

Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo

In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali
delineato dal «decreto palchi»

Precautionary Rules and Succession of Laws in the Whole Structure of Criminal Negligence

*In particular: the Microsystem of Musical, Cinematic and Theatrical Performances
Defined by the «Decreto palchi»*

ELIANA GRECO

Dottoranda di ricerca in diritto penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore

COLPA, REGOLE CAUTELARI, SUCCESSIONE DI LEGGI,
ARTICOLO 2 C.P.

CRIMINAL NEGLIGENCE, PRECAUTIONARY RULES,
SUCCESSION OF LAWS, ARTICLE 2 OF THE ITALIAN CRIMINAL CODE

ABSTRACT

Per il vuoto strutturale che lo caratterizza, il tipo colposo è afflitto da un carattere di «incompletezza» e di apertura a un costante rimando esterno di tipicità, che si traduce nel necessario ricorso a regole di condotta (positive o prasseologiche), aventi sostanza cautelare, in funzione co-fondativa del fatto tipico. Queste peculiarità danno luogo a problemi notevoli che concernono dapprima il raccordo tra la teoria della colpa e il principio di riserva di legge e, di seguito, il corretto inquadramento delle cautele nella geografia del fatto colposo, l'attrazione delle stesse nello spettro applicativo dell'articolo 2 c.p. e la loro attitudine integratrice anche quando – cristallizzate in fonti subordinate – non si limitino a un apporto specialistico.

I profili appena citati sono presenti anche nel microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal c.d. recente «decreto palchi», e le soluzioni adottate dal legislatore richiedono di essere analizzate criticamente alla luce delle più moderne acquisizioni dottrinali.

Offenses of negligence have always been characterized by a certain degree of incompleteness. They act like open models needing to be constantly integrated by statutory or socially-based rules (rules with precautionary objectives that impose a particular behaviour in order to prevent the occurrence of harmful events). This feature creates a number of issues, involving either the consistency of this tendency with the principle of legality, or the proper space to give to these behavioural canons in the whole geography of criminal negligence. In fact, the change over time of precautionary rules can be relevant under the art. 2 c.p. and they could be said to fully be part of the offense also when – existing in subordinated sources of law – they do not merely add an element of technical specification to it. These topics are analysed here in the specific context of the microsystem of musical, cinematic and theatrical performances defined by the so-called recent “*Decreto palchi*”.

SOMMARIO

1. Battute proemiali. «Cubismo della forma giuridica» – 2. Semplificazione procedurale e contenimento (ideale) del rischio. Norme prudenziali nel settore degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali. – 3. *Prolegòmena*. 1) La violazione della diligenza nella geografia dell'illecito colposo. Inadempimento del dovere prudenziale come nota modale della condotta causalmente connessa all'evento non voluto. – 3.1. *Prolegòmena*. 2) La colpa penale come concetto "aperto" e "incompleto". Eterointegrazione cautelare in funzione co-fondativa del fatto tipico colposo. Il problema del vuoto strutturale di tipicità. – 4. Compilazioni normative e pretese di completezza. L'attualità del pensiero savigniano. – 4.1. Il «decreto palchi». *Ratio* e contenuti. Perimetro operativo e proiezioni teleologiche sottese alla disciplina. «Particolari esigenze», tra enfasi regolamentativa e apodissi definitoria. – 4.2. Aspetti dinamico-operativi. Gli articoli 3 e 4 del decreto interministeriale. – 4.3. Conseguenze della separazione tra *forma* e *sostanza*. Le disposizioni in esame come regole a contenuto (*materialmente*) cautelare dotate di (*una formalmente* ingiustificata) attitudine integrativa del precetto. – 4.4. La qualificazione del *novum* come evoluzione normativa più favorevole nei confronti dei committenti e dei responsabili dei lavori. Alcune conseguenze sul piano fattuale. – 5. Avvicendamento di regole cautelari e traversie dell'intertemporalità. – 5.1. Breve *excursus*. Modifiche mediate della fattispecie ed estensione operativa dell'articolo 2 c.p. Ricognizione criteriologica degli schemi risolutivi. – 6. Alcuni predicati di chiusura. – 6.1. Impossibilità di configurare un fenomeno successorio tra le norme oggetto di analisi: criterio cronologico *vs.* criterio gerarchico. – 6.2. Inattitudine integratrice delle fonti subordinate. Dalle regole cautelari di rango secondario a quelle di fonte sociale. «Teoria della colpa» e riserva di legge. – 6.3. Prime conclusioni. I decreti ministeriali come «strumenti innominati e atipici di esercizio del potere». – 7. Considerazioni conclusive. «Porosità» giuridiche e fattispecie non «calcolabili».

«Come può la norma giuridica dominare gli eventi,
opporsi all'oscuro divenire di fatti naturali e atti umani,
e perciò rendere calcolabile la decisione del giudice?

La legge – proclamano i codici d'Europa – dispone per l'avvenire;
ma l'avvenire in che modo si lascia disporre della legge?»

N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*¹

1.

Battute proemiali. «Cubismo della forma giuridica²».

La «forma giuridica» è, per definizione, «forma del pensiero»³.

Ciò implica, anzitutto, che essa sia «scienza dell'ordine⁴», tale da rendere le conseguenze del proprio agire o non agire sottoponibili a un vincolo di preventiva «calcolabilità⁵».

In un senso affine a quanto affermato da Weber, potrebbe dirsi che la nozione di «fattispecie» rappresenti lo strumento principe con cui «la volontà normativa [...] può impossessarsi del futuro⁶»: dal significato etimologico di «figura, apparenza⁷», che la inquadrava come «τύπος», «impronta», «modello», essa diviene, poi, concetto con «funzione ermeneutica di qualificazione del fenomeno storico⁸»: una nozione, cioè, che – designando gli elementi strut-

¹ Il contributo è pubblicato in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2014, pp. 987-991 e in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 33 ss.

² L'espressione è di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.

³ L'idea dell'inquadramento della «forma giuridica» come «forma del pensiero» proviene dall'intervento del Prof. Mauro Orlandi, durante l'incontro di presentazione del volume C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, il 13 maggio 2015.

⁴ *Ibidem*. La caduta del concettualismo – cui hanno contribuito, in larga parte, Kelsen e la scuola viennese – lascia spazio a quella «terrena positività delle norme» che consegna l'investitura di razionalità a un preliminare controllo dell'«oggetto nel suo proprio costituirsi». Così, anche nel caso in cui il diritto – svincolandosi dalla «fecondità terrestre del *nómos*» – divenga «s-radicato e s-confinato», permarrrebbe – ieratica nella sua fissità – la «garanzia» del formalismo. Sul punto, diffusamente, N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma, Laterza, 2007, pp. 8 ss. Sulla teoria kelseniana, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952.

⁵ Sul concetto di «fattispecie calcolabile», N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, pp. 36-44 e in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 20.

⁶ Così sempre N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 20.

⁷ In questi termini, A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 39. Sul concetto di fattispecie, si veda, altresì, W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Esi, Napoli, 2007, ove si sottolinea il carattere «ermeneutico» del «tipo» penale, nel senso che «la fattispecie e i suoi elementi hanno un orientamento alla realtà, ne vengono ermeneuticamente cocostituiti, e nella loro interpretazione ricevono da essa anche i criteri di correttezza» (*ivi*, pp. 180-181).

