



(<http://www.pisauniversitypress.it/>)



Archivio Penale (/)

Rivista Scientifica dell'Area 12 Anvur (https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2020/08/Elenco-riviste-scientifiche_Area12_VIquad.pdf) - Fondata da Remo Pannain (<http://www.pannain.com/>) - Diretta da David Brunelli

Home (/) / Rivista / Fascicolo n. 2 – Maggio-Agosto 2021 (Web)

Fascicolo n. 2 – Maggio-Agosto 2021 (Web)

Archivio penale

ISSN: 0004-0304 | e-ISSN: 2384-9479

Data pubblicazione: 03 May 2021

Sottoposto a [peer review \(/peer-review/contenuti/6492\)](/peer-review/contenuti/6492)

VEDI TUTTI I FASCICOLI (/RIVISTA-A-STAMPA/RIVISTA/3)

Indice

Editoriale

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS

La cruna dell'ago (a proposito del principio di autosufficienza) (/la-cruna-dellago-(a-proposito-del-principio-di-autosufficienza)/articoli/31200)

Filippo Giunchedi, Bruno Sassani

Pubblicato il 17 September 2021

Confronto di idee

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS

[favoreggiamento-personale-e-concorso-esterno-in-associazione-mafiosa-tra-prassi-applicativa-e-diritto-vivente-/articoli/27134\)](#)

Pierluigi Zarra

Pubblicato il 13 May 2021

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

[Ritratto di un'archiviazione come atto di \(cripto\)accusa \(/ritratto-di-unarchiviazione-come-atto-di-\(cripto\)accusa/articoli/27133\)](#)

Jacopo Della Torre

Pubblicato il 12 May 2021

Anticipazioni

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

[La leva premiale nel prisma delle fattispecie corruttive. Brevi osservazioni a margine della causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p. \(/la-leva-premiale-nel-prisma-delle-fattispecie-corruttive-brevi-osservazioni-a-margine-della-causa-di-non-punibilita-ex-art-323-ter-cp-/articoli/28163\)](#)

Anna Francesca Masiero

Pubblicato il 29 June 2021

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

[Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa \(/considerazioni-critiche-sulle-proposte-della-commissione-lattanzi-in-materia-di-sistema-sanzionatorio-penale-e-di-giustizia-riparativa/articoli/28162\)](#)

Adelmo Manna

Pubblicato il 29 June 2021

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

["Cattive" prassi e limiti dell'intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno \(/cattive-prassi-e-limiti-dellintervento-penale-serbatoi-gpl-concessioni-demaniali-marittime-e-tassa-di-soggiorno/articoli/28145\)](#)

Martina Galli

Pubblicato il 27 May 2021

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

[La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche \(/la-centralizzazione-della-vittima-nel-sistema-penale-contemporaneo-tra-impulsi-sovrnazionali-e-spinte-populistiche/articoli/27129\)](#)

Marco Venturoli

Pubblicato il 06 May 2021

ARTICOLO PUBBLICATO | OPEN ACCESS 

[Il rilievo dell'omissione nella truffa \(/il-rilievo-dellomissione-nella-truffa/articoli/27128\)](#)

ANTICIPAZIONI

MARTINA GALLI

“Cattive” prassi e limiti dell’intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno*

Il lavoro esamina il tema della rilevanza delle “cattive” prassi per il diritto penale. Mediante l’esposizione di alcune vicende (relative, in particolare, ai controlli su serbatoi GPL interrati, alle occupazioni “abusive” di spazi demaniali marittimi e agli omessi versamenti della tassa di soggiorno), si metterà in luce come talune prassi, ancorché deteriori, siano in grado di mettere in crisi la pretesa punitiva e, di conseguenza, l’assunto dell’impermeabilità del “dover essere” penalistico rispetto alla dimensione dell’“essere”.

“Bad” practices and limits of criminal law: GPL tanks, beach concessions and tourist tax

The article investigates the potential relevance of “bad” practices for criminal law. By focusing on some case studies (in particular: the system of checks on GPL tanks, the “abusive” occupations of marine state-properties and the tourist tax’s omitted payments), it highlights how certain practices, although wrongful, are able to undermine criminal law intervention, therefore debunking the assumption of the legal “ought” dimension’s impermeability to the “is” dimension.

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 davanti a comportamenti diffusi.

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 normativa-

* L’articolo costituisce la versione ampliata del contributo, dal medesimo titolo, destinato al Volume *“I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law”* (raccolta degli scritti del decimo Corso di Formazione interdottoale “Giuliano Vassalli” organizzato dal Siracusa International Institute e svoltosi congiuntamente all’ottavo Convegno Annuale di AIDP, sezione “Giovani penalisti”), a cura di Gullo, Militello, Rafaraci, Milano, 2021.

mente imposte sono regolarmente disattese, ossia quando la *regolarità deontica* si trova puntualmente scalzata da una *regolarità fattuale* statisticamente rilevante¹?

Per affrontare questo interrogativo ci rivolgeremo in particolare a certe prassi nate all'interno di tipiche forme d'interazione tra attività dei privati ed esercizio del potere pubblico²; ove quest'ultimo è riguardato non secondo una prospettiva monoblocco, bensì nelle varie articolazioni funzionali che, agendo su più livelli, 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, anche a prima vista e 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, almeno in parte, dipendere da alcuni fattori e dinamiche che ivi entrano in gioco. Di certo, le ragioni del cedimento del *dover essere* penalistico alla prassi, ancorché cattiva, hanno portata più generale e non sono legate a doppio nodo a tale plesso; esso, però, offrendo una visione privilegiata sul tema d'interesse, continua a rappresentare un valido campo d'osservazione della scalfittura "effettuale" alla corazza della pretesa penale.

Ora, tradizionale premessa del diritto penale è l'impermeabilità della dimensione del *dover essere* (s'intende, di origine *legale*)³ rispetto a quella dell'*essere*. Da qui, l'irrelevanza – a differenza di altri settori dell'ordinamento⁴

¹ Siamo qui echeggiando la terminologia geigeriana, che distingue tra due tipi di regolarità (o normalità): la *regolarità deontica* (*Regelmäßigkeit*) e la *regolarità adeontica* (*Regelhaftigkeit*). Cfr. GEIGER, *Studi preliminari di sociologia del diritto*, Milano-Udine, 2018, 135 ss. Si veda, inoltre, FEBBRAJO, *Materiali di sociologia del diritto di Theodor Geiger*, Pavia, 1979; PALIERO, *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 705 ss.

² Solitamente tali dinamiche d'interazione interessano il penalista e 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 semmai 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 di tipo penale che dovrebbero attivarsi in caso di un fallimento della stessa.

³ Con «*dover essere*» intendiamo riferirci a quello "stato deontico" che sorge dalla posizione legale di regole (nel nostro caso, penalmente sanzionate) in capo ai soggetti che ne sono destinatari. Tuttavia, per un approfondimento dei significati che il sintagma può assumere nella riflessione giusfilosofica, v. BARATTA, «*Essere*» e «*dover essere*» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto, Milano, 1968, in part. 19 ss.

⁴ Si pensi, in particolare, al diritto internazionale (dove le *consuetudini* rivestono un ruolo di primaria importanza tra le fonti degli obblighi degli Stati), al diritto civile (dove ampio spazio è riconosciuto agli

– dei c.d. fatti normativi: della *consuetudine* (o *uso* sociale giuridicizzato che dir si voglia) e della *desuetudine*⁵ nonché, appunto, della *prassi* (o *uso* sociale di fatto), 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 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 (e, quindi, anche della loro rimozione dall'ordinamento giuridico). 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 particolare, nella riserva di legge) cristallizzate⁷. Ma la solidità di quelle ragioni non vale a coprire i diversi aspetti di fragilità dell'assunto.

Tale fragilità emerge non solo e non tanto perché, avendo riguardo principalmente al momento della *traduzione positiva* dei precetti penalistici, l'assunto tralascia di considerare le dinamiche sociali che a tale positivizzazione conducono⁸, ma soprattutto 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, in particolare all'interno di scritti dedicati al tema della consuetudine, non ha mancato di confrontarsi con quei limiti. Il più evidente è di ordine logico. Si è in proposito notato⁹ come, poiché la riserva di legge ricopre soltanto gli aspetti *essenziali* dell'incriminazione, non si possa escludere che sia la consuetudine (e, con essa, le prassi) a definire gli elementi marginali della fattispecie, almeno in presenza di un richiamo legislativo esplicito o implicito. Da un punto di vista logico, quel principio non vieta – e qui il discorso procede in parallelo rispetto a quello relativo alle c.d. fonti delegate del diritto penale – che consuetudini e prassi rivestano una funzione integratrice in riferimento ad elementi “di

usi, siano essi normativi, contrattuali o interpretativi), nonché al diritto canonico (in particolare alla luce del can. 27, § 1, che riconosce efficacia abrogatrice o derogatoria anche alla consuetudine *contra legem*).

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

⁶ La definizione che qui diamo del concetto di prassi è ripresa da MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, 1.

⁷ MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 502 ss., in part. 504-505.

⁸ Cfr. ancora GEIGER, *Studi preliminari*, cit., 165 ss. V. inoltre, PALIERO, *L'indifferenza costruttiva*, cit., 754-755.

