonché ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 168.

(19) Il tema è al centro di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Cedam, Padova, 1993, p. 173 s.

(20) F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 167.

(21) F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 245.

(22) F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., p. 98; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 165 s.

(23) C. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 294.

La divaricazione tra le posizioni si accentua quando la discussione si confronta con il tema dei *costi*, ponendo il problema dei rapporti che intercorrono tra il dovere di sicurezza e la sua sostenibilità economica. Alla chiusura di chi sostiene che «diligente non è ciò che viene usualmente fatto, ma ciò che si deve fare, pagando anche i costi necessari»⁽²⁴⁾, continua a contrapporsi la visione per cui l'identificazione della cautela doverosa dipende dalla sua *praticabilità*, anche economica⁽²⁵⁾. Il problema è stato per lo più studiato in riferimento a regole formalizzate a struttura elastica, che lascino margini d'ingresso a valutazioni di colpa generica⁽²⁶⁾, con particolare riferimento alla doverosità di un adeguamento possibile, ancorché molto costoso, a cautele disponibili maggiormente efficaci.

E tuttavia, come vedremo, esso può riguardare anche cautele rigide, cui vengano a contrapporsi discipline prasseologiche non necessariamente più efficaci sul piano preventivo, ma maggiormente praticabili *su larga scala* perché più sostenibili; ciò considerato l'interesse dell'ordinamento a raggiungere una sufficiente sicurezza *generalizzata*, che può contrapporsi e financo prevalere su quello a un maggior livello di sicurezza *nel caso singolo*. A quest'obiettivo possono ispirarsi in particolare prassi a propulsione pubblica che — nel tentare di governare fenomeni di illegalità diffusa — propongano soluzioni preventive *subottimali* da un punto di vista della loro *efficacia*, ma suscettibili di ampio accoglimento e perciò dotate di una maggiore *effettività*.

2.1. *Il caso delle verifiche periodiche sui serbatoi GPL interrati.*

Crediamo che la vicenda che ci apprestiamo a raccontare, ancorché poco conosciuta, esemplifichi efficacemente quanto appena detto, consen-

⁽²⁴⁾ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 40.

⁽²⁵⁾ F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI, R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità: le forme attuali di un paradigma classico*, BUP, Bologna, 2013, p. 75 s. L'A. rinviene una soluzione di equilibrio nel riferimento alle *best practices* formatesi attraverso l'allineamento proceduralizzato di un sapere tecnico-scientifico che si confronta con lo "stato delle cose" e con i limiti del praticabile. In riferimento alle linee guida e alle buone prassi mediche, quali cautele che s'impongono a valle di un bilanciamento «tra beni di rilevanza costituzionale sui quali non mancano di influire anche esigenze di sostenibilità economica delle soluzioni disponibili», D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, cit., p. 718.

⁽²⁶⁾ Sulla tendenza del sistema, condizionata dall'incertezza che pervade i rischi della società postmoderna, a rilasciare regole cautelari che si "elasticizzano" aprendo il campo alla colpa generica, C. PIERGALLINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 231, nonché ID., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in *Criminalia*, 2014, p. 400.

tendoci di percepire alcune spigolature di un fenomeno — la rilevanza delle prassi ai fini del giudizio di colpa — per il resto noto.

Chi legge avrà presenti i serbatoi GPL utilizzati per il riscaldamento domestico nelle zone non allacciate alla rete del metano⁽²⁷⁾. Tale fonte di energia, pur a fronte di numerosi vantaggi rispetto ad altri combustibili fossili, non è priva di rischi. Fuoriuscite accidentali di liquido o vapori, oltre ad essere fonte di inquinamento, espongono la persona a eventi potenzialmente dannosi per la vita e l'incolumità fisica. Al fine di prevenire questi rischi, sin dagli anni '80 (dapprima con il d.m. 29 febbraio 1988 e poi con il regolamento contenuto nel d.m. n. 329/2004) si è previsto che i proprietari⁽²⁸⁾ sottopongano i serbatoi a controlli decennali per attestare l'integrità delle membrature. Questa normativa prescrive — o meglio, prescriveva fino al luglio 2020 — che i controlli siano eseguiti con due metodiche, da applicarsi *cumulativamente*: il controllo visivo e la spessimetria. Il ricorso a queste metodiche risulta tuttavia particolarmente gravoso e costoso ove i serbatoi siano messi in esercizio dentro terra, perché se ne rende necessario il dissotterramento. Fatto sta che in Italia la grande maggioranza delle apparecchiature — per ragioni di sicurezza, paesaggistiche e ambientali — si trova in esercizio proprio dentro terra; da cui la tendenza dei proprietari a non effettuare i controlli, a fronte di un problema di sostenibilità economico-finanziaria degli stessi.

Anche a fronte dell'esigenza di invertire questa tendenza, nel 2004 ISPESL (organismo dismesso nel 2010, con attribuzione delle relative competenze a INAIL), a seguito della pubblicazione dello standard EN 12818, avvia un progetto di ricerca volto alla sperimentazione di una nuova tecnica: quella delle emissioni acustiche (EA), particolarmente vantaggiosa perché può essere applicata senza dissotterramento e a campione, per lotti omogenei di serbatoi. Di lì a poco, un decreto ministeriale⁽²⁹⁾ introduce la possibilità di effettuare i controlli tramite questa metodica (s'intende, nell'ambito della sperimentazione). Di seguito un decreto direttoriale prevede che le verifiche siano effettuate, su incarico del proprietario, dai c.d. *Organismi abilitati* dal Ministero delle attività produttive, cui INAIL sovrintende. È però accaduto che quello che doveva essere un protocollo di spe-

(27) Stando ai dati forniti da *Liquigas e Ancitel*, sarebbero circa 1.300 i comuni italiani non allacciati alla rete del metano, per un totale di oltre 4 milioni di persone.

(28) I proprietari s'identificano, nella larga maggioranza dei casi, con le ditte distributrici di GPL, titolari di interi parchi di serbatoi, e solo raramente con gli utilizzatori finali, semplici comodatari.

(29) D.m. 23 settembre 2004, emesso congiuntamente da Ministero delle attività produttive, Ministero della salute e Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

rimentazione, volto a testare l'affidabilità della tecnica, ha finito per sostituire le modalità di verifica ordinarie (secondo quanto previsto dal regolamento di cui al d.m. n. 329/2004, peraltro successivo a quello contenente l'autorizzazione relativa alle EA), conducendo all'affermazione di una diversa disciplina in via di fatto (il decreto ministeriale, pur autorizzando la tecnica delle EA, non prevedeva la complessiva *sostituzione* della disciplina regolamentare).