⁸ Così sempre A. GARGANI, *op. ult. cit.*, p. 13.

turali su cui si fonda «l'identità penalistica dell'illecito»⁹ – dispiega una essenziale vocazione sussuntiva di un fatto naturalistico nello schema di previsione astratta, attraverso un giudizio di rispondenza ai dati costitutivi pre-tipizzati.

Secondo una prospettiva che potremmo dire di “teoria generale del diritto”, essa designerebbe, quindi, un «[...] precetto ipotetico, ossia condizionato, il quale consta di una previsione (condizione) e di una corrispondente disposizione o statuizione», in cui «si prevede [...] una data ipotesi», accostandovi «un correlativo trattamento giuridico»¹⁰.

«Fattispecie», cioè, «è *species facti*», che diviene *Tatbestand* nella dottrina tedesca, ma che resta pur sempre «descrizione o immagine, non di un fatto già accaduto e quindi accertabile mercé un giudizio storiografico, ma di un fatto futuro o di una classe di fatti futuri, che la norma considera dotati di un qualche grado di probabilità»¹¹.

Sottoposta, oggi – nel solco tracciato dal realismo giudiziario e dal particolarismo delle fonti –, a progressive incursioni che ne depauperano l'assetto qualitativo, la «fattispecie» non è più «calcolabile»: non in grado «di ridurre ogni concreto evento a caso di applicazione normativa»¹², essa soggiace alle transizioni del nostro tempo, smarrendo la solidità della sua portata¹³.

Pur tra moniti di *predictability*, *accessibility*¹⁴ e istanze di potenziamento della certezza del diritto, le conseguenze della condotta volgono verso il paradigma dell'incalcolabilità, perché i precetti – sempre meno riconoscibili nei loro predicati impositivi – non sono più in grado di

⁹ Sul punto, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996. La “fattispecie tipica”, quindi, è strettamente connessa «all'esigenza di scolpire (tipizzare) i connotati essenziali dell'incriminazione che la rendono penalmente e/o criminologicamente significativa». Secondo una concezione che fa capo a Beling, «la fattispecie obiettiva designerebbe soltanto gli elementi descrittivi ed obiettivi del fatto di reato» e si esaurirebbe nella sequenza condotta/evento/nesso di causa. Tale impostazione appare, tuttavia, limitante, tant'è che vi è unanimità di vedute in ordine alla constatazione secondo cui «il fatto in senso oggettivo e materiale, pur conservando un ruolo centrale nella geografia della tipicità, non la esaurisce completamente», poiché il dolo e la colpa – concetti dotati di una significanza sistematica duplice – accedono parimenti alla sfera della tipicità e della colpevolezza. Sul punto, *amplius*, *infra*, par. 3.

¹⁰ Così E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, Cedam, 1935, p. 4, il cui pensiero è ripreso da N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 21.

¹¹ In questi termini, sempre N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 22. In particolare, secondo il pensiero di Giacomo Delitalia – richiamato nell'opera *de qua* – lo scarto tra «*Tatbestand* legale e *Tatbestand* concreto è [...], in definitiva, la differenza che intercede fra il modello e la copia, fra lo schema e l'esempio che a tale schema può essere ricondotto». Così G. DELITALIA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930, p. 116. Nell'impostazione di Carnelutti, «fattispecie» è «costruzione di un modello dell'atto» (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, 1951, p. 230). Sul punto, ampiamente, N. IRTI, *op. ult. cit.*, pp. 22 ss.

¹² Sul punto, sempre N. IRTI, *op. ult. cit.*, pp. 22 ss.

¹³ In realtà, la preponderanza del diritto giurisprudenziale non è una novità del nostro tempo, ma affonda le sue radici nella fase medievale della storia del diritto. Sul punto, ampiamente, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 553 ss.; sul tema anche I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 539 ss.; cfr. altresì M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma, Laterza, 2002, pp. 3 ss. Può essere utile anche la consultazione di A. M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹⁴ La prevedibilità e l'accessibilità, sono, difatti, secondo l'impostazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, «predicati basilari, storici» della legalità. In argomento, diffusamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, nonché, tra tutti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, Giuffrè, 2011.

Possono, inoltre, sul punto, rammentarsi – a livello esemplificativo – i noti passaggi logici della sentenza *Corte europea dei diritti dell'uomo*, seconda sezione, 20 gennaio 2009, n. 75909, *Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia* (in *www.echr.coe*; in *Giur. cost.*, n. 2/2009, pp. 1278 ss., con nota di MOSCARINI, *Il caso Punta Perotti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte italiana penale di cassazione*; in *Cass. pen.*, nn. 7-8/2009, pp. 3180 ss., con nota di BALSAMO - PARASPORO, *La corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*; in *Riv. giur. ambiente*, n. 5/2009, pp. 673 ss., con nota di GRATANI, *Un campanello di allarme della crisi dei poteri in Italia e di NICOSIA, Quando la confisca è lesiva dei diritti dell'uomo*; in *Foro it.*, n. 1/2010, IV, pp. 1 ss., con nota di NICOSIA), secondo cui «la logica della pena e della punizione va nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (in termini di coscienza e volontà), che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena sarebbe ingiustificata». E ancora: «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, e se necessario con l'aiuto dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali, quali atti e omissioni implichino la sua responsabilità penale» (punto 107).

Si veda, altresì, da ultimo, la sentenza *Corte europea dei diritti dell'uomo*, quarta sezione, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, n. 66655 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2016, pp. 333 ss., con nota di M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*; in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1061 ss., con nota di F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*; in *questa Rivista*, n. 2/2015, pp. 26 ss., con nota di A. ESPOSITO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*; in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 11 ss., con nota di O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*; in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 46 ss., con nota di D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*), con cui l'Italia viene condannata, tra le altre cose, per la violazione dell'articolo 7 CEDU, in ragione dell'imprevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale che aveva condotto alla condanna del ricorrente. Sulle doglianze di quest'ultimo, in particolare, si vedano il paragrafo 31 («*Invoquant l'article 7 de la Convention, le requérant estime que l'infraction de concours externe en association de type mafieux est le résultat d'une évolution de jurisprudence postérieure à l'époque des faits pour lesquels il a été condamné*») e i successivi. Per quanto concerne le statuizioni della Corte, si segnalano i paragrafi 60 ss. Si sottolinea, ad esempio, il rilievo riportato al paragrafo 75, e invero: «*Ainsi, à l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourrait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis*».

veicolare l'osservanza del proprio contenuto¹⁵.

I tratti di questo declino si connettono, per ciò che riguarda il diritto penale, da un lato, alla sempre più frequente partecipazione – in chiave descrittiva del fatto tipico – di fonti che sarebbero legittimate a esercitare un'influenza *solo* specificativa di peculiari profili tecnici; dall'altro, all'incalzante centralità del decisionismo giudiziario, che soppianta l'egemonia della dogmatica.

Così, la purezza della «forma» abbandona l'*ordo* classico della sua rappresentazione normativa, a favore di una scomposizione quasi cubista dei dati di genesi e struttura.

Il tema che ci si accinge a trattare si iscrive in questa tendenza degenerativa, recependone, per buona parte, il carattere di eccentricità.