⁹ MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., 507.

contorno” delle fattispecie¹⁰. Il problema si pone, allora, per i casi in cui 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 partecipare a tale gestione. Tuttavia, come avremo modo di dimostrare, non è solo in questo ambito che il fenomeno della rilevanza delle (cattive) prassi viene in rilievo; e questa è la ragione per cui questo lavoro non si occuperà solo di responsabilità colposa.

Dobbiamo peraltro rilevare come l’assunto dell’irrilevanza degli usi non presenti soltanto il limite logico-formale appena visitato – limite derivante dalla riserva di legge e in dottrina riferito tanto alle norme incriminatrici quanto alle norme che segnano i confini del punibile (scriminanti, cause di non punibilità, scusanti) – incontrandone altri di ordine empirico-sostanziale. Tali limiti 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”¹¹, per non parlare del richiamo alle “buone pratiche” in materia di responsabilità medica¹² e, in generale, alle *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»¹³ o comunque caratterizzate da una dimensione di complessità tale da renderne impossibile la sintesi normativa, se non ricorrendo a formule ampie ed elastiche (es. buono e cattivo costume, decoro, onore, reputazione, riserbo della sfera sessuale etc.). Formule di questo tipo chiamano inevitabilmente l’interprete a confrontarsi con i modi di vedere e di

¹⁰ Dove si trovi, poi, la linea di demarcazione tra l’*essenziale* e il *marginale* è sempre cosa ardua da definire, necessariamente rimessa al processo interpretativo.

¹¹ CONSULICH, Ex facto oritur ius criminale? *Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2011, 2-3, 281 ss.

¹² 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 e ulteriore rispetto a quella che funge da premessa di cautele positivizzate nelle linee guida, v. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, 705 ss., in part. 732. Precedentemente, Id., *La colpa del medico prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in *Criminalia*, 2008, 195-196.

¹³ MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., 511.

sentire radicati nell'uso; che poi si preferisca qualificare il fenomeno come una forma di adattamento ermeneutico del senso della norma alla realtà della vita 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 queste 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" (alla luce delle esigenze di tutela sottese alle norme penali) di quanto s'impone in via di prassi. La cedevolezza del sistema formale è programmata; possiamo dire che il tutto avviene, in qualche modo, *secundum legem*. Tuttavia, non sempre questo schema è rispettato. Siamo infatti circondati da cattive prassi – *cattive* perché contrarie agli obiettivi di tutela ed espressione di un'aperta noncuranza di regole di condotta positivizzate – che si affermano a discapito della pretesa giuridico-penalistica. Non è dunque 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 regolarità e della diffusività una propulsione dall'alto, ad opera degli organismi pubblici incaricati di incanalarle nel senso voluto e imposto in via normativa. Questo contributo intende mostrare alcuni esempi di quanto appena affermato, verificando ove risieda la forza delle prassi e come la costruzione del *dover essere* penalistico prenda a cedere di fronte ad essa.

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. È del resto pacifico come, in questo ambito, la dimensione del *dover essere* sia in qualche modo sempre permeata da quella dell'*essere*¹⁴: tanto nell'ambito della colpa specifica, dal momento che le regole cautelari positivizzate nascono sempre dal dato esperienziale, quanto in quello della colpa generica, dove la ricerca della misura della diligenza oggettiva richiesta nella vita di relazione immancabilmente si nutre di regole sociali. Il nostro percorso di approfondimento non può dunque che partire da qui, anche se, come

¹⁴ Cfr. per tutti PIERGALLINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, X, 228 ss.

anticipato, il tema della rilevanza delle prassi per il diritto penale trascende questo specifico ambito.

La riflessione in tema è, invero, amplissima. Ci limitiamo qui a richiamare due autorevoli voci della dottrina italiana, espressione di due visioni – e di due modi di sentire – divergenti sul tema. 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. Interrogandosi ora sui limiti dell'integrazione delle norme incriminatrici ad opera degli usi, ora sul canone della rappresentabilità quale matrice principale delle norme preventive, Marinucci ci avverte di come l'assunzione della prassi a regola di condotta – oltre ad essere talvolta banalmente impossibile¹⁵ – risulti, il più delle volte, pericolosa. Non di rado, infatti, le cautele osservate nella pratica risulterebbero del tutto «inadatte a fronteggiare le esigenze prudenziali richieste dalla concretezza delle svariate attività»¹⁶, facendo notare, con Hellmut Mayer, che «proprio la prassi porta con sé la maggior faciloneria». Il concetto è ribadito – e qui più apertamente radicato all'interno dell'assunto cui facevamo accenno in apertura – nell'ambito della critica alla teorica del «rischio consentito» connesso ad attività produttive, sviluppata in nome delle ragioni del progresso scientifico, nonché del profitto d'impresa¹⁷. Il riferimento all'*adeguatezza sociale dei comportamenti* (tipico di quella teorica) e, con esso, 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*, ossia attraverso il richiamo a mere situazioni effettuali; e questo anche perché, si sostiene, la via dell'*essere* è lastricata di prassi «sciate» o «abusive», che rischierebbero di essere legittimate giuridicamente¹⁸. 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; pur essendo questi ultimi «i soli e veri criteri da cui dedurre la

¹⁵ Il caso citato è quello di attività assolutamente nuove nell'esperienza umana, nei cui confronti gli usi sociali non si siano ancora pronunciati e una prassi non si sia ancora formata.

¹⁶ MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., 508.

¹⁷ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in Id., *Studi sulla colpa*, Milano, 2013, 166 ss. V. inoltre Id., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

¹⁸ In altre parole, le regole cautelari non possono coincidere con gli usi sociali, rappresentando semmai «criteri di controllo sulle prassi effettive» (PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, 324-325).

misura della diligenza dovuta caso per caso»¹⁹. La timida apertura dell'Autore 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)²⁰. Il pensiero dell'Autore è invece chiaro nell'escludere che, nell'ambito della *colpa specifica*, una prassi – e figurarsi una prassi “sciatta” – possa affermarsi *contra legem*, in sostituzione di cautele positivizzate. Egli – forse avendo fiducia nella capacità del sistema normativo di adeguarsi rapidamente agli sviluppi pratici, in particolare se supportati da tecnica e scienza – non prende peraltro in considerazione il caso in cui la prassi dimostri un'efficacia preventiva superiore a cautele normativamente prescritte, risultando di fatto corrispondere alla “migliore scienza ed esperienza”²¹; 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 delle preleggi – dall'art. 43 c.p., co. 3, c.p. (in particolare ove fa riferimento alla negligenza, all'imprudenza e all'imperizia quali correlati della condotta colposa)²². L'esperienza collettiva per questo Autore merita infatti 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*²³. Il riferimento alle prassi cautelari

¹⁹ MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., 508.

²⁰ Cfr. su questo 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., Sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 24933 in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2011, il quale fa notare come la *diffusione* del gesticolare offre indicazioni sul tasso di pericolosità del comportamento stesso, così come registrabile ed avvertito in base all'esperienza. Sullo stesso caso anche GATTA, *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica: ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2011.

²¹ In questi casi, ossia 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 anche perché le circostanze concrete rendono preferibile ricorrere a una diversa cautela), la soluzione sarà da intravedersi nel discostamento dalla piattaforma cautelare formalizzata. Cfr. PIERGALLINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., 231.

²² GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 98; nonché Id., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, in part. 168, ove si nota come «l'eterointegrazione della fattispecie colposa attraverso gli usi si porrebbe pur sempre nell'ambito, comunemente ammesso, della consuetudine integratrice».

²³ Questo il tema centrale del lavoro di GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I.*

avrebbe con ciò il potere, quanto mai auspicabile (il bersaglio polemico è qui il parametro dell'agente modello), di *laicizzare* la nozione di diligenza, conferendole un carattere comunque 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»²⁴; con l'ulteriore vantaggio di *democraticizzare* l'imputazione colposa, conciliando le istanze di determinatezza «con l'esigenza di valorizzare la dimensione politico-sociale della regola cautelare»²⁵. Quanto detto potrebbe tuttavia valere nei soli casi in cui difetti una regola cautelare *positivizzata* – positivizzazione che si dice particolarmente indicata ogniqualvolta le regole di comune esperienza abbiano un carattere *sperimentale*, non essendo ancora in grado di orientare, con adeguati margini di efficacia, il comportamento dell'agente nel modo richiesto²⁶ – o comunque ove essa abbisogni di una specificazione tecnica. Inoltre, solamente ove le prassi, che dall'esperienza collettiva derivano, risultino *funzionali* «al contenimento della pericolosità di determinate attività nella misura e nei modi comunemente praticati e accettati»²⁷, quindi ove si tratti di prassi “buone”, perché propulsive di regole di condotta efficaci nel senso della prevenzione²⁸. Egli si trova, dunque, in sostanziale accordo con chi ritiene che le regole spontanee, non scritte, 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*,

La fattispecie, Padova, 1993, 173 ss.; tema ripreso e sviluppato in Id., *La normatività della colpa penale*, cit., 97 ss.; Id., *La legalità della colpa*, cit., 165 ss.

²⁴ GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., 167.

²⁵ Per l'A., infatti, «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»: Id., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 245.

²⁶ GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., 92.

²⁷ *Ivi*, 98.