La sciatteria di tale prassi deriva da una serie di fattori. Anzitutto dall'assenza di un approccio prudenziale da parte degli stessi ministeri che hanno facoltizzato l'adozione della tecnica in via di *alternativa* anziché di mero *complemento* alle metodiche tradizionali. Inoltre, dall'approccio degli organismi tecnici, che hanno prodotto un protocollo senza regolare le relative modalità di adesione, rimettendo ai proprietari la scelta sulla tecnica da impiegarsi e creando le condizioni affinché le EA divenissero il metodo di verifica esclusivamente praticato. Deriva poi dalle debolezze della metodica, per come applicata in concreto, considerato che: *i*) alcuni dettagli della prova tramite EA si trovano definiti non in ragione della sua migliore efficacia, bensì esclusivamente della sua praticabilità, a discapito della possibilità di rintracciare tutti i potenziali difetti delle membrature⁽³⁰⁾; *ii*) la procedura s'intende applicata indifferentemente per serbatoi "nuovi" e per serbatoi "vecchi", rimessi in funzione a seguito di una procedura di "ricondizionamento" per l'interro, mentre lo standard EN 12818 afferma che la prova vada adattata al tipo di progettazione del serbatoio⁽³¹⁾; *iii*) contrariamente a quanto previsto dal medesimo standard, i risultati delle prove non sono stati trasfusi all'interno di una banca dati ai fini della determinazione dei criteri di accettazione. Bisogna poi tener conto del fatto che lo standard europeo, su cui INAIL fonda il carattere

⁽³⁰⁾ All'interno della *Relazione finale* di INAIL relativa alla *Sperimentazione sul ricondizionamento di serbatoi interrati per stoccaggio GPL* (novembre 2013), si dice che il numero di sensori è pari a 2 in ragione dell'area di membrana normalmente accessibile senza dissotterramento; pur ammettendosi che la tecnica raggiunge la sua massima efficacia in presenza di un numero più elevato di sensori, disposti a maglia su tutta la superficie del serbatoio. Con 2 sensori non si riescono a individuare tutti i difetti, ma solo quelli collocati lungo le saldature.

⁽³¹⁾ Tale aspetto appare particolarmente problematico se consideriamo che in Italia la grande maggioranza dei serbatoi interrati sono apparecchiature (talvolta anche vecchie di 30 anni) originariamente progettate per operare fuori terra e, a seguito di modifiche, rimesse in commercio. È peraltro accaduto che, per diversi anni, tali serbatoi non siano stati sottoposti alla procedura di verifica e marcatura CE prescritta dalla disciplina europea (direttiva 97/23/CE, c.d. "PED", in seguito sostituita dalla direttiva 2014/68/UE), bensì a una diversa procedura disciplinata in una circolare ISPESL; ciò che, nel luglio 2019, ha valso all'Italia una lettera di costituzione in mora della Commissione europea.

di affidabilità della tecnica EA, non prevede affatto ch'essa possa essere applicata in via esclusiva⁽³²⁾.

Ci si potrebbe allora domandare quali siano i margini dell'intervento politico-criminale per correggere un simile "modo di fare". L'interrogativo appare però mal posto, almeno finché ci si continui a rivolgere al paradigma della responsabilità colposa di evento, a fronte delle caratteristiche intrinseche di questo tipo di responsabilità. Ogni ragionamento sull'*effettualità* del diritto penale in ambito colposo si scontra con il dato statistico: il diritto penale è, in questo ambito, un *mero* rischio e difficilmente una *leva*, perché tra la possibilità di pena e la spinta verso il comportamento doveroso si trova sempre l'aleatorietà della verifica dell'evento. Da qui, l'impulso ad agganciarsi al paradigma precauzionale e, quindi, a introdurre illeciti contravvenzionali rivolti a punire la mera trasgressione delle prescrizioni regolamentari. Opzione che, però, in questo caso trovava i suoi buoni ostacoli, considerata la presenza di una deroga autorizzata (il problema sorge da un *uso* sconsiderato della tecnica alternativa, di base però *facoltizzato*).

La domanda sul tavolo è allora piuttosto: quale atteggiamento può assumere un giudice penale che in ipotesi si trovi a valutare la responsabilità dei soggetti coinvolti nei controlli, a fronte di un evento dannoso dipendente da un difetto non rilevato? Considerando la posizione degli organismi tecnici statali — INAIL e Organismi abilitati, di cui il primo viene a coincidere con lo stesso produttore della disciplina sostitutiva della regola normativa — la questione, a nostro modo di vedere, non può prescindere da un'ottica di sistema e da una valutazione di scopo. Se è vero che la tecnica sperimentale non corrispondeva allo standard della migliore "scienza ed esperienza" (troppe le incertezze sulla sua efficacia preventiva), d'altra parte il suo impiego pareva supportato da valutazioni relative alla sua effettività complessiva; ossia dalla capacità di questa metodica di garantire una maggiore diffusione dei controlli e dunque di raggiungere, pur a fronte di una *minore efficacia preventiva nel caso singolo*, un *più elevato livello di sicurezza complessivo*. Ebbene, se tale era la visione strategica, dubitiamo ch'essa possa essere del tutto ignorata dal giudice penale.

Se consideriamo l'anelasticità e il valore dei beni fondamentali in gioco, diviene difficile pensare che la pretesa penalistica possa ammettere

(32) Si prevede qui che la procedura EA per singoli serbatoi possa essere applicata in *alternativa* alle metodiche più tradizionali purché accoppiata ad altri sistemi di monitoraggio (ispezione visiva esterna, monitoraggio esterno mediante videocamera, etc.). Inoltre il medesimo standard prevede che, in caso di riqualifica del lotto mediante campionatura, i serbatoi debbano sempre superare un'ispezione visiva interna.

un simile abbassamento dell'asticella del dovere. Inoltre, il diritto penale tende tradizionalmente a ignorare l'ottica di sistema, offrendosi principalmente come strumento di tutela di beni *individualizzati* e di contrasto di *singoli* fatti che ne esprimono una lesione. E tuttavia rimane arduo affermare — proprio perché i beni in gioco sono così rilevanti — che l'asticella non si debba abbassare, ove ciò possa in qualche modo contribuire a diminuire le probabilità di verifica di eventi dannosi. Questo senza contare che l'organismo tecnico statale — per cui l'ottica di sistema sicuramente rileva, essendogli proprio l'obiettivo di governo di fenomeni — aveva il compito, diremmo istituzionale, di contrastare la prassi, ben più deleteria, di non effettuare alcun controllo; ciò che lo autorizzava a ricercare una soluzione di compromesso tra le esigenze di sicurezza e di sostenibilità economica. Alla luce di ciò, tende allora a giustificarsi l'adozione generalizzata di una tecnica *under development* (così definita dallo standard ISO/AWI 24367), così come alcune deviazioni dallo standard europeo sopra citato. Ma se ammettiamo che la sciatteria della pratica possa trovare nel suo essere applicata in via "di sistema" (e, quindi, proprio nel fatto di divenire "prassi") una giustificazione di scopo, allora nel sistema e nello scopo deve rinvenire anche i suoi *limiti*. In questo caso non si hanno riscontri che la prassi abbia avuto una consistenza (in termini di numero dei controlli effettuati) sufficiente a raggiungere lo scopo⁽³³⁾; ciò che tende a rendere non più accettabile la sostituzione della *regola normativa*, poco effettiva, con quella *prasseologica*, del pari poco effettiva, oltre che di dubbia efficacia.