2.

Semplificazione procedurale e contenimento (ideale) del rischio. Norme prudenziali nel settore degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali.

La verifica di eventi lesivi nell'ambito di settori peculiari della sicurezza sul lavoro – quali crolli di palchi realizzati per esibizioni concertistiche, con conseguenze letali a scapito degli operatori coinvolti nell'allestimento – ha condotto all'emanazione di una normativa *ad hoc*, che aspira a porsi, almeno nelle sue premesse teoriche, in funzione di contenimento nella realizzazione di fatti dannosi, mediante uno snellimento delle procedure da osservare nelle fasi preparatorie.

Costruito, nell'*intentio legis*, in relazione alle specificità dei contesti situazionali di riferimento, il decreto interministeriale 22 luglio 2014 (c.d. «decreto palchi») regola – specie agli articoli 3 e 4 – le modalità applicative di talune disposizioni del d. lgs. n. 81/2008 rispetto «alle attività di montaggio e smontaggio di opere temporanee, compreso il loro allestimento e disallestimento [...]»¹⁶, con lo scopo di «fornire specifiche indicazioni per la tutela della salute e della sicurezza degli operatori dello spettacolo e delle manifestazioni fieristiche», all'esito di una valutazione delle «particolari esigenze» relative alle attività in oggetto¹⁷.

Il decreto fornisce un catalogo di *standards* comportamentali – risultanti dall'adattamento di quelli contenuti nel T.U.S.L. – che potrebbero dispiegare effetti notevoli sul giudizio di colpa, ove inquadrabili come cautele in senso proprio, tali da incidere sulla tipicità dell'illecito, del quale concorrerebbero, da un lato, a descrivere i tratti costitutivi e ad approfondire, dall'altro, il significato di disvalore.

Il ricorrere di accadimenti del tipo di quelli descritti – si rammentano, tra gli altri, i noti

¹⁵ Decostruito il punto di equilibrio tra «forma concentrata» e «forma molteplice» che – determinando la «riduzione dell'estensione [...] della «simultaneità del tutto a qualcosa di lineare» e, al contempo, lasciando permanere la consapevolezza in ordine alla contingenza del testo prodotto (nel senso del suo porsi come «uno» tra i potenziali) – poteva garantire una sintesi cognitiva tra «unicità data e molteplicità possibile» e, per tale tramite, veicolare l'osservanza del divieto, la «calcolabilità della fattispecie» viene meno. Sul punto, ampiamente, G. FORTI, *La letteratura e la riconoscibilità dei sentimenti nelle forme giuridiche*, in L. ALFIERI - P. MITTICA (a cura di), *La vita nelle forme. Il diritto e le altre arti* (Atti del VI Convegno Nazionale ISLL, Urbino, 3-4 Luglio 2014), in www.lawandliterature.org (sezione «ISLL papers», 2015 - Vol. 8). Sulle ragioni che contribuiscono all'adeguamento/non adeguamento della condotta ai contenuti normativi, si veda, altresì, G. FORTI, *Le ragioni extrapenalistiche dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2013, pp. 1108 ss.

¹⁶ D. M. Lavoro e delle politiche sociali (di concerto con il Ministero della Salute), 22 luglio 2014 (Gazzetta Ufficiale 8 agosto 2014, n. 183), articolo 1, comma 2. Si legge, nel comunicato del Ministero, infatti, che «Con Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro della Salute, sono state individuate, ex articolo 88, comma 2-bis, del D. Lgs. n. 81/2008, così come modificato dalla Legge n. 98/2013 di conversione del D.L. n. 69/2013, le disposizioni che si applicano «agli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali e alle manifestazioni fieristiche tenendo conto delle particolari esigenze connesse allo svolgimento delle relative attività».

¹⁷ Su tali «particolari esigenze», ampiamente, *infra*, par. 4.1.

casi Pausini e Jovanotti¹⁸ – ha dato luogo al proliferare di imputazioni, a carico dei committenti (ma anche dei responsabili dei lavori, dei tecnici e delle imprese appaltatrici), fondate sulla contestazione dei reati di cui agli articoli 589 e 590 c.p., con gli innalzamenti di pena previsti, rispettivamente, dai commi secondo e terzo, per la violazione delle regole di condotta proprie della disciplina lavoristica, cui le stesse norme rinviano.

Le principali problematiche che vengono in rilievo riguardano l'(in)idoneità di un atto provvedimento di rango secondario – che non si limiti a un ausilio di ordine tecnico ma che contempra un apporto valutativo – a porsi in funzione integrativa del precetto penale, nel caso in cui provveda a “concretizzare” *standards* comportamentali la cui violazione abbia funzione costitutiva del fatto tipico colposo; in secondo luogo, si pone la questione relativa all'inquadramento dogmatico delle norme inserite nel provvedimento in esame e la potenziale attrazione

¹⁸ Nel primo caso – a fronte del crollo della struttura metallica *ground support*, che avrebbe dovuto fungere da copertura del palco su cui avrebbe avuto luogo l'esibizione della cantante a Reggio Calabria il 5 marzo 2012 – è stata formulata richiesta di rinvio a giudizio, per le fattispecie di cui agli articoli 40, 589 commi 1, 2, 4 e 449 in relazione all'articolo 434 c.p., nei confronti: **a)** del legale rappresentante *pro tempore* della società committente dei lavori di allestimento del palco «per non aver proceduto [...] alla nomina di un direttore dei lavori che avrebbe, da un lato, rilevato i gravi errori e le evidenti omissioni [...] presenti nell'elaborato progettuale relativo alla suddetta struttura metallica [...], nonché, dall'altro lato, vigilato sulla corretta esecuzione della predetta»; inoltre, gli si contesta di «aver omesso di richiedere al costruttore [...] un'adeguata integrazione dell'elaborato progettuale e l'effettuazione delle dovute verifiche circa le concrete caratteristiche del piano di posa su cui avrebbe insistito la struttura metallica»; **b)** del legale rappresentante della società costruttrice incaricata di realizzare i lavori di costruzione del *ground support*, per «non aver proceduto [...] a denunciare prima dell'inizio dei lavori la suddetta opera [...] non consentendo in tal modo l'attivazione di ogni opportuna forma di controllo»; per avere accettato dal tecnico incaricato una progettazione «oltre che errata ed assolutamente carente, priva tra l'altro di ogni necessaria e preliminare verifica circa le concrete caratteristiche del piano di posa»; egli avrebbe, poi, «omesso di contestare alla società committente [...] la mancata nomina di un direttore dei lavori»; **c)** del tecnico incaricato della redazione del progetto di costruzione per numerosissimi errori ed omissioni di progettazione, precipuamente enucleati nella richiesta di rinvio a giudizio; **d)** del titolare della ditta committente dell'opera di allestimento «per non aver rilevato, da un lato, i gravi errori e le evidenti omissioni [...] presenti nell'elaborato progettuale [...], nonché, dall'altro lato, per non aver vigilato sulla corretta esecuzione della predetta opera»; **e)** del coordinatore della sicurezza per l'esecuzione dei lavori, perché «pur consapevole della mancata nomina da parte della società di un direttore dei lavori, nonché pur avendo direttamente riscontrato i gravi errori e le evidenti omissioni progettuali [...], non sospendeva i relativi lavori fino ai dovuti adeguamenti»; **f)** del responsabile del settore progettazione ed esecuzione del Comune di Reggio Calabria, perché, consapevole delle manchevolezze sopra descritte «ometteva di adottare un provvedimento di inibizione dell'inizio dei lavori di costruzione [...]». L'imputazione è stata, inoltre, formulata anche nei confronti della società committente dei lavori e della società costruttrice. Nell'udienza preliminare del 13 gennaio 2015, il Gip ha rinviato a giudizio tutti gli imputati e accolto il patteggiamento richiesto dalla società allestitrice del palco.