²⁸ Si dice infatti che «dovrà trattarsi – ovviamente – delle prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate, perché solo esse consentono un punto di equilibrio tra l'istanza di tutela, da un lato, e la riconoscibilità della regola, dall'altro», ritenendo che intrattenersi «sulla minore efficacia preventiva delle prassi cautelari rispetto a quella della migliore scienza ed esperienza, e discettare, su basi pseudoempiriche che non vanno oltre l'orizzonte soggettivo degli usi praticati o conosciuti, su quanto le prassi siano sciatte o virtuose» sia «un modo, non un argomento, per eludere il problema della legalità della colpa, là dove sarebbe già un risultato tutt'altro che trascurabile che le condotte pericolose si conformassero alle migliori prassi applicative distillate dai settori più efficienti e sensibili della nostra non disprezzabile società». Così GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., 165-166.

rappresentando lo «schema di comportamento appropriato nella situazione concreta»²⁹.

La divaricazione tra le posizioni si accentua e diviene assai delicata quando la discussione abbandona il terreno dogmatico-formalistico e 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»³⁰, continua a contrapporsi la visione di chi ritiene che l'identificazione della cautela doverosa dipenda fortemente dalla sua *praticabilità*, anche economica³¹. Il problema è stato per lo più studiato in riferimento a regole formalizzate (colpa specifica) a struttura elastica, che lascino di fatto margini d'ingresso a valutazioni di colpa generica³², con particolare riferimento alla doverosità di un adeguamento possibile, benché 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 rispetto a quelle formalizzate, ma rispetto ad esse più *sostenibili* e, perciò, maggiormente praticabili *su larga scala*, cioè in considerazione dell'interesse dell'ordinamento a raggiungere una sufficiente sicurezza *generalizzata* (in particolare a fronte di una tendenza dei garanti a non adottare, per ragioni di risparmio economico, alcuna cautela), 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, ovvero di mancato rispetto delle cautele previste – propongano soluzioni preventive *subottimali* da un punto di vista della loro *efficacia*, ma suscettibili di ampio accoglimento e perciò dotate di una maggiore *effettività*.

²⁹ CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 294.

³⁰ MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 40.

³¹ GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in DONINI, ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità: le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, 75 ss. 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. Sul tema, in riferimento alle linee guida e alle buone prassi mediche, quali cautele che s'impongono a valle di un giudizio *politico* di bilanciamento «tra beni di rilevanza costituzionale sui quali non mancano di influire anche esigenze di sostenibilità economica delle soluzioni disponibili», MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, cit., 718.

³² 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, cfr. PIERGALLINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., 231, nonché Id., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in *Criminalia*, 2014, in part. 400.

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, consentendoci di percepire spigolature e dinamiche nuove, o perlomeno non disvelate, di un fenomeno – quello della rilevanza delle prassi ai fini del giudizio di colpa – per il resto noto; dinamiche che si confrontano con la dimensione di *contesto* e con le necessità sociali ed economiche in cui l'intervento penalistico si muove.

Chi legge avrà presenti i serbatoi GPL utilizzati per il riscaldamento domestico, in particolare nelle zone non allacciate alla rete del metano³³. La convenienza dell'impiego del GPL rispetto ad altri combustibili fossili come il gasolio e il carbone si rinviene sia sul piano del rendimento energetico – presentando questo gas un elevato potere calorifero – sia su quello della sostenibilità economica e, soprattutto, ambientale³⁴. Questa fonte di energia non è però priva di rischi. Fuoriuscite accidentali di liquido o vapori, oltre a sottoporre l'aria e il suolo a possibile 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 (inizialmente con il d.m. 29 febbraio 1988 e poi con il regolamento contenuto nel d.m. n. 329/2004) si è previsto che i proprietari³⁵ sottopongano i serbatoi a controlli decennali (anche detti “verifiche di riqualificazione periodica”) per attestare l'integrità delle membrature, ossia l'assenza di danni, potenziali responsabili di fughe di gas e quindi di eventi di esplosione e incendio. In particolare questa normativa prescrive – o meglio, come diremo più avanti, prescriveva fino al luglio 2020 – che i controlli siano eseguiti tramite due metodiche, da applicarsi *cumulativamente*: quella del controllo visivo (esterno e ove possibile interno) e quella della spessimetria. Il ricorso a queste metodiche risulta tuttavia particolarmente gravoso e costoso laddove 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

³³ Stando ai dati forniti da Liquigas e Ancitel Energia & Ambiente, sarebbero circa 1.300 i comuni italiani non allacciati alla rete del metano, per un totale di oltre 4 milioni di utilizzatori.

³⁴ In attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, regioni ed enti locali hanno provveduto a emanare disposizioni che obbligano la sostituzione del gasolio con altre fonti meno inquinanti, tra cui appunto il GPL.

³⁵ Si noti: 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.

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 europeo EN 12818, avvia un progetto di ricerca volto alla sperimentazione di una nuova tecnica: quella delle emissioni acustiche (EA), particolarmente vantaggiosa perché – almeno in via teorica – può essere applicata senza dissotterramento e a campione, per lotti omogenei di serbatoi. Di lì a poco, un decreto ministeriale³⁶ introduce la possibilità di effettuare i controlli tramite questa metodica (s'intende, nell'ambito del protocollo sperimentale), rimettendo la definizione della procedura a un decreto direttoriale che, intervenendo nel 2005, 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, nella prassi, quello che doveva essere un protocollo di sperimentazione, volto a testare l'affidabilità della tecnica, ha finito per sostituire le modalità di verifica ordinarie (secondo quanto previsto dal regolamento generale 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 (sottolineiamo che il decreto ministeriale, pur autorizzando la tecnica delle EA, non prevedeva la complessiva *sostituzione* della disciplina positivizzata nel suddetto regolamento).

La sciattezza che riconosciamo in 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* e non – come sarebbe stato consigliabile, almeno in una prima fase – di mero *complemento* alle metodiche tradizionali. Inoltre dall'approccio degli organismi tecnici, che hanno prodotto un protocollo senza delimitarne l'ambito di applicazione e senza regolamentare le modalità di adesione allo stesso, rimettendo ai proprietari, destinatari dell'obbligo di verifica, la scelta sulla tecnica da impiegarsi (creando quindi le condizioni – in ragione del notevole risparmio economico per i proprietari – affinché le EA divenissero il metodo di verifica esclusivamente praticato). Deriva poi dalle debolezze della metodica, per come applicata nel contesto di riferimento, considerato che: 1) alcuni dettagli della prova tramite EA si trovano definiti non tanto in ragione della sua migliore efficacia, bensì esclusivamente in funzione della sua praticabilità, a di-

³⁶ D.M. 23 settembre 2004, emesso congiuntamente da Ministero delle attività produttive, Ministero della salute e Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

scapito della possibilità di rintracciare tutti i potenziali difetti delle membrature³⁷; *ii*) la procedura s'intende applicata indifferentemente per serbatoi "nuovi", progettati per operare dentro terra, e per serbatoi "vecchi", rimessi in funzione a seguito di una procedura di "ricondizionamento" per l'interro, quando invece lo standard EN 12818 afferma che la prova vada adattata al tipo di progettazione del serbatoio³⁸; *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 richiamato, su cui INAIL fonda il carattere di affidabilità della tecnica EA, non prevede affatto ch'essa possa essere applicata in via esclusiva³⁹.

Ci si potrebbe allora domandare quali siano i margini dell'intervento politico-criminale per correggere un simile "modo di fare". L'interrogativo appare tuttavia 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 infatti con il dato statistico: il diritto penale è, in questo ambito, un *mero* rischio e difficilmente una *leva*, perché tra la

³⁷ All'interno della *Relazione finale* di INAIL relativa alla *Sperimentazione sul ricondizionamento di serbatoi interrati per stoccaggio GPL* del novembre 2013, nella parte relativa alle verifiche periodiche, si dice che il numero di sensori è pari a due in ragione dell'area di membrana normalmente accessibile senza dissotterramento, quando INAIL stessa ammette 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 due sensori non si riescono a individuare tutti i difetti, ma solo quelli collocati lungo le saldature; a tal proposito si afferma che «nel concreto, le potenziali sorgenti EA legate alla presenza di difetti in evoluzione che possano creare condizioni di criticità all'esercizio in sicurezza del serbatoio, possono essere *quasi sicuramente* (corsivo nostro) confinate sulle saldature circolari dei fondi e a quella longitudinale del mantello».

³⁸ 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 strutturali, rimesse in commercio. È peraltro accaduto che, per diversi anni, tali serbatoi non siano stati sottoposti, prima della commercializzazione, alla procedura di verifica della sicurezza e di marcatura CE prescritta nella relativa disciplina di matrice europea (v. in particolare direttiva 97/23/CE, c.d. direttiva "PED", in seguito sostituita dalla direttiva 2014/68/UE, e il d.lgs. n. 93/2000, come modificato dal d.lgs. n. 26/2016), bensì – ancora una volta – a una diversa procedura di verifica disciplinata all'interno di una circolare ISPESL; ciò che ha valso all'Italia l'invio, nel luglio 2019, di una lettera di costituzione in mora da parte della Commissione europea.