Anche dal punto di vista dei soggetti proprietari la prassi conferma la sua rilevanza. Essa tende a penetrare entrambe le misure della colpa, attraverso i due volti che — in questo ambito — assume il canone dell'*esigibilità*. Sul piano della misura oggettiva, tale canone impone che lo standard debba comunque essere fissato in considerazione dei limiti di disponibilità di una certa tecnica a costi ragionevoli e della sua praticabilità. I concetti di *disponibilità* e di *praticabilità* relativizzano quello della *migliore tecnica*; e la misura di questi concetti passa necessariamente dalla prassi, dal momento che è quest'ultima a determinare ciò che è disponibile e ciò che si pratica. Sul piano poi della misura soggettiva, davanti a una prassi, la domanda non sarà più soltanto se dal soggetto era possibile pretendere il comportamento conforme alla regola, ma se si poteva pretendere che —

⁽³³⁾ INAIL nel 2019 forniva solo un dato assoluto (si parla di 220mila prove effettuate), la cui consistenza andrebbe però valutata in termini relativi. Abbiamo notizia che solo i serbatoi interrati sul suolo nazionale ammontano a 1,6 milioni, numero cui deve aggiungersi quello relativo ai serbatoi installati fuori terra (che non conosciamo).

per conformarsi alla regola — egli si discostasse dalla prassi. E qui molto dipende dalla prassi. Se la prassi è anzitutto dei soggetti pubblici preposti alla sicurezza (che direttamente o indirettamente incentivano il ricorso a una determinata tecnica preventiva), bisogna capire quali siano gli spazi che rimangono al privato per discostarsene secondo un atteggiamento individuale che, per quanto *iso-nomico*, la prassi “autorizzata” ricaccia nell’ambito della *a-normalità*. L’individuazione della regola cautelare, del ciò che si *deve* fare — anche nell’ambito della colpa specifica — non può non trovare un limite in ciò che si *può* fare, perché si *usa* fare. Senza poter tacere, guardando il caso in prospettiva, che il privato, responsabilizzato per l’adesione alla prassi tecnico-amministrativa, rischia di essere il terminale in cui si scarica uno strisciante conflitto tra poteri pubblici.

Dobbiamo infine rilevare che il decreto “semplificazione” dello scorso luglio, contenente misure per far fronte all’emergenza pandemica, ha previsto che i controlli di integrità siano effettuati proprio con la tecnica delle EA⁽³⁴⁾. Questa, più che l’attestazione della *validità* della cautela (stante la perdurante incertezza scientifica sull’efficacia della metodica), pare essere la conferma della forza trasformativa della *prassi*; ciò anche a fronte di un *dover essere* giuridico che si rende particolarmente permeabile in situazioni emergenziali, cedendo davanti a esigenze (tra cui quelle di sostenibilità economica) che tendono a farsi strada nel complessivo ri-equilibrio degli interessi in gioco.

3. Cattive prassi oltre la responsabilità colposa: il caso delle concessioni demaniali marittime.

Vorremmo provare adesso a spingerci oltre i confini della responsabilità colposa, attraverso una vicenda questa volta, crediamo, nota ai più: quella relativa al rinnovo delle concessioni demaniali marittime.

Il *dover essere*: l’art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE (c.d. *Bolkestein*) prevede che le concessioni siano assegnate mediante gara a evidenza pubblica. L’*essere*: nel nostro Paese vigono, praticamente da sempre, meccanismi di rinnovo automatico. Se in un primo momento l’automatismo operava in via sostanziale, alla luce del diritto d’insistenza del concessionario storico⁽³⁵⁾, con la l. n. 88/2001 il meccanismo viene formalizzato,

⁽³⁴⁾ V. art. 64-*bis*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120).

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 37, co. 2, cod. nav. Tale previsione, attribuendo preferenza alle precedenti concessioni in sede di rinnovo, conduceva nei fatti a gare a concorrente unico (il concessionario uscente).

prevedendosi il *rinnovo automatico sessennale* delle concessioni. A fronte di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, nel 2009 viene abrogata la previsione sul diritto d'insistenza; nel 2011 anche la disciplina del 2001 sul rinnovo automatico sessennale. Subito però, con il d.l. n. 194/2009, s'introduce un meccanismo di *proroga automatica* fino al 2012 delle concessioni in essere al 2009; proroga in seguito estesa prima al 2015, poi al 2020 e infine al 2033. La mossa non passa inosservata. Nel 2016 la CGUE⁽³⁶⁾ verifica la contrarietà al diritto dell'Unione della disciplina di proroga, stabilendo un obbligo di conformazione in capo allo Stato italiano; il nostro legislatore, senza colpo ferire, interviene però a ribadire la validità della disciplina interna⁽³⁷⁾. Per parte loro, le amministrazioni comunali, coadiuvate dalle Capitanerie di Porto e dalle Agenzie del Demanio, invece di *disapplicare* la normativa interna — sulla base della *Bolkestein*, come interpretata dalla CGUE — continuano a consentire l'estensione delle concessioni; alcune con provvedimenti espressi, altre tacitamente (ad esempio richiedendo il pagamento dell'imposta di registro). Un *modus operandi*, questo, diffuso su tutto il territorio nazionale. Sulla vicenda si pronuncia il Consiglio di Stato⁽³⁸⁾, il quale afferma che il sistema delle proroghe automatiche previsto dalla normativa nazionale deve essere disatteso dalle amministrazioni. A questo punto, alcuni pubblici ministeri iniziano a contestare ai concessionari il reato di *abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo* di cui all'art. 1161 cod. nav. La tesi accusatoria viene abbracciata dalla Corte di Cassazione che, in particolare pronunciandosi sul caso dei bagni "Liggia" di Genova⁽³⁹⁾, ribalta la posizione assunta dalle corti di merito⁽⁴⁰⁾, confermando il provvedimento di sequestro nel frattempo applicato allo stabilimento.

I profili problematici della vicenda sono molteplici e coinvolgono, in primo luogo, il tema dell'*efficacia disapplicatrice* della direttiva, come letta dalla CGUE, sui provvedimenti di concessione ai fini dell'applicabilità del reato, e quindi degli effetti espansivi *in malam partem* del diritto europeo.

⁽³⁶⁾ CGUE, V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, cause riunite C-458/14 e C-67/15.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 24, co. 3-*septies*, l. n. 160/2016.

⁽³⁸⁾ Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2018, n. 873; Cons. Stato, VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, VI, 17 luglio 2020, n. 4610. Rileviamo che, prima della sentenza della CGUE, il Consiglio di Stato si era posizionato in favore della non diretta applicabilità dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* in quanto non incondizionato (Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2012, n. 6682).

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., III, 12 giugno 2019, n. 25993 e Cass., IV, 7 luglio 2020, n. 10218.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Genova, Ufficio GIP, decreto di rigetto della richiesta di sequestro preventivo, 2 ottobre 2018; Trib. Genova, Sez. Riesame, ordinanza del 2 novembre 2018.