Nell'analogo caso che ha visto il crollo del *ground support* predisposto per l'esibizione concertistica del cantante Lorenzo Jovanotti programmata a Trieste per il 12 dicembre 2011, la contestazione delle fattispecie di cui agli articoli 113, 449 in riferimento all'articolo 434, 589 commi 1 e 2, 590 commi 1 e 4 c.p. è posta a carico: **a)** dell'amministratore e datore di lavoro della società incaricata della fornitura, posa e rimozione della struttura in alluminio *ground support*; **b)** dell'ingegnere incaricato della verifica statica della struttura; **c)** del legale rappresentante della società organizzatrice dello spettacolo, per aver essi violato «specifiche regole tecniche e norme prevenzionistiche» (specificamente enumerate), concorrendo a cagionare il decesso di uno degli operatori coinvolti e le lesioni in danno di altri.

Durante l'udienza preliminare, svoltasi nel gennaio 2015, il Gip ha, anche in questa ipotesi, rinviato a giudizio tutti gli imputati e condannato, a seguito dell'esperimento del giudizio abbreviato, l'ingegnere incaricato della verifica statica della struttura, alla pena di tre anni di reclusione per i reati ascrittigli.

I casi appena richiamati offrono lo spunto per avviare una riflessione tematica – che non potrà svolgersi in questa sede, ma della quale sembra doveroso fare menzione – non solo sulla responsabilità colposa della persona fisica, ma anche sui complessi meccanismi imputativi del fatto alla persona giuridica. Proprio l'ampliamento dei reati-presupposto annoverati nel d.lgs. 231/2001 – dapprima, con l'introduzione dell'articolo 25-*septies* – a talune fattispecie colpose si è posto all'origine del vivo dibattito in ordine alla conciliabilità dei presupposti oggettivi di cui all'articolo 5 dello stesso decreto con la fisionomia della colpa penale. Sul punto, ampiamente, G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4/2012, pp.1249 ss., ove si sottolinea, tra le altre cose, che «[...] avendo il d.lgs. n. 231 adottato una soluzione non universalistica quanto alla definizione dei reati presupposto (a differenza di quanto a suo tempo previsto dal c.d. Progetto Grosso di riforma del codice penale), il legislatore si è trovato a centellinare in questi anni una tipologia alquanto eterogenea di fattispecie, in parte anche rimediando alle originarie palesi lacune rispetto alla delega ricevuta».

Da questo punto di vista, «Una parte della dottrina nega in radice la compatibilità della responsabilità dell'ente rispetto ai reati colposi, stante l'inapplicabilità dei criteri di imputazione dell'interesse e del vantaggio di cui all'art. 5, D. Lgs. n. 231/2001, che facendo riferimento al reato – concetto includente l'evento – non può trovare applicazione rispetto a reati colposi, il cui evento (l'evento morte o lesioni nei reati di omicidio o lesioni colpose) per definizione non deve essere voluto e in ogni caso non può mai costituire un vantaggio per l'ente. Altra parte della dottrina esclude tale incompatibilità, ma propone molteplici soluzioni interpretative, partendo dal presupposto comune che il dato di riferimento dell'interesse o del vantaggio è la condotta costitutiva del reato e non già l'evento». Così, solo per esemplificare, «muovendo dalla differenziazione tra interesse e vantaggio, si è sostenuto che rispetto ai reati colposi rilevi solo il criterio del vantaggio economico da valutarsi *ex post* e sostanziantesi, ad esempio, in un risparmio di spesa riferibile ai costi dell'intervento precauzionale omesso».

Da un angolo prospettico di natura soggettiva, «è stato affermato che anche i reati colposi possono essere commessi nell'interesse dell'ente, il che accade nei casi in cui il soggetto attivo agisce con colpa cosciente, cioè quando, pur non volendo l'evento, è consapevole di tenere un comportamento contrastante con la normativa cautelare, ma ciò fa per procurare un vantaggio all'ente».

Ancora, «in un'accezione oggettiva, l'interesse è stato inteso come qualità che caratterizza la condotta in sé idonea a produrre un beneficio per l'ente e quindi non già come dolo specifico dell'autore del reato». Inoltre, «sempre in una prospettiva oggettiva una parte della dottrina, spostando l'attenzione sul contesto in cui si colloca la condotta costitutiva del reato, ritiene che siano commessi nell'interesse e a vantaggio dell'ente – intesi per lo più come termini indicanti un unico concetto – i reati colposi commessi [...] nell'espletamento, da parte dell'agente, delle attività istituzionali proprie dell'ente di appartenenza, a prescindere dalle finalità particolari dell'agente o dai concreti vantaggi ottenuti dall'ente». In questi termini, T.E. EPIDENDIO - G. PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *D. Lgs. 231 – Dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi (Le Società - edizione speciale)*, 2011, pp. 35 ss.

delle stesse – per mezzo del rinvio “mediato” – nel perimetro applicativo dell’articolo 2 c.p.

Si procederà, pertanto, in questa sede, dapprima a una celere ricognizione sul ruolo ascrivibile alle regole cautelari nella struttura dell’illecito colposo e, di seguito, a un’analisi dei più significativi tratti di novità dell’evoluzione normativa in questione, rimarcandone gli elementi di difformità (*in melius* o *in peius*) rispetto alle disposizioni del T.U.S.L., al fine di individuare le direttrici attraverso cui poterne incanalare i rapporti, in relazione al regime applicabile nella prospettiva della successione di leggi.

3. *Prolegòmena. 1) La violazione della diligenza nella geografia dell’illecito colposo. Inadempimento del dovere prudenziale come nota modale della condotta causalmente connessa all’evento non voluto.*

Definire la colpa penale, sul piano obiettivo, (solo) come violazione di una regola cautelare equivale a ridurre la dimensione del fatto colposo al mero tratto dell’illiceità oggettiva della condotta¹⁹.

La contrarietà del comportamento tenuto dall’agente a norme prudenziali designa, nella sostanza, null’altro che il carattere di antiggiuridicità degli atti, nel senso del loro porsi in antitesi rispetto a un “*nómoç*” più o meno codificato, la cui violazione produce un’attrazione nell’area di antinormatività segnata dall’infrangimento del precetto²⁰.

Nemmeno di tipicità oggettiva in senso stretto potrebbe – alla stregua di una simile definizione – ancora discorrersi, se è vero che il fatto tipico colposo non è solo antidoverosità della condotta (un comportamento inosservante che non abbia prodotto un risultato lesivo non è, del resto, punibile per il semplice fatto dell’inosservanza, salvo che non esista una prescrizione normativa che in tal senso disponga), ma è anche, e soprattutto, causazione dell’evento non voluto²¹.