³⁹ Stando allo standard EN 12818, la procedura EA per singoli serbatoi può essere applicata in alternativa ad altre metodiche (ispezione visiva interna, prova idraulica a pressione, spessimetria etc.) purché accoppiata a una prova a scelta tra ispezione visiva esterna, monitoraggio esterno mediante videocamera, monitoraggio della protezione catodica, rilevamento dell'umidità. Inoltre il medesimo standard prevede che, in caso di riqualifica del lotto mediante campionatura, i serbatoi debbano sempre superare un'ispezione visiva interna.

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, semmai, al paradigma precauzionale e, quindi, a introdurre illeciti contravvenzionali rivolti a punire la mera trasgressione delle prescrizioni regolamentari⁴⁰. Opzione che, però, in questo caso trovava i suoi buoni ostacoli, considerata la contemporanea presenza di una deroga autorizzata (il problema, come abbiamo evidenziato, sorge da un *uso* sconsiderato della tecnica alternativa, di base tuttavia *facoltizzato*).

La domanda sul tavolo è allora piuttosto: quale atteggiamento può assumere un giudice penale che per ipotesi si trovi a valutare la *responsabilità colposa* dei soggetti coinvolti nei controlli, a fronte di un evento dannoso dipendente da un difetto non rilevato? Considerando in particolare la posizione degli organismi tecnici statali – INAIL e Organismi abilitati, di cui almeno il primo viene a coincidere con lo stesso produttore, ancor prima che applicatore, della disciplina prasseologica 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 infatti che la tecnica in fase di sperimentazione non corrispondeva affatto 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 che 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 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, anche il *sistema* assume una sua rilevanza nella giustificazione dell'intervento penale, trovando nell'*effettività* della pena – effettività che ha da essere valutata in ottica complessiva, come capacità di *controllo sociale*⁴¹ – un suo limite e al tempo stesso una sua giustificazione. Ma, al di là di queste considerazioni generali, è davvero arduo affermare –

⁴⁰ Questo sul modello di quanto già prevede la normativa relativa alla sicurezza sul lavoro per il caso di mancata esecuzione dei controlli.

⁴¹ Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

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 invece 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 le ragioni della sostenibilità economica (le stesse ragioni che conducevano i proprietari a scommettere sulla non verifica dell’evento, contravvenendo alla pretesa statale). Alla luce di tutto ciò, tende allora a giustificarsi l’adozione generalizzata di una tecnica *under development* (così definita dallo standard internazionale ISO/AWI 24367), così come alcune deviazioni dallo standard europeo sopra citato (il cui pieno rispetto avrebbe comportato la necessità di un dissotterramento, frustrando le esigenze sottese). Si aggiunge poi il fatto che la sperimentazione (per la verifica dell’affidabilità della tecnica e il perfezionamento della stessa) è governata dalla statistica, per cui il bisogno di “fare numero” tende a legittimare la dimensione assunta dalla pratica. Ma se questo è vero, se cioè ammettiamo che la sciatteria della pratica trovi 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 trovare anche i suoi *limiti*. E, 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 scopo¹²; 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 così quello della *migliore tecnica*; e la misura di questi concetti passa necessariamente dalla prassi, dal momento che è quest’ultima a deter-

¹² 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).

minare 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 – 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: in specie se l’uso s’inserisce in un contesto di promozione ad opera della parte pubblica, che dall’alto governa il meccanismo di adozione delle cautele. Guardando poi il caso in prospettiva, vediamo bene come la responsabilizzazione del privato per l’adesione alla prassi tecnico-amministrativa rischi di rappresentare il terminale su cui viene a scaricarsi uno strisciante conflitto tra poteri pubblici. Dobbiamo infine rilevare che il decreto semplificazione dello scorso luglio, contenente misure per far fronte all’emergenza pandemica⁴³, ha previsto che i controlli di integrità siano effettuati proprio con la tecnica delle emissioni acustiche. Più che l’attestazione della *validità* della cautela prasseologica (stante la perdurante incertezza scientifica circa l’efficacia della metodica), questa parrebbe la conferma della forza trasformativa della *prassi*; oltre che della generale cedevolezza del *dover essere* giuridico di fronte a situazioni emergenziali, in cui varie esigenze (tra cui quelle di *sostenibilità* economica) tendono a farsi strada a suo discapito, nel complessivo ri-equilibrio degli interessi in gioco.

3. *Cattive prassi oltre la responsabilità colposa: il caso delle concessioni demaniali marittime.* Vorremmo provare adesso ad ampliare la prospettiva, spingendoci oltre i confini della responsabilità colposa, attraverso una vicenda, crediamo, questa volta nota ai più: quella relativa al rinnovo delle concessioni demaniali marittime.

Il *dover essere*: l’art. 12, par. 2, della direttiva *Bolkestein* del 2006⁴⁴ prevede che tali concessioni siano assegnate mediante gara a evidenza pubblica.

⁴³ Cfr. art. 64-*bis*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120), recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale».

⁴⁴ Cfr. direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

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 c.d. "diritto d'insistenza" del concessionario storico di cui all'art. 37, co. 2, cod. nav.⁴⁵, con la l. n. 88/2001 tale meccanismo viene formalizzato, prevedendosi il *rinnovo automatico sessennale* delle concessioni storiche. Per ottenere la chiusura di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, nel 2009 viene abrogata la previsione sul diritto d'insistenza; nel 2011 stessa sorte ha 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, ad opera della l. n. 145/2018, al 2033. La mossa non passa inosservata. Nel 2016, a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso da due TAR italiani, la Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴⁶ verifica la contrarietà al diritto dell'Unione della nuova disciplina di proroga, stabilendo un obbligo di conformazione in capo allo Stato italiano; ma il nostro legislatore, senza colpo ferire, interviene a ribadire la validità della disciplina interna, rinviandone la modifica sulla base di esigenze economiche, legate al bisogno di preservare la continuità degli investimenti⁴⁷. Per parte loro, le amministrazioni comunali (cui spetta la materia del demanio marittimo), coadiuvate dalle Capitanerie di Porto e dalle Agenzie del Demanio, invece di *disapplicare* la normativa interna – sulla base della *Bolkestein*, per come interpretata dalla CGUE – continuano a consentire l'estensione delle concessioni; alcune con provvedimenti espressi su richiesta dei concessionari, altre tacitamente (ad esempio richiedendo il pagamento del canone e dell'imposta di registro, che ovviamente i concessionari si sono sempre affrettati a versare, nella prospettiva di vedersi confermata la concessione). Un *modus operandi*, questo, diffuso su tutto il

⁴⁵ Il testo dell'art. 37 cod. nav., al co. 2 (ora abrogato) prevedeva che «[Nel caso di più domande di concessione] è altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Tale previsione, nel suo innesto con il d.l. n. 400/1993 relativo alle modalità di rilascio e alla durata delle concessioni, conduceva nei fatti a gare a concorrente unico (il concessionario uscente).

⁴⁶ Corte giust. UE, Sez. V, sent. del 14 luglio 2016, *Promoinpresa e Melis*, cause riunite C-458/14 e C-67/15.

⁴⁷ Cfr. art. 24, co. 3-*septies*, l. n. 160/2016 (conv. d.l. n. 113/2016), in base al quale: «Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, co. 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25».

territorio nazionale. Sulla vicenda si pronuncia il Consiglio di Stato⁴⁸, affermando 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 sulle vicende cautelari relative ai bagni "Liggia" di Genova⁴⁹, ribalta la posizione assunta dalle corti di merito⁵⁰, 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 interpretata dalla CGUE, sui provvedimenti di concessione ai fini dell'applicabilità del reato, e quindi degli effetti espansivi *in malam partem* del diritto europeo. Ci troviamo qui pienamente d'accordo con chi⁵¹ 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 infatti un indebito sillogismo che – nel trasporre la soluzione (diretta disapplicazione della normativa interna) di uno specifico conflitto (inadempimento dello Stato) in un contesto diverso (condotta dei concessionari a fronte della mancata attivazione delle amministrazioni) – 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 (dal basso in alto) e mai di obblighi (dall'alto in basso). Per dirlo con le parole del Tribunale del Riesame di Genova, «non sembra, insomma, che possa essere il rigore della legge penale a favorire, a colpi di sanzioni inflitte ai privati,

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2018, n. 873; Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4610. Rileviamo che, prima della sentenza della Corte giust. UE, 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, Sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682).

⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 12 giugno 2019, *G.C.*, n. 25993 e Cass., Sez. IV, 7 luglio 2020, *G.C.*, n. 10218 in DeJure.

⁵⁰ Cfr. Trib. Genova, Ufficio GIP, decreto di rigetto della richiesta di sequestro preventivo, 2 ottobre 2018; Trib. Genova, Sez. Riesame, ord. 2 novembre 2018.

⁵¹ Cfr. SOTIS, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi sui tre volti del penalista europeo*, in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di Grandi, Pisa, 2021 (volume inserito nella Collana del Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali dell'Università di Ferrara), *in corso di stampa*. Si veda, inoltre, CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto UE sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 5, 1410 ss.

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 (...)»⁵². Ciò detto, l'ostacolo è in qualche modo 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 automatico⁵³. In questa prospettiva, se non *tutti* dal 2016 (data della sentenza della CGUE), *la gran parte* dei concessionari balneari occuperebbero le spiagge italiane dal 2009 in assenza di un titolo legittimo⁵⁴. Ma le occuperebbero anche *abusivamente/arbitrariamente*⁵⁵?