Ci troviamo qui pienamente d'accordo con chi⁽⁴¹⁾ rileva come sia profondamente scorretto ritenere che la sentenza *Promoimpresa e Melis*, indirizzata dalla Corte europea a modificare la normativa interna e la prassi tenuta dagli enti concessori, possa essere utilizzata per rendere applicabile un precetto penale rivolto ai privati. Per questa via, si opererebbe un indebito sillogismo che — nel trasporre la soluzione (diretta disapplicazione della normativa interna) di uno specifico conflitto (inadempimento dello Stato) in un contesto diverso — ha come effetto, da un lato, di scaricare sui singoli le responsabilità dello Stato, dall'altro di ribaltare il principio secondo cui gli effetti diretti verticali del diritto europeo si producono solo ove attributivo di diritti e mai di obblighi. Per dirlo con le parole del Tribunale del Riesame di Genova, non sembra «che possa essere il rigore della legge penale a favorire, a colpi di sanzioni inflitte ai privati, l'armonizzazione della nostra legislazione interna con quella sovranazionale (...)»; «nella fisiologia del sistema (...) la legalità comunitaria dovrebbe essere ripristinata in primo luogo dai soggetti pubblici che hanno rilasciato, quali Autorità concedenti, i titoli concessori in favore di soggetti privati (...)»⁽⁴²⁾. Ciò detto, l'ostacolo è aggirato se consideriamo che la stessa Corte di Cassazione tende, in alternativa, ad agganciare il parametro dell'illegittimità delle concessioni non alla normativa europea bensì a quella interna: la proroga contenuta nella legge del 2009 sarebbe stata infatti applicabile soltanto alle concessioni "nuove", ossia sorte dopo il 2001 e che non avessero mai beneficiato del rinnovo automatico⁽⁴³⁾. In questa prospettiva, se non *tutti* dal 2016, *gran parte* dei concessionari balneari occuperebbero le spiagge italiane dal 2009 in assenza di un titolo legittimo⁽⁴⁴⁾. Ma le occuperebbero anche *abusivamente*?

(41) Cfr. C. SOTIS, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi sui tre volti del penalista europeo*, in C. Grandi (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Editore, Pisa, 2021, p. 34 s. V. inoltre P. CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto UE sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 1410 s.

(42) Cfr. Trib. Genova, Sez. Riesame, cit., p. 11.

(43) Questo in virtù di una interpretazione "*in bonam fedem*" del d.l. n. 194/2009 operato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 18 luglio 2011, n. 213. Seguendo questa pronuncia, per la Cassazione sarebbe inammissibile interpretare il d.l. citato in modo da renderlo estensivo delle concessioni che avevano beneficiato della proroga automatica prevista dalla l. n. 88/2001, perché significherebbe ammettere che «il legislatore abbia abrogato espressamente la disciplina della proroga automatica (...) salvaguardandone comunque gli effetti e, in tal modo, operando in contrasto con la disciplina comunitaria».

(44) Si tratterebbe, stando ai dati raccolti, di oltre 17.000 imprese.

L'interrogativo evoca il tema dell'equivalenza, nel senso dell'*abusività*, tra condotte tenute in assenza di qualsiasi provvedimento concessorio e condotte tenute in presenza di un provvedimento illegittimo. La questione sulla possibilità di equiparare l'assenza di titolo alla presenza di un titolo, ma illegittimo, è stata ampiamente affrontata nella materia dell'abusivismo edilizio, segnatamente in riferimento alla fattispecie contravvenzionale di *costruzione abusiva* di cui all'art. 44, lett. *b*), d.P.R. n. 380/2001 (c.d. TU Edilizia); disposizione che — a differenza di quanto accade per la diversa fattispecie di *lottizzazione abusiva* di cui alla lett. *c*), dove espressamente le due situazioni sono equiparate — si limita a sanzionare l'esecuzione di lavori in totale difformità o assenza del permesso e la prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione. La risposta positiva che qui la giurisprudenza ormai maggioritaria offre⁽⁴⁵⁾ deriva dall'individuazione del bene giuridico protetto non già nell'interesse formale e strumentale a garantire il preventivo controllo pubblico sugli interventi edificatori, bensì in quello sostanziale alla salvaguardia degli usi sociali del territorio. Un indirizzo, questo, denunciato dalla dottrina per la scarsa attenzione al dato normativo e sistematico (che dove vuole impostare l'equiparazione lo fa espressamente, vedi la lottizzazione abusiva) e per l'impiego del riferimento al bene giuridico in senso ampliativo della fattispecie penale⁽⁴⁶⁾; ciò al malcelato scopo di contrastare — forsanche alla luce della diffusività del fenomeno — situazioni patologiche d'illegalità "concertata" tra amministrazioni e privati.

Le analogie con la vicenda in esame sono evidenti: in entrambi i casi si pone il problema di stabilire se la condotta possa dirsi *abusiva* pur a fronte di un provvedimento (permesso o concessione) dell'amministrazione che autorizza l'attività. Inoltre, in entrambi i casi assistiamo a un indirizzo interpretativo — se non a ciò effettivamente ispirato — funzionale al contrasto della *prassi* di rilascio di provvedimenti *illegittimi*. Sussistono però almeno due differenze. Non ci possiamo anzitutto esimere dal rilevare come, nel caso che ci occupa, il dato normativo non offra appigli letterali o sistematici per ancorare l'abusività della condotta all'assenza di permesso, limitandosi l'art. 1161 c.c. a fare riferimento a chi «*arbitrariamente* occupa»; ciò che potrebbe consentire di ritenere che qui la fattispecie sia effettivamente integrata anche davanti a una concessione illegittima. Inoltre, la que-

⁽⁴⁵⁾ Così a partire da Cass., S.U., 8 febbraio 2002, n. 5115.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 742 s.; R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020, p. 405 s.

stione urbanistica è ben diversa da quella balneare perché diverso è il *contesto* normativo e fattuale in cui s'inseriscono. Nella prima la condizione di illegittimità amministrativa può essere evitata dai permissionari richiedendo una concessione legittima; ciò che consente di ritenere fondata la pretesa dell'ordinamento che i privati costruttori non si pongano in una situazione di contrasto con le norme che regolano la materia edilizia. Il punto sta dunque nel consentire ai costruttori di dimostrare che l'opera "abusiva" sia stata realizzata senza *colpa* o *dolo*; escludendone la responsabilità ove non avessero modo di rilevare l'illegittimità dell'atto⁽⁴⁷⁾. Nella seconda, invece, la possibilità dei concessionari di conformarsi al *dover essere* è limitata dalla prassi del *rinnovo* automatico, visto che le amministrazioni solo a quella maniera, e non altrimenti, consentivano loro di occupare il suolo demaniale marittimo. Qui, inoltre, non pare venire in rilievo un problema di *conoscibilità* del divieto, stante che l'illegittimità dei rinnovi era, almeno dopo le pronunce del Consiglio di Stato, divenuta fatto notorio (e per lo più conosciuto ai concessionari, appartenenti a una categoria ben attrezzata). La questione che si apre riguarda allora semmai l'*esigibilità* della condotta conforme. Viene da chiedersi cosa avrebbero potuto e dovuto fare i concessionari per uniformarsi al diritto vigente, ossia per agire *giuridicamente*. La risposta non può che essere: opporsi alla prassi dell'amministrazione, operando una *derelictio spontanea* dei beni. Ma era questo, appunto, *esigibile*?

Come noto, la strada dell'*esigibilità* ha il fiato corto. Riconosciuta quale limite immanente alla natura stessa del diritto, che si rivolge all'uomo normale e non all'eroe morale⁽⁴⁸⁾, tanto più « da quando la funzione dell'ente-Stato ha perduto i suoi connotati leviatanici oppure etici per assumere quelli più spiccatamente sociali dello Stato democratico di diritto »⁽⁴⁹⁾, l'*esigibilità* fatica — almeno fuori dal versante soggettivo della *colpa*, dove pure continua a incontrare i suoi ostacoli — a uscire dal suo status di precomprensione giuridica, trovandosi ancora in cerca, nonostante gli apprezzabili sforzi della dottrina⁽⁵⁰⁾, di fruibili e non "irritanti" canali

(47) La giurisprudenza ammette che costituisca *indice* della sussistenza dell'elemento soggettivo la *palese difformità* del permesso dai regolamenti urbanistici, implicitamente ammettendo che, per contro, la non palese difformità del permesso dai regolamenti urbanistici sia *indice* della sua assenza.