«Forma “normale” di manifestazione del reato colposo» è, infatti, «nel nostro ordinamento, la fattispecie causalmente orientata²²»: ciò implica, anzitutto – secondo un approccio contrario a quelle teorie per le quali l’esito naturalistico della condotta sarebbe mero «criterio di biso-

¹⁹ Com’è stato autorevolmente evidenziato, infatti, «Il rilievo da attribuire all’evento nella compagine dell’illecito penale in generale si staglia con ancor maggiore nettezza in relazione all’illecito penale colposo. Qui, come si è visto, fondamentale risulta l’indicazione ricavabile dalla “definizione” della colpa (“a causa di negligenza o imprudenza o imperizia” ovvero “per inosservanza di leggi, regolamenti ordini o discipline”) in merito alla necessità che la “violazione della diligenza oggettiva” debba “materializzarsi nell’evento” e dove, soprattutto, più accentuata è la difficoltà di individuazione della condotta tipica, “caratteristica delle fattispecie causalmente orientate, e di quelle colpose in particolare”». In questi termini G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 356.

Cfr., altresì, G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in *Jus*, nn. 2-3/2001, pp. 143 ss., ove si sottolinea la «duplicità» che connota il concetto di colpa, dal momento che essa richiede «si l’imputazione di un evento, ma sulla base dell’accertata violazione di una regola preventivo-cautelare [...]».

²⁰ «Per quasi cinquant’anni», scrive Massimo Donini, «ci si è occupati di problemi d’imputazione oggettiva dell’evento (anche senza denominarli con questa etichetta), di criteri del tutto *esterni* all’elemento soggettivo e alla personalizzazione del giudizio d’imputazione: la dimensione normativa della regola preventiva ritagliata su un “agente modello” o su un “elemento oggettivo dell’imputazione soggettiva” [...]. Tutte questioni “oggettive”, esterne all’elemento psicologico, al punto che in Italia come in Germania si è ridotta teoricamente la colpa ad antiggiuridicità, e nella prassi tutto l’accertamento si è concentrato sull’antinormatività di una condotta». In questi termini M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2013, pp. 124 ss.

²¹ Sul ruolo dell’evento nella struttura del reato colposo, si veda sempre G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit.
Sul tema della colpa penale, possono, poi, segnalarsi, *ex multis*: D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d’imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, n. 12/2002, pp. 3834-3846; D. CASTRONUOVO, *La responsabilità colposa nell’esercizio di attività produttive. Profili generali in tema di omicidio o lesioni per violazione delle discipline sulla sicurezza del lavoro o dei prodotti*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA (a cura di), *I delitti contro la persona*, I, UTET, Torino, 2006, pp. 579-602; D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2/2002, pp. 495-537; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpa e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit.; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, cit.; G. FORTI, *Colpa (Voce)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 945 ss.; M. GALLO, *Colpa penale (Voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 624 ss.; F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1291 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/1999, pp. 86 ss.; F. MANTOVANI, *Colpa (Voce)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, Utet, 1988, pp. 299 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965; P. PIRAS, *Nesso di causalità e imputazione a titolo di colpa*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, pp. 1519 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 174 ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2005, pp. 1670 ss.

²² Così sempre G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 321.

gno di pena» o addirittura «condizione obiettiva di punibilità²³», l'impossibilità di negare all'evento un certo «apporto di tipizzazione [...] che non può restare senza effetto sul piano ricostruttivo dell'illecito²⁴».

La necessaria considerazione, nella topografia delle fattispecie colpose, della modificazione fenomenica che segue – come suo risultato empirico – alla condotta passa, del resto, anche attraverso la imprescindibile valorizzazione del contenuto letterale dell'articolo 43 c.p., comma terzo, nella parte in cui vi si afferma che «l'evento deve essersi verificato “a causa” di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline²⁵». La portata del dato normativo conduce inevitabilmente ad attribuire rilevanza al legame causale sussistente tra azione e conseguenze di essa.

Riassumendo, può dirsi che il tratto della violazione della regola cautelare caratterizzi, ma non esaurisca, già a livello di denotazione sintetica, l'identità oggettiva dell'illecito colposo²⁶.

Colpa, perciò, nei reati d'evento, è – sì – inosservanza di una norma di comportamento, ma come segmento di una tipicità che si compendia nella necessaria produzione di un esito offensivo, che: a) si aveva il dovere di prevedere ed evitare adeguando la propria condotta alla diligenza prescritta dal precetto disatteso; b) non rientra nella sfera volitiva dell'agente; c) è causalmente connesso a quell'inosservanza; d) concretizza lo specifico rischio che la norma cautelare era volta a scongiurare²⁷.

La valorizzazione dell'inadempienza rispetto al dovere prudenziale, come dato centrale nella fisionomia del reato colposo, acquista, semmai, un senso diverso ai fini della demarcazione con le ipotesi di responsabilità dolosa: prima ancora che sul piano della colpevolezza, infatti, dolo e colpa differiscono profondamente per uno scarto notevole di tipicità «esterna», «strutturale»²⁸. Si è, così, sottolineato che «c'è un fatto comune alla realizzazione dolosa e a quella colposa, un fatto (*objektiver Tatbestand*) del tutto identico [...]»²⁹; quest'identità fattuale – che attiene esclusivamente all'evento – si connette, però, a modalità di causazione del tutto diverse.

Com'è noto, infatti, «elemento oggettivo del reato» non è soltanto – secondo «l'uso tradi-

²³ Sul punto, ampiamente, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 332 e 333.

²⁴ Per converso, gli approcci finalistici e personalistici (sia nella forma del finalismo tradizionale che del finalismo estremo) giungono a teorizzare il paradossale assioma secondo cui una condotta osservante – ancorché produttiva di un effetto lesivo nei confronti di un certo bene – non sia mai suscettibile di essere attratta nell'area di illiceità; al contrario, un'azione che si ponga in contrasto con una regola cautelare avrebbe rilevanza penale, indipendentemente dalla verifica del danno all'oggettività protetta.

Lesito più singolare cui giungono tali impostazioni consiste, *in primis*, nel postulare la «superfluità» dello stesso disvalore d'evento, con la conseguenza che il significato d'illiceità del fatto sarebbe da ricercarsi esclusivamente nella condotta contraria allo *standard* di diligenza e, dunque, nel disvalore di azione; *in secundis* – negando, sul piano dogmatico, qualsiasi funzione tipizzante ascrivibile all'evento – esse equiparano, in sostanza, il delitto consumato con il delitto tentato: conclusione, quest'ultima, che – oltre a porsi in contrasto con il dato positivo – risulta difficilmente sostenibile anche da un punto di vista logico-concettuale. Sul tema del disvalore d'evento e del disvalore di azione, si veda sempre G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 328 e 329 ove si discorre ampiamente degli approdi estremi cui proprio le teorie finalistiche e personalistiche conducono, sottolineando che «pur con una fondamentale cautela d'approccio verso una controversia in odore di ontologismo e apparentemente lontana dalle prepotenti istanze che nella materia colposa provengono dalla prassi, la discussione sul ruolo dell'evento nella teoria dell'illecito in generale e nella colpa in particolare non può venire liquidata come meramente accademica». Si evidenzia, poi, che «[...] dalla premessa, già del finalismo tradizionale, secondo cui per un diritto penale che si riprometta di impedire lesioni di beni giuridici conseguenti ad azioni umane la reazione punitiva non può essere agganciata alla lesione del bene in sé, ma solo a una lesione che sia derivata da un'azione in contrasto con un divieto [...], si è inferito che l'"illecito", inteso come ciò che è vietato con riferimento a una norma, può essere sempre e soltanto l'azione diretta verso la lesione di un bene giuridico».