L'interrogativo evoca il tema relativo all'equivalenza, nel senso dell'*abusività*, tra condotte tenute in assenza di qualsiasi provvedimento concessorio e condotte tenute in presenza di un provvedimento illegittimo⁵⁶. 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. Testo Unico Edilizia); disposizione che – a differenza di quanto accade per la diversa fattispecie

⁵² Cfr. Trib. Genova, Sez. Riesame, cit., 11.

⁵³ Questo in virtù di una – ottimistica – interpretazione “*in bonam fedem*” del d.l. n. 194/2009 operato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 18 luglio 2011, n. 213, dove, nel valutare la legittimità costituzionale di alcune disposizioni in tema di proroga automatica delle concessioni, si era affermato che tale decreto ha «carattere transitorio, in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi (...) nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti (...)». Per la Cassazione sarebbe inammissibile interpretare diversamente il d.l. citato (ritenendolo dunque estensivo delle concessioni che avevano beneficiato della proroga automatica prevista dalla l. n. 88/2001 e abrogata nel 2011), perché significherebbe ammettere che «il legislatore abbia abrogato espressamente la disciplina della proroga automatica (...) in quanto in contrasto con la normativa europea, salvaguardandone comunque gli effetti e, in tal modo, operando in contrasto con la disciplina comunitaria».

⁵⁴ Si tratterebbe, stando ai dati raccolti, di oltre 17.000 imprese.

⁵⁵ Mentre la rubrica dell'art. 1161 c.c. fa riferimento al concetto di *abusività*, il testo della fattispecie impiega quello di *arbitrarietà*, da ciò potendosi dedurre che i due termini possano essere intesi come sinonimici.

⁵⁶ Stante che il carattere di abusività della condotta dei concessionari non è derivato direttamente dai principi generali (tutela della concorrenza e libertà di stabilimento) sanciti all'art. 49 TFUE e incarnati dalla direttiva, bensì dal carattere illegittimo del provvedimento amministrativo (ora alla luce della direttiva, che si ritiene avere un'efficacia disapplicatrice, ora della normativa interna).

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 o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione. La risposta positiva che in tale ambito la giurisprudenza ormai maggioritaria offre³⁷ 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 pubblici e 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'uso scorretto, in senso ampliativo dei contorni della fattispecie penale, del riferimento al bene giuridico³⁸; questo al malcelato *scopo* di contrastare – forse anche alla luce della, vera o presunta, diffusività del fenomeno – situazioni patologiche d'illegalità “concertata” tra amministrazioni e privati, in via di scorciatoia (senza verificare cioè la realizzazione di ipotesi di reato ben più gravi, quali ad es. la corruzione o l'abuso d'ufficio).

Le analogie con la vicenda delle concessioni balneari sono evidenti: in entrambi i casi si pone il problema di stabilire se la condotta tipica (occupazione del suolo demaniale marittimo da un lato, realizzazione di opere dall'altro) 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 vogliamo dire a ciò effettivamente ispirato – sicuramente funzionale al contrasto della *prassi* di rilascio di provvedimenti *illegittimi*. Sussistono però almeno due differenze. Non ci possiamo infatti esimere dal rilevare come, nel caso che ci occupa, il dato normativo non offra, a differenza di quanto accade nelle costruzioni edilizie, 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, *prima facie*, potrebbe consentire di ritenere che qui la fattispecie sia effettivamente integrata anche in caso di concessione illegittima. Bisogna però anche rilevare come sia diverso il *contesto* in cui s'inseriscono le due vicende. La questione urbanistica è ben diversa da quella balneare. Nella prima ci troviamo in una situazione in cui la condizione di illegittimità

³⁷ Così a partire da Cass., Sez. un., 8 febbraio 2002, n. 5115, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 6, 729 ss. (con nota di FIORE).

³⁸ Cfr. GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 742 ss.; GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020, 405 ss.

amministrativa può essere evitata dai permissionari richiedendo il rilascio di una concessione legittima; ciò che consente di ritenere comunque 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 problema – nell'ottica della soluzione adottata dalla giurisprudenza – è dunque di consentire loro di dimostrare che non abbiano realizzato l'opera “abusiva” *dolosamente o colposamente*, escludendone la responsabilità almeno in quei casi ove non avessero modo di rilevare l'illegittimità dell'atto, a fronte dunque di una *inconoscibilità* del divieto⁵⁹. Nella seconda, diversamente, 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, difficilmente potrebbe venire in rilievo un problema di *conoscibilità* del divieto, stante che l'illegittimità dei rinnovi era, almeno dopo la pronuncia del Consiglio di Stato, divenuta fatto notorio (e di fatto per lo più conosciuto ai concessionari, appartenenti a una categoria ben attrezzata). La questione che qui si apre riguarda allora semmai l'*esigibilità* della condotta conforme. Viene infatti da chiedersi cosa avrebbero potuto e dovuto fare i concessionari per uniformarsi al diritto vigente, ossia per agire giuridicamente (non abusivamente). La risposta non può che essere: opporsi alla prassi dell'amministrazione, operando una *derelictio spontanea* dei beni. Ma era questo, appunto, *esigibile*?

Ora, come noto, la strada segnata dall'*esigibilità* ha il fiato corto. Riconosciuta quale limite immanente alla natura stessa del diritto, che si rivolge all'uomo normale e non all'eroe morale⁶⁰, tanto più «da quando la funzione dell'ente-Stato ha perduto i suoi connotati levitani oppure etici per assumere quelli più spiccatamente sociali dello Stato democratico di diritto»⁶¹, 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 dottrina⁶² – di adeguati, fruibili e non “irritanti” canali di traduzione dogmatica e

⁵⁹ La giurisprudenza ammette che costituisca *indice* della sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) 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.

⁶⁰ Questo il punto di partenza delle riflessioni di BETTIOL, «Non *esigibilità*» e *collaborazionismo*, in *Giur. it.*, 1946, 121 ss.

⁶¹ Così FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 8.

⁶² I più corposi tentativi di offrire spessore contenutistico e una pratica accettabilità alla categoria sono

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, legalmente previste, 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 del tutto originale. Senza tentare – com'è stato fatto altrove, ma con scarso successo⁶³ – d'impiegare l'esigibilità alla stregua di un corollario del principio di colpevolezza, quale misuratore della rimproverabilità soggettiva dell'agente⁶⁴, la utilizza come un *canone interpretativo*, ossia come un *principio regolativo* dell'interpretazione⁶⁵ 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” occupazione⁶⁶. 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*.

stati svolti dalla dottrina di lingua tedesca, i cui risultati si trovano ben compendati 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 (individuati nella tipicità, nell'antigiuridica e nella colpevolezza) e tracciando alcuni criteri per la sua concretizzazione.

⁶³ Ci riferiamo ai tentativi della giurisprudenza di merito (in particolare v. Trib. Milano, sent. 15 dicembre 2015, n. 13701, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016, con nota di FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e “soggettiva inesigibilità”*) 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 cfr., *ex multis*, FLORA, “Non avrai altro creditore all'infuori di me!”. *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento Iva*, in *DisCrimen*, 9 novembre 2020.

⁶⁴ L'esigibilità tende a mostrare i suoi più gravi limiti proprio quando impiegata in questo senso, ossia come uno *standard* attraverso cui si pretende di misurare, per la via della *possibilità* del soggetto di tenere il comportamento conforme alla norma, la sua rimproverabilità soggettiva. 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. Cfr. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 806.

⁶⁵ Si veda in proposito C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (trad. it. a cura di Moccia), Napoli, 2009, 61.

⁶⁶ Così, Trib. Genova, Sez. Riesame, cit., 11.

Poco sopra abbiamo 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, quindi, *già* in costanza di tale provvedimento e a prescindere dall'emissione di un ordine ingiunzionale di rimessione in pristino. Ma tale interpretazione deve fermarsi davanti ai limiti *taciti* del *tipo* di "occupazione abusiva", che la *prassi* dell'amministrazione consente di portare in superficie. Tali limiti si rintracciano nel fatto che la condotta sanzionata deve esprimere – proprio attraverso quella clausola di illiceità *speciale* introdotta in fattispecie⁶⁷ – 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 (quella di occupazione del suolo demaniale marittimo) che, se rispettati tali *modi* (ossia attraverso una concessione *legittima*), è approvata dall'ordinamento. Tuttavia, in virtù della *prassi* di rinnovare automaticamente le concessioni e non fare le gare, 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 beni⁶⁸. D'altronde, 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 soltanto 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 e soprattutto alla luce della *realtà* dell'ordinamento

⁶⁷ Cfr. per tutti MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, *passim*.

⁶⁸ Interpretazione, questa, che riesce a trovare un certo conforto anche 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 relativamente all'uso del demanio marittimo», fa espressamente «salvo il caso in cui il fatto costituisca reato».

giuridico e del *contesto* sociale in cui la pretesa penale si muove, dovrebbe sempre 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 penale⁶⁹; 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*, alla luce del suo nucleo disvaloriale.

Un secondo limite lo individuiamo nel *personalismo penale*. Una questione rimane infatti 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 desiderata e 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 e ineliminabile della giustificazione penale, della ragione cioè 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 pena⁷⁰; e si fragilizza ulteriormente, divenendo eversiva rispetto al principio in parola, quando è intesa come criterio *operativo* di orientamento dell'intervento penale⁷¹. Di fronte

⁶⁹ Evochiamo qui la nota opera di NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.