(48) Questo il punto di partenza delle riflessioni di G. BETTIOL, « Non *esigibilità* » e *collaborazionismo*, in *Giur. it.*, 1946, p. 121 s.

(49) Così G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 8.

(50) I più corposi tentativi di offrire spessore contenutistico e una pratica accettabilità alla categoria sono stati svolti dalla dottrina di lingua tedesca, i cui risultati si trovano

di traduzione dogmatica e operativa. La sua portata *extralegale*, assieme alla sua natura fluida e indeterminata rispetto alla sistematica del reato, nonché all'incertezza dei criteri per la sua traduzione in giudizio, continuano a suscitare diffidenza; conducendo a riconoscere per lo più in essa un mero principio ispiratore di alcune cause *legali* di esclusione della colpevolezza.

E tuttavia, il Tribunale del Riesame di Genova, nella sua prima ordinanza sulla vicenda cautelare, prova a percorrere tale strada in maniera originale. Senza tentare — com'è stato fatto altrove, ma con scarso successo⁽⁵¹⁾ — d'impiegare l'esigibilità alla stregua di un corollario del principio di colpevolezza, quale misuratore della rimproverabilità soggettiva dell'agente⁽⁵²⁾, la utilizza come un *canone interpretativo*, ossia come un *principio regolativo* dell'interpretazione⁽⁵³⁾ mediante il quale accedere a una particolare lettura della fattispecie di cui all'art. 1161 cod. nav. Partendo dal chiedersi cosa possa (e quindi debba) fare un concessionario nella situazione data, il Tribunale del Riesame arriva a chiarire che, perché possa scattare la tutela penale dell'art. 1161 cod. nav., serve un *qualcosa* — un provvedimento della p.a. — cui il privato faccia resistenza, in modo da dare consistenza alla condotta di "abusiva" occupazione⁽⁵⁴⁾. In sostanza il Tribunale ci dice che, in alcuni casi, la fattispecie non può che assumere la configurazione di un reato a *condotta attiva tramite omissione*.

ben compendiate nell'opera citata alla nota precedente che, a sua volta, sollecita a un suo impiego, mostrando come l'(in)esigibilità si ripercuota sui vari momenti della sistematica del reato, tracciando alcuni criteri per la sua concretizzazione.

⁽⁵¹⁾ Ci riferiamo ai tentativi della giurisprudenza di merito (v. Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701) di valorizzare l'inesigibilità quale criterio per escludere la rimproverabilità del soggetto che omette di versare l'Iva a fronte di una crisi di liquidità, puntualmente respinti dalla giurisprudenza di legittimità. Sul tema, *ex multis*, G. FLORA, "Non avrai altro creditore all'infuori di me!". *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento Iva*, in *DisCrimen*, 9 novembre 2020.

⁽⁵²⁾ L'esigibilità tende a mostrare i suoi più gravi limiti proprio quando impiegata come uno *standard* per misurare la rimproverabilità del soggetto, testandone la *possibilità* di tenere il comportamento conforme. E infatti « se essa viene intesa in termini strettamente personali-soggettivi finisce con il risultare sempre indimostrabile; se viceversa viene formulata in una dimensione oggettiva (secondo il poter agire di un qualsiasi modello astratto), non è in grado di chiarire le ragioni per cui in taluni casi è affermata, in altri negata », scontrandosi con il problema della fissazione del modello: T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 806.

⁽⁵³⁾ In proposito C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (trad. it. a cura di S. Moccia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 61.

⁽⁵⁴⁾ Così, Trib. Genova, Sez. Riesame, cit., p. 11.

Abbiamo prima affermato che il dato normativo di per sé non consente di escludere che l'occupazione possa dirsi penalmente rilevante anche in presenza di una concessione illegittima e a prescindere, quindi, dall'emissione di un ordine di rimessione in pristino. Ma tale interpretazione deve fermarsi davanti ai limiti *taciti* del tipo di "occupazione abusiva". Tali limiti si rintracciano nel fatto che la condotta sanzionata deve esprimere — proprio attraverso quella clausola di illiceità *speciale* introdotta in fattispecie⁽⁵⁵⁾ — un disvalore in termini di contrarietà ai *modi* imposti in via giuridica agli esercenti un'attività balneare per essere concessionari, a fronte di un'attività che, se rispettati tali *modi* (i.e. una concessione *legittima*), è approvata dall'ordinamento. Tuttavia, in virtù della *prassi* di rinnovare automaticamente le concessioni, agli esercenti un'attività balneare non era dato altro modo di occupare il suolo demaniale se non "abusivamente", stante che l'unica forma *legalmente imposta* per occupare le spiagge è tramite una concessione amministrativa. Per questo, nella situazione data, l'occupazione potrebbe ritenersi *abusiva* solo dopo che, avviato dalle amministrazioni un processo di ricostruzione della legalità, i concessionari si rifiutassero di rilasciare i beni⁽⁵⁶⁾. Diversamente ragionando, ci troveremmo di fronte a una norma penale totalmente indeterminata e ad applicazione indefettibile, per il fatto di imporre un comportamento giuridicamente *inesigibile* alla luce del sistema *normativo* in cui il divieto è posto.

4. Uno sguardo d'insieme: i limiti dell'intervento penale davanti alle prassi.

La vicenda appena visitata ci consente di evidenziare e portare in rassegna, seppure in via cursoria, alcuni generali *limiti* dell'intervento penale di fronte alle *prassi*, ancorché cattive.

Un primo *limite* lo individuiamo nel canone dell'*esigibilità*; ove esso dev'essere riguardato quale *criterio di politica-criminale*, prima ancora che come criterio di orientamento della decisione del giudice penale. L'*esigibilità*, intesa come *misura* di ciò che lo Stato può richiedere al cittadino, non solo umanamente, ma anche alla luce della *realtà* dell'ordinamento giuridico e del *contesto* sociale in cui la pretesa penale si muove, dovrebbe sem-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. per tutti G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.

⁽⁵⁶⁾ L'interpretazione trova un certo conforto nel dato sistematico, considerato che l'art. 1164 cod. nav., laddove impone una sanzione amministrativa per l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'autorità competente, fa «salvo il caso in cui il fatto costituisca reato».

pre guidare le scelte sul se e cosa punire, assieme ai (se non nell'ambito dei) giudizi di *necessità, meritevolezza, proporzionalità ed effettività* della pena. La presenza di prassi antinomiche, ossia la diffusione di un certo comportamento antidoveroso, può essere *indice* di un poco accorto *giudizio* politico-criminale in punto di esigibilità; ossia dell'affermazione in via positiva di schemi formali di comportamento scarsamente aderenti alla realtà socio-fattuale e anche normativa. Se dunque tali prassi dovrebbero, da un lato, condurre il legislatore perlomeno a interrogarsi sull'adeguatezza/fondatezza di quel giudizio, in caso riadattando le trame formali delle fattispecie, l'interprete, sullo stimolo dell'empiria, dovrebbe mostrarsi in grado di raccogliere le istanze dell'esigibilità all'interno di appositi percorsi ermeneutici. Tra i più promettenti vi è proprio quello che utilizza la categoria come un passaggio argomentativo, diretto a verificare se un'interpretazione *prima facie* plausibile sia anche un'interpretazione rispettosa dei confini impliciti della norma penale⁽⁵⁷⁾; confini che emergono ove, liberandosi dagli schemi più formalistici ma pur sempre nel rispetto degli aspetti testuali, ci s'interroghi sul significato della fattispecie *per limitarne il campo d'applicazione*.