Inoltre, si aggiunge, tra le altre cose, che «Se funzione sostanziale del *Tatbestand* è in generale quella di individuare l'oggetto del divieto, il comportamento disapprovato, esprimendo una corrispondente "pretesa di adeguamento" nei confronti dei consociati, la constatazione del ruolo dell'evento nella delineazione del "tipo" delittuoso, in cui si esprime la scelta di penalizzazione e, dunque, l'"astratta determinazione di valore" suggerisce di assumere tale elemento a componente necessaria dell'illecito colposo, almeno in rapporto alla figura dei reati causalmente orientati. Secondo il filo ricostruttivo seguito fin qui, cioè, il fatto illecito colposo avente la forma della fattispecie causalmente orientata deve abbracciare anche l'evento in quanto la sua considerazione consente ad esso di esplicitare le funzioni che gli competono». Così sempre G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 327.

²⁵ Sul punto, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 341.

²⁶ In buona sostanza, quindi, i profili di tipicità oggettiva della fattispecie colposa si identificano «nella violazione del dovere di evitare l'evento; meglio: nella causazione di un evento che si aveva il dovere di evitare». Così G. FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., p. 170.

²⁷ Taluna dottrina è giunta a negare l'esistenza di una tipicità oggettiva pura e semplice dell'illecito colposo, sulla base del rilievo secondo cui la misura obiettiva della colpa è «solo un indizio di tipicità soggettiva e di colpevolezza». In questi termini, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., pp. 124 ss., ove si sottolinea che «nel reato colposo non esiste una tipicità oggettiva del fatto che possa coincidere con la violazione obiettiva di una cautela. La violazione obiettiva di una cautela non è ancora colpa. La tipicità oggettiva del fatto colposo è al massimo soltanto rischio. Chi pertanto definisce il fatto colposo in termini di colpa obiettiva, afferma un concetto falso sul piano normologico e sul piano giuridico-interpretativo, perché la tipicità colposa comincia con qualcosa di soggettivo. Ciò vale, almeno, rispetto alla responsabilità penale della persona fisica».

²⁸ Cfr., sul punto, M. DONINI, *Teoria del reato (Voce)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, Utet, 1999, pp. 221 ss.

²⁹ Così sempre M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., pp. 124 ss.

zionale» – concetto che attiene a «fatti materiali, esterni alla psiche [...]: oggettivo significa anche «obiettivizzazione del dolo o della colpa nel fatto³⁰», contributo che essi forniscono «alla tipizzazione della condotta», qualificandosi, per l'appunto, come «note modali dell'azione» prima ancora che come «disposizioni interiori»³¹.

Da questa prospettiva, l'attenzione riservata – nel tentativo di delineare il volto esteriore delle fattispecie colpose – alla violazione della cautela si spiega nel senso di ritenere il comportamento posto in essere – e dunque la condotta tipica e le modalità di lesione – come elemento di discriminazione, sul piano obiettivo, tra fatto doloso e colposo.

L'inosservanza del dovere prudenziale, in altri termini, peculiarizza – in un senso marcatamente connotativo – il tipo, tracciando una solida differenza con i casi di realizzazione dolosa.

Del resto, con esiti ermeneutici che si inscrivono in un quadro concettuale del tutto diverso, già Karl Engisch aveva inquadrato la colpa penale come «qualità del comportamento tipico anti-giuridico», con ciò evidenziando la portata di assoluta centralità che assumono i dati strutturali della condotta nella descrizione del fatto tipico colposo³².

3.1.

Prolegòmena. 2) La colpa penale come concetto “aperto” e “incompleto”. Eterointegrazione cautelare in funzione co-fondativa del fatto tipico colposo. Il problema del vuoto strutturale di tipicità.

Nel tentativo di delineare una nozione di colpa penale, in relazione al disposto dell'articolo 43 c.p., la dottrina ne ha segnalato, da una parte, una componente «intensionale-negativa» (colpa come «non-dolo»), secondo cui l'imputazione colposa presuppone l'assenza di un coefficiente volontaristico da parte dell'agente e, dunque, la mancanza di una direzione finalistica degli atti verso la realizzazione dell'evento; dall'altra, una componente «estensionale», che rimanda a una definizione di colpa come concetto che attiene a negligenza, imprudenza, imperizia, o alla violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline e che, quindi, pone l'accento sulla manchevolezza rispetto al dovere prudenziale, come requisito di struttura della condotta tipica colposa³³.

La naturale conseguenza di una siffatta impostazione consiste nell'imprescindibilità di un apporto eterointegrativo di natura cautelare e, cioè, nel necessario ricorso a regole di condotta (perlopiù extra-penali e, nel caso di colpa generica, addirittura prasseologiche³⁴) a corollario e completamento della tipicità dell'illecito.

Proprio in forza di tale connotato, il tipo colposo è stato definito come avente carattere di «incompletezza³⁵» e di apertura verso un costante rimando esterno di tipicità, necessario alla concretizzazione del precetto.

Se ciò è vero, qual è, dunque, l'inquadramento dogmatico da ascrivere alle regole cautelari, nella geografia del fatto colposo?

Ebbene, esse esprimono *standards* comportamentali ai quali l'agente è chiamato ad adeguarsi e la cui inosservanza delinea il volto oggettivo e la dimensione lesiva dell'azione: per queste ragioni, le regole cautelari sono elementi addizionali di tipicità, che – quali micro-com-

³⁰ In questi termini, M. DONINI, *Teoria del reato* (Voce), cit., p. 262; cfr., sul punto, anche M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit.

³¹ Ne discorre M. DONINI, op. ult. cit.

³² Sul punto, diffusamente, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 139; cfr. anche G. FORTI, *Colpa* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., pp. 945 ss.; cfr., altresì, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., pp. 124 ss., ove si identifica la condotta come punto di indistinzione tra oggettivo e soggettivo, nella parte in cui si afferma che «Fattualità del dolo e della colpa significa che la loro componente soggettiva si materializza all'esterno in comportamenti che recano i tratti della tipicità soggettiva, non che l'elemento oggettivo costante, legale, basilico e invariabile dei corrispondenti reati sia diverso o sia “sostituito” da qualcosa di psichico, interiore etc. Sono tutti tratti che si aggiungono all'elemento oggettivo classico».

³³ Anche se è necessario sottolineare che – com'è stato autorevolmente rilevato – «la funzione della formula generale di cui all'art. 43 c.p. nel suo insieme, proprio perché non vera e propria definizione, bensì tecnica normativa volta a designare un termine c.d. sistematico, non è di esaurire i caratteri della nozione o di precisare i connotati che una situazione deve necessariamente presentare per esservi sussunta, ma semmai quella di indicare, come è stato scritto, l'insieme dei collegamenti normativi tra presupposti e conseguenze che il legislatore considera più tipici. La regola è in sostanza che il reato colposo sia reato di evento e che questo evento non sia voluto dall'agente». Così G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 135.