⁷⁰ La letteratura è sterminata. Ci limitiamo a rinviare, per una sintesi degli snodi principali della discussione in tema, alle pagine di EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, in part. 57 ss.

⁷¹ PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 42, il quale, nel riconoscere il volto realistico della giustizia penale come istituzione finalizzata alla *prevenzione generale* e al funzionamento complessivo del *law enforcement*, ricorda che «il giudizio sul caso singolo, affidato al giudice imparziale nelle forme del giusto processo, è l'ultimo anello di una catena istituzionale, di un'istituzione *giustizia* che deve essere rigorosamente neutrale in ciascun singolo processo (è giustizia, allo stesso titolo, la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente) ma nell'insieme

alla prassi, la magistratura incontra serie difficoltà, trovandosi ora a dover gestire un problema banalmente materiale, a fronte dell'impossibilità di perseguire tutti i fatti rilevanti, ora ad affrontare questioni, delicatissime, 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 queste difficoltà, ci si lasci tentare dall'approccio raccolto nella massima dell' "*unum castigabis, centum emendabis*": senza fare troppo danno, per correggere la prassi, intanto si procede a colpire qualcuno (tra i più "forti" ed esposti o tra i più "deboli", solitamente a seconda del potere dell'ufficio). Il principio personalistico impedisce però sempre di piegare il processo penale a questa funzione correttiva, di contenimento dei fenomeni sociali. Com'è ovvio, tale principio sprigiona tutta la sua forza nel caso in cui la prassi è dell'autorità: esso rappresenta un naturale argine a meccanismi di responsabilizzazione dei privati per il cattivo esercizio del potere pubblico. Anche perché 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 di Genova, non è escluso che un simile conflitto possa prossimamente 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 i funzionari del comune, dell'Agenzia del Demanio e della Capitaneria di porto che non avevano richiesto lo sgombero dello stabilimento Liggia⁷². E se c'è da dire che, indirizzando l'azione dei pubblici ministeri sulla parte pubblica, s'è individuato forse il fianco più confacente per il pungolo penale, quale leva per raddrizzare giudiziariamente il sistema, siamo sempre davanti a un modo sbagliato d'impiegare lo strumento. Del resto, il carattere di diffusività di certi comportamenti disegna sempre una dimensione di *contesto* che travalica l'agire individuale; ma se da un lato proprio il contesto tende a richiamare 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 sistemica⁷³, dall'altro il conte-

dovrebbe risultare funzionale al *law enforcement*, alla tutela degli interessi penalmente protetti con l'applicazione della legge penale agli autori del reato».

⁷² Cfr. Trib. Genova, Sez. Riesame, ord. 12 luglio 2019.

⁷³ Sul tema, con particolare riferimento alle caratteristiche della c.d. *criminalità di massa* (categoria criminologica che tuttavia non siamo certi qui possa essere chiamata in causa), PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 181 ss. Più in generale, sulla crisi da *incontenibilità* del diritto penale (ove però tale crisi è ricondotta ad

sto non può mai essere impiegato in funzione giustificatrice di tale intervento nei confronti dei singoli (solitamente pochi e variamente selezionati)⁷⁴. È insomma la storia del diritto penale *di lotta*, che assume il *singolo* come *mezzo* di neutralizzazione (o, per lo meno, di disapprovazione) di un *fenomeno*; storia nota e su cui non riteniamo utile soffermarci oltre⁷⁵. 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 nell'esercizio dell'azione penale, senza trovare il modo di disciplinarla⁷⁶ – si presenta massimamente inadeguato a gestire simili derive; così come spesso non riesce neppure ad arginare – se non, e solo in alcuni casi, dopo travagliate vicende di conflitto inter-giurisprudenziale e fino all'intervento della Corte Costituzionale – prassi interpretative che, proprio sulla premessa (sempre implicita) del bisogno avvertito di contrastare taluni fenomeni sociali, estendono il significato delle norme penali, facendo esercizio “autoritario”⁷⁷ della pretesa punitiva.

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 soltanto esterno dell'opzione penale, etero-imposto da logiche economicistiche con cui la politica criminale è costretta a confrontarsi per ovvie ragioni pragmatiche; in verità, essa presenta anche una valenza precettiva interna, incrociando alcuni gangli fondamentali (principi) della materia

un tempo alla dimensione della *diffusività* del comportamento e alla *enormità* degli eventi lesivi), Id., *L'autunno del Patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1238-1239.

⁷⁴ Individuiamo qui un processo di *selezione* che muove da esigenze pratiche, sviluppando sistemi di reazione che, in assenza dei mezzi per reprimere tutti i comportamenti penalmente rilevanti, esprimano comunque un contrasto al fenomeno socialmente dannoso. Fermo restando che solo questo ci appare qui lo scopo, rileviamo una consonanza di risultati rispetto all'ideologia *tabuistica*, in base alla quale, già a livello teorico, il diritto penale dovrebbe sviluppare sistemi di selezione (inclusa la c.d. *cifra nera*) per non apparire come un “prodotto di massa”, muovendo nella prospettiva dell'eccezionalità e così mantenendo la propria capacità stigmatizzante. Su questo, ancora, PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., in part. 203 ss.

⁷⁵ Il rinvio è a 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, 55 ss.

⁷⁶ Ci limitiamo su questo a rinviare alle lucide e amare riflessioni di PADOVANI, contenute in una recente intervista rilasciata a *Il Dubbio* («*Le procure hanno un potere terrificante*», 30 gennaio 2021), nonché a FALCONE, *Interventi e proposte* (1982-1992), Firenze, 1994, 173 ss. e al noto testo di JACKSON, *The federal prosecutor*, in *The Journal of the American Judicature Society*, 1940, 19 ss. (entrambi richiamati nell'intervista citata).

⁷⁷ Il richiamo è all'ormai celebre formula dell' “autoritarismo benintenzionato”, coniata da Domenico Pulitanò e utilizzata per la prima volta in PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1982, 93 ss. V. inoltre Id., *Crisi della legalità*, cit., *passim*.

criminale. Ora, i piani su cui tale limite si manifesta possono essere diversi. Il primo, ove la *sostenibilità* è intesa come canone che guarda al complessivo bilanciamento tra gli interessi tutelati dalle norme penali e i relativi contro-interessi (es. l'esercizio, in contesti d'impresa che rispondono a lecite esigenze di profitto, di alcune attività pericolose ma socialmente desiderabili), 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. Un secondo piano invece indaga l'accettabilità sociale della pretesa penale alla luce delle (attese) conseguenze economico-sociali della stessa. 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 l'applicazione delle previste sanzioni per il comportamento inosservante. In tale secondo caso, dunque, l'(*in*)*sostenibilità* attiene *immediatamente* allo strumento punitivo, ai suoi peculiari connotati; ed è ovvio che tale problema si faccia sentire – oltre che nel caso in cui misure con effetti inabilitanti riguardino gli enti, specie di grandi dimensioni, che occupino un elevato numero di persone e ai quali siano legati gli interessi di diversi *stakeholder* – a fronte di condotte antidoverose diffuse. Questo perché il sistema pretenderebbe reazioni corrispondenti (salvi i *limiti* di costo della stessa “macchina penale”, manifestandosi qui un ulteriore piano in cui si affacciano più generiche istanze di *sostenibilità*); reazioni quindi indirizzate verso un gran numero di soggetti economici, suscettibili di provocare significativi effetti in via collaterale, a detrimento di un gran numero di soggetti ai primi economicamente legati (o comunque interessati alla prestazione di certi servizi). In questo senso, al tema della sostenibilità dell'intervento penale abbiamo fatto riferimento nel caso delle concessioni demaniali, ove abbiamo sollevato la preoccupazione relativa alla chiusura, per mano giudiziaria, di tutti gli stabilimenti balneari “abusivi”. Certo, è assai difficile che nel nostro ordinamento la magistratura riesca a farsi carico di simili istanze, se non velatamente e attraverso esercizi incontrollati di discrezionalità. Come è pure difficile immaginare strumenti legislativi volti a disciplinare i modi di esercizio della potestà punitiva in relazione all'emersione *in concreto* di un problema di sostenibilità nell'ottica di sistema richiamata, e quindi fuori dai casi in cui esso si ponga in

relazione a un singolo ente e a un contesto specifico (essendo qui più facile immaginare istituti diretti a riparametrare l'intervento penale in base agli effetti socio-economici dello stesso, ad esempio sul modello del commissariamento giudiziale di cui all'art. 15 d.lgs. 231/2001)⁷⁸. 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 un intervento del legislatore che ridisegni, già sul *piano astratto*, i confini o almeno i modi di tale intervento.

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, che soffrire non può; lasciando che a farlo siano sempre e comunque le persone che da tale ente dipendono economicamente ed esistenzialmente⁷⁹. Ma che crolla comunque sempre e strutturalmente, una volta assunto il castigo a fondamento (non compiutamente razionale) del sistema, ossia ammesso che il diritto penale sia anzitutto un meccanismo di allocazione della *sofferenza*. Accettato questo, realismo impone che della sua afflittività collaterale non si abbia cura (se non per fare, almeno in parte, anche su di essa leva). Come è stato detto, quale «strumento di risoluzione dei conflitti sociali e/o di perseguimento dell'interesse sociale (generale, e dei singoli) il diritto penale è 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»⁸⁰. Qualcosa inizia però a cambiare quando la non razionalità (umana ed economica) del meccanismo

⁷⁸ Sul tema ci permettiamo di rinviare a GALLI, *Giudicare l'avvenire: uno studio a partire dalla convention judiciaire d'interet public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1285 ss., nonché a Id., *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in *Sicurezza, legalità ed economia*, a cura di Sterpa-Coiante, Napoli, 2020, 81 ss.