Un secondo limite lo individuiamo nel *personalismo penale*. Una questione rimane aperta: il diritto penale può o non può elevarsi a strumento di contrasto delle prassi, per raddrizzare un sistema che si muove in direzione contraria a quella doverosa? Ora, è indubbio che scopo precipuo del diritto penale sia quello di orientare il comportamento dei cittadini. La stessa prevenzione *generale* rimane una dimensione essenziale della giustificazione penale, della ragione per cui l'intervento penale è posto. Ma diviene fragile e, a buona ragione contestata, quando vuole essere elevata anche a giustificazione della funzione della pena; e si fragilizza ulteriormente, divenendo eversiva rispetto al principio in parola, quando intesa come criterio *operativo* dell'intervento penale. Di fronte alla prassi, la magistratura incontra serie difficoltà, trovandosi ora a gestire un problema banalmente materiale, a fronte dell'impossibilità di perseguire tutti i fatti rilevanti, ora ad affrontare questioni di opportunità sociale, economica e dunque anche politica, che la espongono a grandi responsabilità. Si pensi, ad esempio, a cosa accadrebbe se tutti gli stabilimenti balneari italiani subissero la sorte degli stabilimenti Liggia. Ebbene, l'impressione è che, davanti a tali difficoltà, ci si lasci tentare dall'approccio raccolto nella massima dell'*unum castigabis, centum emendabis*: senza fare troppo danno, per correggere la

(57) Evochiamo qui la nota opera di P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, Padova, 1972.

prassi, intanto si procede a colpire qualcuno. Il principio personalistico impedisce però sempre di piegare il processo penale a questa funzione correttiva, di contenimento dei fenomeni sociali. Peraltro, ove la prassi è dell'autorità, il principio assume una doppia valenza, vietando meccanismi di responsabilizzazione dei privati per il cattivo esercizio del potere pubblico. Del resto, questi meccanismi finiscono per scaricare sui privati un conflitto tra pubblici poteri che meriterebbe di essere risolto altrimenti, magari nel suo apposito spazio "costituzionale". Nel caso genovese, non è escluso che un simile conflitto possa emergere, visto che il Tribunale del Riesame, costretto a conformarsi all'orientamento della Cassazione, ha sollecitato la Procura a indagare per abuso d'ufficio e omissione di atti d'ufficio tutti i funzionari delle amministrazioni coinvolte che non avevano richiesto lo sgombero dello stabilimento⁽⁵⁸⁾. Se v'è da dire che, indirizzando l'azione della Procura sulla parte pubblica, s'è individuato forse il fianco più confacente per il pungolo penale, siamo sempre davanti a un modo sbagliato d'impiegare lo strumento. Il carattere di diffusività di certi comportamenti disegna sempre una dimensione di *contesto* che travalica l'agire individuale; ma se da un lato il contesto richiama il bisogno dell'intervento penale, anche alla luce della gravità che i comportamenti — pur di per sé caratterizzati da una scarsa dannosità sociale — acquistano nell'assumere portata sistemica⁽⁵⁹⁾, dall'altro esso non può mai essere impiegato in funzione giustificatrice di tale intervento nei confronti dei singoli. È insomma la storia del diritto penale *di lotta*, che assume il singolo come *mezzo* di neutralizzazione di un *fenomeno*; storia nota e su cui non riteniamo utile soffermarci oltre⁽⁶⁰⁾. L'unica osservazione che ci permettiamo di avanzare riguarda il fatto che il nostro sistema — in cui l'obbligatorietà dell'azione penale alimenta invece di arginare la discrezionalità delle procure⁽⁶¹⁾ — si presenta massimamente inadeguato a gestire simili derive.

(58) Cfr. Trib. Genova, Sez. Riesame, ordinanza del 12 luglio 2019, p. 4.

(59) Sul tema, con particolare riferimento alle caratteristiche della c.d. *criminalità di massa* (categoria criminologica che tuttavia non siamo certi possa qui essere applicata). C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, p. 181 s. Più in generale, sulla crisi di *incontenibilità* del diritto penale, ID., *L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1238 s.

(60) Il rinvio è a M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla Questioni Criminale*, 2007, 2, p. 55 s.

(61) Ci limitiamo su questo a rinviare alle lucide e amare riflessioni di Tullio Padovani, contenute in una recente intervista rilasciata a *Il Dubbio* («*Le procure hanno un potere terrificante*», 30 gennaio 2021), nonché a G. FALCONE, *Interventi e proposte* (1982-

Un terzo limite lo si può rintracciare nelle esigenze di *sostenibilità economica*. Per la natura degli interessi che intercetta, la sostenibilità parrebbe operare come un vincolo esterno dell'opzione penale, etero-imposto da logiche economicistiche con cui la politica criminale si confronta per ragioni pragmatiche. In verità, essa presenta anche una valenza precettiva interna, incrociando alcuni gangli fondamentali (principi) della nostra materia. Ora, i piani su cui tale limite si manifesta possono essere diversi. Il primo lo vede intrecciarsi alle istanze dell'esigibilità, in qualche misura rispecchiandole, ove presa a parametro di quanto si possa richiedere al cittadino (in termini di sacrificio finanziario, nella direzione dell'adeguamento alla pretesa penale); ciò che in un'ottica di sistema, e alla luce degli obiettivi di tutela, può determinare — lo abbiamo visto nel caso del GPL — la misura di ciò che *conviene* anche richiederli. Vediamo allora qui indagate le fondamenta stesse della pretesa penale, la sua *primigenia* dimensione di accettabilità sociale. Il secondo piano invece indaga l'accettabilità sociale della pretesa penale alla luce delle sue conseguenze economico-sociali. Segnatamente lo fa assumendo tale pretesa come *confermata*; ora valutando i costi dei comportamenti da essa indotti, ora quelli che si producono una volta che sia disattesa ma riattestata mediante *pena*. In tale secondo caso, il problema si fa sentire — oltre che davanti a misure inabilitanti applicate a enti di grandi dimensioni e d'interesse strategico — anche a fronte di condotte antidoverose diffuse. Questo perché il sistema pretenderebbe reazioni corrispondenti (salvi i *limiti* di costo della stessa "macchina penale", manifestandosi qui ulteriori e più generiche istanze di *sostenibilità*); reazioni indirizzate verso un gran numero di soggetti economici, suscettibili di provocare significativi effetti in via collaterale, a detrimento di una vasta platea di enti e individui ai primi economicamente legati (o interessati alla prestazione di certi servizi). In questo senso, al tema della sostenibilità dell'intervento penale abbiamo fatto riferimento nel caso delle concessioni demaniali marittime, ove abbiamo sollevato la preoccupazione relativa alla chiusura, per mano giudiziaria, di tutti gli stabilimenti balneari "abusivi". Certo, è difficile che nel nostro ordinamento la magistratura riesca a farsi carico di simili istanze, se non velatamente e attraverso esercizi incontrollati di discrezionalità. Così, almeno, quando il problema si pone nell'ottica di sistema richiamata, e quindi non per un singolo ente e in un contesto specifico (esistendo qui istituti in cui per legge si chiede alla magistratura di riparametrare l'intervento penale in base agli effetti socio-economici dello

1992), Sansoni Editore, Firenze, 1994, p. 173 s. e al noto testo di R.H. JACKSON, *The federal prosecutor*, in *The Journal of the American Judicature Society*, 1940, p. 19 s. (entrambi richiamati nell'intervista citata).

stesso)⁽⁶²⁾. In assenza di dispositivi decisionali per la gestione, in via pretoria, degli effetti socio-economici dell'intervento penale, non ci si può che limitare a invocare una presa di posizione del legislatore che ne ridisegni i confini e/o i modi.