³⁴ Del raccordo tra colpa generica e riserva di legge si discorrerà *infra*, par. 6.2.

³⁵ «Risale a Welzel, com'è noto, il rilievo secondo cui le fattispecie colpose presenterebbero carattere “incompleto” e “aperto” e dunque dovrebbero essere “integrate” attraverso il concetto di diligenza o altri affini». In questi termini, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 137. Cfr., in particolare, la nota 185. Cfr., altresì, G. FORTI, *Sulla definizione della colpa*, cit., pp. 162-163.

ponenti descrittive delle modalità di produzione dell'evento – svolgono una funzione di integrazione del precetto dal punto di vista della tipizzazione obiettiva del comportamento sanzionato, nonché di approfondimento del significato di disvalore ad esso sotteso.

La configurabilità di un modello eterointegrato di tipicità, quale carattere immanente alle fattispecie colpose, dà luogo al problema “storico” del vuoto strutturale che connota la tipologia in esame e che ha creato dubbi significativi in ordine, da un lato, al rapporto con il principio di riserva di legge, per via del frequente ricorso – non solo in chiave specificativa di profili tecnici – a fonti subordinate come strumento funzionale alla definizione delle cautele; dall'altro, con riferimento alla potenziale frizione con il principio di precisione, in considerazione della carenza descrittiva che, per effetto del rinvio a norme esterne al precetto, connota la formulazione del tipo. Tali caratteristiche – da intendersi, comunque, quali effetti fisiologici della conformazione dell'illecito e non come patologie dello stesso – sollecitano un'analisi da condursi in prospettiva assiologica, alla quale pure sembra doveroso accennare.

Quanto al principio di riserva di legge, va detto che l'ipotizzato conflitto non rappresenta, a ben vedere, un *argumentum* sempre ostativo, potendosene – fatta eccezione per i casi in cui l'ancoraggio a fonti subordinate trascenda il limite dell'apporto tecnico o della concreta individuazione dei dati di fatto sottesi ai profili applicativi – suggerire una lettura volta all'assorbimento dei principali momenti di contrasto: l'esegesi costantemente avallata dalla Consulta³⁶ – che tende a dispiegarne la portata in termini di “elasticità” e di potenziale attitudine al riconoscimento di una legittima intersezione tra norma primaria e fonte *sub*-legislativa³⁷, pur entro il canone della «sufficiente determinatezza della fattispecie di fonte legale», inaugurato con la pronuncia n. 26/1966³⁸ – sospinge, per derivazione, a una valutazione di congruità allo stesso del rinvio eteronomo, purché sia la legge a individuare «presupposti, carattere, contenuto e limiti» del provvedimento dell'autorità amministrativa, «di modo che il precetto penale riceva intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto³⁹».

Di conseguenza, ove il richiamo operato dalla norma incriminatrice alla fonte subordinata abbia vocazione meramente ricognitiva di un *quid* già scolpito in una disposizione di rango primario, tale tecnica è da ritenersi pienamente legittima: si potrebbe, da questa prospettiva, immaginare il caso in cui una fonte *sub*-legislativa chiarisca, senza contravvenire al significato precettivo, le modalità applicative di una cautela già tipizzata da una norma primaria; diversamente, si avrebbe un potenziale *vulnus* del principio nel caso in cui sia demandata al provvedimento dell'autorità amministrativa l'individuazione della regola di diligenza la cui violazione integri la tipicità della fattispecie colposa⁴⁰.

³⁶ In questi termini, V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 1/2010, pp. 84 ss.

³⁷ Come è stato sottolineato, infatti, «il codice puro della riserva assoluta non ha mai fatto davvero breccia: il suo lessico più ortodosso, piuttosto, si è “dialettizzato”, e diluito in formule che per convenzione linguistica potremmo ritenere espressive di una riserva “tendenzialmente assoluta” (un ossimoro definito “imbarazzante”, pur se autorevolmente patrocinato), e che manifestano uno spiccato relativismo *in the facts* perché sono state utilizzate solo in casi rarissimi per argomentare una decisione di illegittimità costituzionale».

Del resto, la Corte Costituzionale sembra accogliere una lettura del principio che «individua il punto archimedeo nel riservare alla legge, oltre che la determinazione della pena, “la sufficiente specificazione del fatto”, ossia la determinazione del “contenuto politico essenziale” del divieto». Sul punto sempre V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale*, cit., pp. 84 ss.

Si rimanda, tra l'altro, in senso esemplificativo, alla pronuncia n. 282/1990 della Corte Costituzionale (in *Foro it.*, 1991, I, pp. 3020 ss., con nota di F. ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*). Cfr., inoltre, M. D'AMICO - I. PELIZZONE, *Riserva di legge ed efficacia nel tempo e nello spazio della norma penale: possibili spazi per “interazioni” tra legge penale e fonti secondarie?*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (25 gennaio 2009), e in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4103-4117.

³⁸ Com'è noto, con la sentenza in questione, la Corte Costituzionale traccia – con riferimento agli spazi di legittima incidenza della fonte secondaria sulla fattispecie incriminatrice – una distinzione tra il versante precettivo e quello sanzionatorio: rispetto al primo, il principio di riserva di legge risulta rispettato quando è una legge dello Stato a fissare con sufficiente specificazione «i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa»; diversamente, rispetto al profilo sanzionatorio, si è ritenuto che la determinazione dei minimi e massimi edittali debba restare esclusivo compito del legislatore statale.

³⁹ In questi termini, C. Cost., 8 luglio 1971, n. 168, ove, relativamente alla questione di legittimità dell'articolo 650 c.p., si affermava che «nel caso dell'art. 650 del codice penale la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall'autorità competente per sussistenti ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene. Spetta al giudice indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini “con sufficiente specificazione” le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento. La riserva di legge è così rispettata e va rilevato, a questo proposito, che a torto si dice che [...] al giudice penale sarebbe preclusa l'indagine sul possibile eccesso di potere da parte dell'autorità che ha emesso il provvedimento. Al contrario la dottrina unanime e la giurisprudenza della Corte di cassazione da un decennio affermano che tale sindacato è doveroso» (*ivi*, punto 1).

⁴⁰ Sul problema della conciliabilità tra la teoria della colpa e la riserva di legge, si veda altresì *infra* par. 6.2.

Così pure – con riferimento al principio di precisione⁴¹ – la misura dello scostamento non sembra potersi individuare attraverso un metodo “atomistico”, essendo, per converso, necessario un riscontro di almeno tre tipi: anzitutto, un’analisi teleologica, che, al di là del singolo elemento di fattispecie preso in considerazione, indaghi lo scopo perseguito dall’incriminazione; in secondo luogo, un raffronto sistematico o «della collocazione ordinamentale»; da ultimo, una ricognizione del diritto vivente in relazione al dato strutturale venuto in questione, non potendosi reputare violato il principio, nel caso in cui la giurisprudenza abbia fornito letture univoche di quanto risulti, di primo acchito, controverso⁴² (proprio quest’ultimo aspetto, tra l’altro, risulta particolarmente significativo, se si considera il ruolo propriamente “creativo” che il *case law* sembra aver assunto nell’ermeneutica di istituti e categorie dogmatiche⁴³).