⁷⁹ Sul fatto che le sanzioni da reato irrogate all'ente sarebbero destinate a riverberarsi su terzi innocenti (in primo luogo, soci e dipendenti), che finirebbero così per scontare le conseguenze punitive di fatti altrui, già NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Milano, 1975, p. 56; inoltre, ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, 58; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, 168. Più recentemente PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 14.

⁸⁰ PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1370.

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 davanti a comportamenti diffusi.* Chiudiamo accennando a un ultimo caso – questa volta riguardante per lo più esclusivamente il versante “privato” – connotato, se non da una cattiva prassi *ubiqua* e *costante*, da quello che definiremmo 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 un certo coefficiente di regolarità.

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 – in maniera proporzionata al costo del pernottamento, nel limite massimo di 5 euro per notte – a carico di chi alloggi nelle strutture ricettive del loro territorio; senza d’altra parte introdurre (questo almeno fino all’ultimo intervento legislativo) una disciplina, anche sanzionatoria, specifica per il caso di mancato versamento del tributo nelle casse comunali ad opera degli albergatori incaricati della riscossione (disciplina che s’intendeva forse rimessa al regolamento statale di attuazione, che sarebbe stato da approvarsi entro sessanta giorni dall’entrata in vigore del predetto decreto legislativo e in realtà mai adottato). La Corte dei Conti, chiamata a esprimersi sulla possibilità di assoggettare gli albergatori a un giudizio di conto, stabilisce che questi ultimi operino in qualità di *agenti contabili*, tenuti allo svolgimento di un’attività ausiliaria nell’esecuzione dell’obbligazione tributaria intercorrente tra ente impositore e clienti delle strutture⁸¹. Agganciandosi a questa giurisprudenza, i pubblici ministeri iniziano a contestare, e i giudici a riconoscere⁸², in capo agli albergatori il delitto di peculato (art. 314 c.p.) per il caso di omesso o ritardato versamento della tassa. La magistratura penale ritiene infatti che gli albergatori – in quanto appunto *agenti contabili* e non già sostituti d’imposta gravati da un obbligo tributario diretto nei confronti del Comune – rivestano la qualifica di incaricati di pubblico servizio addetti al maneggio di denaro pubblico; escludendo peraltro che, in assenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie generali e astratte, il delitto di peculato debba lasciare spazio all’illecito amministrativo-tributario

⁸¹ Corte dei Conti, Sez. Riunite, 22 settembre 2016, n. 22 in DeJure.

⁸² V. ad. es. Cass., Sez. VI, 26 marzo 2019, *N.M.F.*, n. 27707 in *Mass. Uff.* 276220-01; Cass., Sez. VI, 17 maggio 2018, *L.P.D.*, n. 32058 in *Mass. Uff.* 273446.

previsto nei regolamenti comunali per il mancato versamento⁸³. Si apre così quello che è stato definito un «draconiano giro di vite»⁸⁴, considerate le gravi ricadute disciplinari di questo reato⁸⁵ e la ricorrenza dell'applicazione, in fase cautelare, di sequestri preventivi ex art. 321 c.p. dei saldi attivi esistenti sui rapporti finanziari e/o bancari risultanti nella disponibilità degli indagati, sino al valore della somma oggetto di omesso versamento. 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, si prevede inoltre che il mancato versamento della tassa integri un mero illecito amministrativo-tributario (quello di cui all'art. 13, d.lgs. n. 471/1997), ritagliato sulle condotte di cui ci si occupa.

Non è nostra intenzione speculare sulla *ratio* politico-criminale della riforma; tuttavia, non possiamo esimerci dal segnalare com'essa sia sopraggiunta in un momento in cui l'intervento penale messo in campo, con i suoi effetti diretti e indiretti, iniziava a rappresentare un *problema sociale* tangibile⁸⁶, a fronte 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 italiani⁸⁷, restituiscono la dimensione di un andazzo abbastanza esteso⁸⁸. Anche se qualche sospetto lo nutriamo, non

⁸³ Cfr. Cass., Sez. II, 8 luglio 2019, n. 29632, con nota di B. ROSSI, in *Cass. pen.*, 2020, 1578 ss.

⁸⁴ AMARELLI, "Peculato dell'albergatore": tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, tertium datur?, in *Sist. pen.*, 5 febbraio 2021, 3.

⁸⁵ 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. (implicando che il condannato esegua temporaneamente la pena detentiva irrogata in attesa dell'esito della richiesta di misura alternativa).

⁸⁶ Cfr. MICHELETTI, *Le modificazioni mediate apparenti. Un recente caso in materia di peculato*, in *Criminalia*, 21 ottobre 2020, 7; BICO-CORINALDESI, *Peculato e imposta di soggiorno: la (attesa) depenalizzazione operata dal Decreto Rilancio*, in *Il Sole24ore*, 31 luglio 2020.

⁸⁷ Cfr. DDL n. 554, d'iniziativa dei senatori Laus, Stefano, Fedeli, Roj, Taricco e Boldrini, comunicato alla presidenza il 16 ottobre 2019.

⁸⁸ 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 di fatto dell'allora Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, interessato da un procedimento penale per peculato - sarebbe da ascrivere al novero delle leggi *ad personam*. Cfr. ad es. GATTA, *Peculato dell'albergatore e revoca del giudicato per intervenuta (?) abolitio criminis: l'ordinanza del g.u.p. di Roma sul caso Paladino*, in *Sist. pen.*, 23 dicembre 2020; GAMBARDILLA, *Il "peculato dell'albergatore"*:

possiamo stabilire una correlazione tra la consistenza assunta dal fenomeno e la “politica penale giudiziale”⁸⁹ 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 meditare⁹⁰ – abbia trovato una giustificazione nelle proporzioni dell’andazzo e nella necessità 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, al contempo, far retrocedere la pretesa penale, arrestando il giro di vite cui dava luogo, in un periodo storico che già metteva a dura prova la categoria degli albergatori⁹¹. Questo senza contare che la riforma ha consenti-

una depenalizzazione che non retroagisce;² in *Cass. pen.*, gennaio 2021, 188.

⁸⁹ Riprendiamo l’espressione di PALIERO, *Lo “statuto penale” degli operatori bancari, fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, nota a C. A. Bologna, 27 maggio 1986, Tuzet, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1359 ss.

⁹⁰ La correlazione tra attività di “maneggio di denaro pubblico” e qualifica di “incaricato di pubblico servizio” è un *topos* ricorrente nella giurisprudenza penale, spesso corroborato evidenziando anche la posizione di “agente contabile” cui esso si lega (v., da ultimo, Cass., Sez. un., 16 febbraio 2021, n. 6087, in *Giur. it.*, 2021, con nota di AMORE, *Le Sezioni Unite e il peculato del gestore di “slot-machine”*). Altrettanto spesso, tuttavia, si dimentica di verificare se le nozioni tratte *aliunde*, quando dalla scienza quando dal diritto amministrativo o contabile, siano compatibili con l’autonoma definizione di “attività amministrativa” fornita dal combinato disposto degli artt. 357, co. 2 e 358 c.p. A ben vedere, infatti, il codice penale non instaura alcun rinvio formale ad altre branche, non afferma cioè che laddove il diritto amministrativo dice che vi è pubblicità, lì si devono applicare le qualifiche pubbliche (benché queste fossero le intenzioni del Guardasigilli Rocco, maturate nel solco di una “concezione sanzionatoria” del diritto penale, cfr. *Relazione del Guardasigilli al Re sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, 118 ss.). In effetti, anche volendo, un simile rinvio non sarebbe praticabile: anzitutto perché il diritto amministrativo si concentra sugli enti, non già sugli agenti (e dopo la riforma del ‘90, la posizione di ufficiale o incaricato non si può “derivare” dalla qualità degli enti, ma solo sulla base di “ciò che si fa”); inoltre, a seguito dell’integrazione eurounitaria, la nozione di P.A. varia ormai al variare del plesso normativo che si prende in considerazione (v. ad es. gli artt. 3, co. 1, lett. a, cod. appalti; 1, co. 2, t.u. pub. imp.; 29, l. proc. amm.). Piuttosto, le norme che disciplinano le qualifiche soggettive ci dicono che può essere considerato “incaricato di pubblico servizio” soltanto colui che svolge un’attività disciplinata «da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi» e con esclusione «dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale». Sarebbe più proficuo, allora, cercare di interrogarsi sui possibili significati di questi incisi, e soprattutto su quali tra essi risulti congruente coi programmi di tutela desumibili dal *Titolo II*. In questo caso non sembra neppure necessario affaticarsi, dato che l’attività di mero versamento di denaro parrebbe rientrare proprio nel classico concetto di mansione d’ordine: una mansione ausiliaria che, per quanto possibilmente gravida di ricadute concrete, risulta priva di significativi spazi di discrezionalità, riducendosi in definitiva nell’esercizio di attribuzioni meramente esecutive (anche se, eventualmente, non sorvegliate). Simili attività, infatti, non presentano i caratteri minimi validi a giustificare l’applicazione del rigoroso statuto penale dei soggetti pubblici. Sul punto si rimanda, per tutti a AMORE, *Circolazione dei metodi e disorientamento degli scopi nella repressione dei reati propri contro la Pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2070 ss.