Vale la pena sottolineare come, al fondo, anche qui sia in gioco il *personalismo* penale, ancorché nella sua estensione meno stimata: quella che ne osserva le proiezioni all'interno della dimensione sanzionatoria, e non (meramente) dichiarativa della responsabilità. In questa dimensione, il principio vorrebbe che gli effetti della reazione penale non colpissero altri che il soggetto *responsabile*. Un principio che, all'evidenza, crolla quando il destinatario della sanzione sia l'ente; ma che crolla comunque sempre e strutturalmente, una volta assunto il castigo a fondamento (non compiutamente razionale) del sistema, cioè ammesso che il diritto penale sia un meccanismo di allocazione della *sofferenza*. Accettato questo, realismo impone che della sua afflittività collaterale non si abbia cura (se non per fare, talvolta, anche su di essa leva). Com'è stato detto, «il diritto penale è di per sé diseconomico», perché «l'applicazione della pena, nell'immediato, impone alla collettività costi (elevati), non per produrre benefici, ma per produrre ulteriori danni (al reo, ai suoi congiunti e alla stessa collettività) senza riparare l'originale danno prodotto»⁽⁶³⁾. Qualcosa inizia però a cambiare quando la non razionalità (umana ed economica) del meccanismo inizia a diventare un problema sociale, e dunque anche una questione *politica*, a tutto beneficio del personalismo.

5. Dalle cattive prassi al “comune andazzo”: il caso della tassa di soggiorno e l'attivazione dei limiti dell'intervento penale.

Chiudiamo con un ultimo caso, questa volta riguardante perlopiù esclusivamente il versante privato e connotato — più che da una cattiva prassi *ubiqua* e *costante* — da un “comune andazzo”; caso comunque utile, crediamo, a verificare come i *limiti* evidenziati possano entrare in funzione, almeno sul piano dell'intervento legislativo, davanti a comportamenti antidoverosi che prendano a esprimere una certa regolarità.

⁽⁶²⁾ Ci permettiamo di rinviare a M. GALLI, *Giudicare l'avvenire: uno studio a partire dalla convention judiciaire d'interet public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1285 s., nonché a ID., *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in A. Sterpa, A. Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 81 s.

⁽⁶³⁾ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2005, p. 1370.

Si tratta della vicenda relativa all'imposta di soggiorno. L'art. 4 d.lgs. n. 23/2011 prevede che i comuni possano istituire una tassa — nel massimo di 5 euro per notte — a carico di chi alloggia nelle strutture ricettive del loro territorio; senza d'altra parte introdurre (fino all'ultimo intervento legislativo) una disciplina specifica per il caso di mancato versamento del tributo nelle casse comunali da parte degli albergatori incaricati della riscossione (disciplina forse rimessa al regolamento di attuazione, da approvarsi entro 60 giorni e in realtà mai adottato). Agganciandosi alla giurisprudenza della Corte dei Conti, che nel frattempo aveva qualificato gli albergatori come *agenti contabili* tenuti allo svolgimento di attività ausiliarie per l'esecuzione dell'obbligazione tributaria tra ente impositore e clienti delle strutture⁽⁶⁴⁾, i pubblici ministeri iniziano a contestare e i giudici a riconoscere⁽⁶⁵⁾ il delitto di *peculato* in capo agli albergatori omissivi; ciò sul presupposto che — in quanto appunto *agenti contabili* — essi rivestano la qualifica di incaricati di pubblico servizio addetti al maneggio di denaro pubblico. Si apriva così un «dracomaniano giro di vite»⁽⁶⁶⁾, considerate le gravi ricadute disciplinari di tale reato⁽⁶⁷⁾ e la ricorrenza dell'applicazione di sequestri preventivi dei saldi attivi esistenti sui rapporti finanziari risultanti nella disponibilità degli indagati, fino al valore delle somme trattenute. Un esito, questo, con molta probabilità non previsto e non voluto dal legislatore, che, in piena crisi pandemica, interviene sulla materia con l'art. 180, co. 3, del c.d. decreto "Rilancio" (d.l. n. 34/2020, conv. l. n. 77/2020). Qualificati espressamente gli albergatori come *responsabili d'imposta* obbligati in solido con il cliente, si prevede inoltre che il mancato versamento della tassa integri un mero illecito amministrativo-tributario, ritagliato sulle condotte in questione.

Non è nostra intenzione speculare sulla *ratio* politico-criminale della riforma; tuttavia, non possiamo esimerci dal segnalare con essa sia sopraggiunta in un momento in cui l'intervento penale, con i suoi effetti diretti e indiretti, iniziava a rappresentare un *problema sociale* tangibile⁽⁶⁸⁾, a fronte

⁽⁶⁴⁾ C. Conti, Sez. Riun., 22 settembre 2016, n. 22.

⁽⁶⁵⁾ V. ad. es. Cass., VI, 26 marzo 2019, n. 27707; Cass., VI, 17 maggio 2018, n. 32058.

⁽⁶⁶⁾ G. AMARELLI, "Peculato dell'albergatore": tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, *tertium datur?*, in *SP*, 5 febbraio 2021, p. 3.

⁽⁶⁷⁾ Tra queste: impossibilità di applicare l'art. 131-bis c.p. per incontinenza dei limiti edittali del reato; applicazione di pene accessorie perpetue; difficile accesso alla sospensione condizionale; esclusione di strumenti premiali per la sua appartenenza, a seguito della "Spazzacorrotti", ai reati ostativi di cui all'art. 4 ord. penitenziario ed esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, co. 9, c.p.p.

⁽⁶⁸⁾ D. MICHELETTI, *Le modificazioni mediate apparenti. Un recente caso in materia di peculato*, in *Criminalia*, 21 ottobre 2020, p. 7.

di un comportamento diffuso tra molti esponenti della categoria. Pur non disponendo di un dato preciso, le notizie di stampa sui procedimenti penali avviati nei confronti degli albergatori, insieme ad atti parlamentari che registrano gli ammanchi di diversi comuni italiani⁽⁶⁹⁾, restituiscono la dimensione di un “andazzo” abbastanza esteso⁽⁷⁰⁾. Anche se qualche sospetto lo nutriamo, non possiamo stabilire una correlazione tra la consistenza assunta dal fenomeno e la “politica penale giudiziale”⁽⁷¹⁾ intrapresa, né quindi affermare che l’attivazione dei procedimenti e la declinazione della qualifica degli albergatori offerta ai fini dell’integrazione del delitto di peculato — sulla quale pure ci sarebbe da meditare⁽⁷²⁾ — abbia trovato una giustificazione nelle proporzioni dell’andazzo e nel bisogno di arginarlo. Di certo, la dimensione del fenomeno rendeva evidente la necessità di un cambio di passo, attraverso una riforma capace di razionalizzare la materia, riconsegnare effettività all’obbligo tributario e far retrocedere la pretesa penale. Senza contare che la riforma ha consentito di eliminare un’incriminazione lontana dal canone dell’*esigibilità*. Tale canone non appariva rispettato alla luce di un sistema difettoso sul piano normativo e

(69) Cfr. DDL n. 554, comunicato alla presidenza il 16 ottobre 2019.

(70) Non riusciamo perciò a condividere la narrazione, pur diffusa, secondo cui la riforma (intervenuta, si dice, per salvaguardare gli interessi di Cesare Paladino, proprietario dell’Hotel Plaza e suocero dell’allora Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, interessato da un procedimento penale per peculato) sarebbe da ascrivere al novero delle leggi *ad personam*.

(71) Riprendiamo l’espressione di C.E. PALIERO, *Lo “statuto penale” degli operatori bancari, fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1359 s.

(72) La correlazione tra attività di “maneggio di denaro pubblico” e qualifica di i.p.s è un *topos* ricorrente nella giurisprudenza, non di rado corroborato dalla posizione di “agente contabile” rivestita dall’agente (da ultimo, Cass., S.U., 16 febbraio 2021, n. 6087). Spesso, tuttavia, si dimentica di verificare se la correlazione e l’impiego di nozioni tratte *aliunde* sia compatibile con la definizione di “attività amministrativa” fornita dagli artt. 357, co. 2, e 358 c.p. A ben vedere il codice penale non instaura alcun rinvio ad altre branche, limitandosi a dirci che può essere considerato i.p.s. colui che svolge un’attività disciplinata « da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi », con esclusione « dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale ». Sarebbe allora più proficuo interrogarsi sul significato di questi incisi, alla luce dei programmi di tutela del *Titolo II*. In questo caso non sembra neppure necessario affaticarsi, parendo rientrare l’attività di mero versamento di denaro nel concetto di mansione d’ordine; una mansione ausiliaria che, pur gravida di ricadute, risulta priva di spazi di discrezionalità, riducendosi all’esercizio di attribuzioni esecutive che non presentano i caratteri minimi validi a giustificare l’applicazione del rigoroso statuto penale dei soggetti pubblici. Per tutti, N. AMORE, *Circolazione dei metodi e disorientamento degli scopi nella repressione dei reati propri contro la Pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2070 s.

operativo (essendosi registrato, almeno in una prima fase, un certo ritardo nell'organizzazione degli uffici comunali), nonché di un contesto — la crisi economica di cui il nostro Paese soffre almeno dal 2009 — che, al netto di chi s'intascava bellamente la tassa, spingeva gli albergatori a ritardare i versamenti, per impiegare altrimenti le somme (pagare i dipendenti, versare l'IVA etc.).

La partita però non è chiusa. Essa continua a giocarsi sul terreno degli effetti intertemporali della riforma, a fronte di una giurisprudenza di merito che tende a riconoscere un fenomeno di *abolitio criminis* ex art. 2, co. 2, c.p.⁽⁷³⁾ e di una giurisprudenza di legittimità che, invocando il criterio strutturale e non ravvisando una successione di norme integratrici, viceversa tende a escluderlo, stabilizzando gli effetti modificativi solo per il futuro⁽⁷⁴⁾. La discussione dottrinale sul punto è accesa⁽⁷⁵⁾, richiamando questioni (quando, e in base a quali criteri, sia possibile riconoscere una modifica *mediata* effettiva della fattispecie penale; quando, nonostante la modifica riguardi una norma richiamata da un elemento normativo, comunque si debba riconoscere l'effetto abrogativo) antiche e assai controverse⁽⁷⁶⁾. In essa, perciò, non ci arrischiamo. Ci limitiamo a notare la particolarità di questa ipotesi: una modifica sì mediata sulla normativa extra-

(73) Cfr. Trib. Roma, 3 dicembre 2020; Trib. Roma, 2 novembre 2020, n. 1520; Trib. Salerno, 19 ottobre 2020, n. 1708; Trib. Rimini, 24 luglio 2020.

(74) Cass., VI, 17 dicembre 2020, n. 36317; Cass., VI, 30 ottobre 2020, n. 30227.

(75) Per la posizione che, in accordo con la giurisprudenza di legittimità, esclude l'*abolitio criminis* applicando il criterio strutturale, per tutti, G.L. GATTA, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il "decreto rilancio"?*, in *SP*, 5 ottobre 2020. Per la posizione che invece riconosce il fenomeno abrogativo, seppure con percorsi diversificati: M. GAMBARDELLA, *Il "decreto rilancio" e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, in *PenaleDP*, 1 giugno 2020; D. MICHELETTI, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit., p. 1 s. Per una soluzione radicalmente alternativa, G. AMARELLI, *"Peculato dell'albergatore"*, cit., in part. p. 17 s.

(76) Non essendo qui possibile ricostruire un così ampio e articolato dibattito, ci limitiamo a richiamare alcune delle voci che in maniera più significativa vi hanno contribuito: G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Giappichelli, Torino, 2006; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 s.; M. ROMANO, *sub Art. 2*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Artt. 1-84, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 53 s.; ID., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 150 s.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 314 s.; L. RISSICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

penale richiamata da un elemento normativo, ma al contempo una modifica legislativa che esprime una chiara e non irragionevole opzione di depenalizzazione (che esprime il venir meno della necessità di pena) per quella classe di fatti, anche in virtù degli effetti ad essa connessi (che distintamente emergono dalla diffusione del mancato versamento e, diremmo, anche dalla prassi repressiva della magistratura), alla luce della congiuntura economica; e che quegli effetti continuerebbero in parte a ridondare sul presente e sul futuro, ove si volesse salvaguardare l'efficacia per il passato dell'incriminazione.

Ci pare appena il caso di sottolineare, in via conclusiva, che se il carattere proprio e costante delle prassi "cattive" è di mettere in crisi il *dover essere* penalistico (per il fatto di sostituire una diversa *regolarità* a quella nascente o comunque introiettata dalla *regola*), la loro forza "buona" risiede nella capacità di sollevare ragionevoli dubbi sul *poter essere* e, quindi, sulla *ragion d'essere* dello stesso, nel senso di esprimere un invito a saggiare, nelle sedi in cui *formalmente* si produce, se la sua posizione sia mai stata o continui a risultare fondata alla luce dei criteri che lo vincolano socialmente e giuridicamente⁽⁷⁷⁾.

(77) Questa la conclusione cui si può giungere adottando una prospettiva "larga" circa i ruoli della scienza giuridica e i contorni dei suoi discorsi sul "dover essere" (in opposizione a quella "ristretta", insensibile alla dimensione dei valori che giustificano e correggono i ragionamenti sulle regole esistenti); abbracciando, dunque, un modello di riflessione che non escluda «i discorsi sull'effettività e sul controllo sociale, cioè sull'incidenza funzionale o disfunzionale del diritto sui fatti (cui esso forse non è più adeguato)», ove «proprio questa inadeguatezza impone al giurista di misurarsi sempre di più con i problemi sociologici»: A. BARATTA, «Essere» e «dover essere», cit., p. 94.