⁹¹ L’art. 180, co. 3, del decreto rilancio rafforza il meccanismo di riscossione tributaria e rende più effet-

to di eliminare un'incriminazione lontana dal canone dell'*esigibilità*. Tale canone non appariva infatti rispettato alla luce di un sistema difettoso sul piano normativo (considerata l'ampia delega regolamentare ai singoli comuni sulla disciplina) e operativo (essendosi registrato, almeno in una prima fase, un certo ritardo nell'organizzazione degli uffici comunali), e soprattutto 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 (ad esempio, pagare i dipendenti e l'IVA).

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 l'avvenuta abolizione del reato, con applicazione dell'art. 2, co. 2, c.p.⁹², e di una giurisprudenza di legittimità che, in particolare invocando il criterio strutturale e non ravvisando una successione di norme integratrici della legge penale, viceversa tende a escluderla, stabilizzando gli effetti della riforma soltanto per il futuro⁹³. La discussione dottrinale sul punto è ac-

tivo l'obbligo di versamento (prevedendo che gli albergatori siano obbligati in solido, disciplinando tempi e modi del versamento, prevedendo in via generale una sanzione amministrativa che comporta il pagamento dal 100 al 200% dell'importo dovuto in caso di mancata o infedele dichiarazione, nonché una sanzione amministrativa pari al 30% di ogni importo non versato per il caso di omesso versamento); al contempo, però, si premura di espungere la possibilità che gli albergatori siano perseguibili penalmente (in particolare, attraverso il delitto di peculato) per quei comportamenti. La *ratio* di questa norma – che, nel quadro di un complessivo intervento volto ad alleggerire il carico fiscale dell'albergatore, rafforza la pretesa tributaria – pare allora avere come «suo scopo, *unico e quindi evidente*, di fare venire meno un'altra pretesa, quella punitiva»: cfr. SOTIS, *Abolitio criminis senza passare dalla fattispecie. Il peculato dell'albergatore dopo il "decreto rilancio", tra criterio strutturale e indici di depenalizzazione*, in *Scritti in onore di Gaetano Insolera*, Roma, 2021 (p. 9 del dattiloscritto).

⁹² Cfr. Trib. Roma, G.U.P., ord. 3 dicembre 2020, in *Sist. pen.*, 23 dicembre 2020 (con nota di GATTA, *Peculato dell'albergatore e revoca del giudicato per intervenuta (?) abolitio criminis*, cit.); Trib. Roma, sent. 2 novembre 2020, n. 1520, in *Sist. pen.*, 23 novembre 2020 (con nota di VITARELLI, *Il Tribunale di Roma si discosta dalla Cassazione e riconosce l'abolitio criminis dopo il "decreto rilancio" per le condotte pregresse di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore*); Trib. Salerno, sent. 19 ottobre 2020, n. 1708, in *Sist. pen.*, 15 gennaio 2021 (con nota di LAZZERI, *Peculato dell'albergatore e nuovo illecito amministrativo in una recente sentenza di merito: alla base del riconoscimento dell'abolitio criminis una malintesa applicazione del criterio strutturale*); Trib. Rimini, sent. 24 luglio 2020, in *Sist. pen.*, 5 ottobre 2020 (con nota di GATTA, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il "decreto rilancio"?*); Trib. Perugia, sent. 24 novembre 2020, in *Sist. pen.*, 23 dicembre 2020 (con nota di VITARELLI, *Ancora sul peculato dell'albergatore dopo il "decreto rilancio": il Tribunale di Perugia riconosce l'abolitio criminis*).

⁹³ Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2020, n. 30227, in *Sist. pen.*, 4 novembre 2020 (con nota di LAZZERI, *La Cassazione esclude l'abolitio criminis dopo il "decreto rilancio" per le condotte pregresse di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore*); Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2020, n. 36317, in *Cass. pen.*, gennaio 2021, 177 ss. (con nota di GAMBARDELLA, *Il "peculato dell'albergatore"*, cit.) e in *Sist. pen.*, 28 dicembre 2020 (con nota di GATTA, *La Cassazione applica il "criterio strutturale"*

cesa⁹⁴, 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 controverse⁹⁵. In essa, perciò, non ci arrischiamo. Ci limitiamo a notare la particolarità di questa ipotesi: una modifica sì mediata sulla normativa extrapenale richiamata da un elemento normativo⁹⁶, ma al contempo una modifica legislativa che esprime una chiara e non irragionevole opzione di depenalizzazione (segnalando il venir meno della *necessità* di pena) per quella classe di fatti,

e ribadisce: nessuna abolitio criminis del peculato commesso dall'albergatore prima del "decreto rilancio"; Cass., Sez. VI, 26 gennaio 2021, n. 18105, in Sist. pen., 17 maggio 2021 (con nota di LAZZERI, Peculato dell'albergatore anteriore al decreto rilancio: si consolida in Cassazione la tesi contraria all'abolitio criminis).

⁹⁴ Per la posizione che, in accordo con la giurisprudenza di legittimità, esclude l'*abolitio criminis* applicando il criterio strutturale, v. GATTA, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato*, cit.; Id., *La Cassazione applica il "criterio strutturale"*, cit.; LAZZERI, *Peculato dell'albergatore e nuovo illecito amministrativo*, cit. Per la posizione che invece riconosce il fenomeno abrogativo, con effetti per il passato, seppure con percorsi diversificati: GAMBARDILLA, *Il "peculato dell'albergatore"*, cit., 187 ss.; Id., *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; MICHELETTI, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit., 1 s.; ALVINO-NICOLOSI, *Peculato ed omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore: profili di diritto intertemporale dopo il decreto rilancio*, in *DisCrimen*, 21 dicembre 2020. Per una soluzione radicalmente alternativa, che richiama la necessità del ricorso a istituti di clemenza collettiva, AMARELLI, *"Peculato dell'albergatore"*, cit., in part. 17 ss.

⁹⁵ Non essendo possibile in questa sede ricostruire un così ampio e articolato dibattito, ci limitiamo a richiamare alcune delle voci che in maniera più significativa – anche nell'ambito di più ampie riflessioni sul tema della modificazione *mediate* e *immediate* delle norme incriminatrici e della successione di leggi penali – vi hanno contribuito: GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; 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, 1354 ss.; Id., *La c.d. «ultrattività» delle leggi penali finanziarie ed il principio costituzionale di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1975, I, 28 ss.; PALIERO, *Lo "statuto penale" degli operatori bancari*, cit.; Id., *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*, nota a Cass., Sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 s.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*^{III ed.}, vol. I, art. 1-84, Milano, 2004, art. 2, 53 ss.; Id., *"Repressione della condotta antisindacale". Profili penali*, Milano, 1974, in part. 150 ss.; PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65 ss.; Id., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1270 ss.; Id., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, in part. 314 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

⁹⁶ Contesta il fatto che l'introduzione dell'art. 180 d.l. n. 34 del 2020 abbia comportato una modificazione mediata della fattispecie incriminatrice, attraverso l'avvicendamento di norme extrapenali richiamate dalla fattispecie, GAMBARDILLA, *Il "peculato dell'albergatore"*, cit., 189 ss. e in part. 193. Per l'A., infatti, il legislatore non avrebbe apportato alcun intervento "dall'esterno" sulla fattispecie incriminatrice, non essendovi una preesistente norma richiamata dagli artt. 314 e 358 c.p. che sia stata sostituita.

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; effetti che potrebbero continuare a ridondare sul presente e sul futuro, ove si volesse salvaguardare l'efficacia per il passato dell'incriminazione. Di questo sarebbe perciò opportuno tenere conto (o, quantomeno, sembra non opportuno non tenerne conto), meditando se il *test* sulla natura dell'elemento interessato dalla modifica e del raffronto tra fattispecie astratte – condotto sulla scorta di criteri senz'altro dotati di grande pregevolezza formale, ma non per questo dotati di assoluta validità risolutiva – possa sempre *da solo* restituire la realtà della “de-selezione penale”, o se invece sia opportuno procedere anche a un più generale *test* sulla funzione della norma di depenalizzazione, ove altri *indicatori* esprimano il venir meno della pretesa punitiva a fronte di un modificato giudizio di *necessità* di pena⁹⁷.

Ci pare infatti appena il caso di sottolineare, in via conclusiva, che se il carattere proprio e costante delle prassi 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” – talvolta anche quando “cattive” – 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 imposizione sia mai stata o continui a risultare fondata alla luce dei criteri che lo vincolano social socialmente e giuridicamente⁹⁸.

⁹⁷ Su questo cfr. SOTIS, Abolito criminis *senza passare dalla fattispecie*, cit., *passim*.

⁹⁸ 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”, totalmente 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)», laddove «proprio questa inadeguatezza impone al giurista di misurarsi sempre di più con i problemi sociologici». Così, BARATTA, «Essere» e «dover essere», cit., 94.