Ove si versi in ipotesi di colpa specifica, il principio risulta rispettato ogniquale volta la regola cautelare richiamata: a) sia ben identificabile nella sua portata precettiva; b) abbia carattere modale sufficientemente definito; c) contenga dati empiricamente verificabili; d) sia costruita sulla base di generalizzazioni di leggi che siano espressione della migliore conoscenza scientifica, relativa al settore di riferimento.

Il “controllo” di precisione nelle fattispecie colpose, quindi, dovrebbe avere – in linea di massima – contenuto bifasico, tale da dipanarsi, dapprima, in relazione alla norma incriminatrice e, di seguito, con riferimento alla regola cautelare richiamata dal precetto, in modo da consentire, all’esito, una valutazione complessiva, in termini di rispondenza al principio,

⁴¹ Va sottolineato che, secondo la prospettiva adottata in questo scritto, il principio di precisione risulta essere distinto dai principi di tassatività e determinatezza. Secondo la convenzione linguistica utilizzata da una parte della dottrina, infatti, si discorre di “principio di precisione” con riferimento all’esigenza di chiarezza e, appunto, precisione delle norme penali; di “tassatività”, invece, laddove si intenda il divieto di estendere analogicamente la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi in esse espressamente previsti. Al “principio di determinatezza” si riconduce poi propriamente il requisito – di particolare rilievo empirico-criminologico – per cui le norme penali devono prevedere fatti che possano venire provati nel processo attraverso regole di esperienza». Così G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000, p. 152. In senso analogo, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 62 ss., ove si sottolinea che «per mettere al sicuro il cittadino dagli arbitri del potere giudiziario, la riserva di legge, conformemente alla sua matrice storica [...], impone al legislatore un triplice ordine di obblighi: lo vincola a formulare le norme penali nella forma più chiara possibile (principio di precisione), a incriminare solo fatti suscettibili di essere provati nel processo (principio di determinatezza), a imporre al giudice il divieto di estensione analogica delle norme incriminatrici e, a sua volta, a formulare le norme incriminatrici in modo rispettoso del divieto di analogia (principio di tassatività). I principi di precisione, di determinatezza e di tassatività sono dunque parte integrante del principio di legalità e trovano il loro fondamento nell’art. 25 co. 2 Cost.».

A partire dalla celebre pronuncia sul delitto di plagio (C. Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1981, pp. 806 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 1147 ss.), tra l’altro, la Consulta ha dato vita a una lettura dei principi di precisione e determinatezza come suscettibili di creare, da un lato, «vincoli di scienza», dall’altro, «vincoli di realtà», con la conseguenza che il legislatore non solo ha l’onere di formulare precetti che trovino una propria rispondenza nella realtà empirica (il che rende necessario il raccordo con le scienze cognitive e criminologiche), ma che siano anche chiari, dal punto di vista dell’intelligibilità dell’enunciato linguistico, al fine di «evitare arbitri nell’applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale». Si legge, infatti, nella pronuncia in esame, che «onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l’interprete, nel ricondurre un’ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l’impiego di espressioni indicative o di valore [...] e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili [...]».

Su tali temi, si può richiamare, tra le pronunce più recenti, la sentenza della Corte Costituzionale relativa alla questione di legittimità dell’articolo 612-bis c. p., in cui si ribadisce l’orientamento già sedimentato. Con la decisione 11 giugno 2014 n. 172 [in *Giur. Cost.* n. 3/2014, pp. 2738 ss., con nota di F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*], difatti, le espressioni sintetiche (così come le tecniche esemplificative o il riferimento a concetti giuridici diffusi) si riconoscono come legittime [«Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l’ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la “impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l’inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell’incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta”» (punto 4.2)]. Cfr. anche C. Cost. nn. 79/1982, 120/1963, 27/1961, 191/1970, 42/1972; cfr., sul punto, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale* (Diritto penale sostanziale) – *Giurisprudenza sistematica* (aggiornamento settembre 2014), in www.cortecostituzionale.it (sezione *Studi e ricerche*).

Secondo altra impostazione (per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.), nonché secondo il lessico comunemente usato dalla Corte Costituzionale, il canone di tassatività non risulta essere distinguibile da quello di determinatezza, rappresentando entrambi concetti fungibili e compendiabili (in parte) nella nozione di “precisione”.

Sul principio di tassatività – così come comunemente inteso (e non, dunque, come assimilabile al divieto di analogia) –, si vedano: A. FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giur. merito*, n. 1/2008, pp. 279 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 140 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, Vol. I, pp. 31 ss.; F. PALAZZO, *Legge penale* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1993, pp. 346 ss.; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012, e in CASTALDO – DE FRANCESCO – DEL TUFO – MANACORDA – MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, ES – Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 477 – 495.

⁴² Così D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 16.

⁴³ Sul ruolo della giurisprudenza-fonte: V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.; ID., *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, n. 5/2014, pp. 1918 ss.; ID., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. cost.*, n. 5/2012, pp. 3474 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit.

dell'intera fattispecie risultante dall'eterointegrazione.

4.

Compilazioni normative e pretese di completezza. L'attualità del pensiero savigniano.

La tendenza alla pan-regolamentazione è il vizio costitutivo di tutte le codificazioni moderne: è nell'anelito alla completezza che si esprime il loro limite più profondo.

La questione relativa all'opportunità di strumenti riduttivi della complessità⁴⁴ – che si riassume idealmente nella storica disputa tra il *Beruf* savigniano e la prospettiva di Thibaut, espressa nel saggio *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts*⁴⁵ – ha radici risalenti, ma dispiega tuttora una valenza non trascurabile⁴⁶.

La pretesa di trasporre nella norma positiva tutti gli aspetti del divenire fattuale dotati di particolare salienza giuridica – che contraddistingue dapprima il codice, come figura paradigmatica, ma che parimenti riguarda, oggi, tutti quei prodotti della legislazione *post*-moderna che aspirano a porsi come regolamentativi di specifici ambiti – conduce, però, assai spesso, alla colonizzazione di settori che difficilmente si prestano a essere racchiusi entro rigidi schemi di disciplina.

Questo modo di operare – denunciato, nel suo finalismo fuorviante, anche da J.M. Portalis, il quale postulava, per converso, una certa “sobrietà” nell'evoluzione normativa, che fungesse da contrappeso razionalistico alla ipertrofica sovrabbondanza dei “prodotti” della legislazione⁴⁷ – si traduce, il più delle volte, in incongruenze sistemiche che danno vita a dubbi teorico-applicativi notevoli.

Il decreto interministeriale che costituisce l'oggetto della presente analisi si pone perfettamente in linea con questo *trend* e dà luogo a cortocircuiti strutturali di diversa natura.

4.1.

Il «decreto palchi». Ratio e contenuti. Perimetro operativo e proiezioni teleologiche sottese alla disciplina. «Particolari esigenze», tra enfasi regolamentativa e apodissi definitoria.

Allo scopo di plasmare, modificandone dall'interno la fisionomia, il raggio di operatività di talune disposizioni del T.U.S.L., esso interviene sull'articolo 88, comma 2-*bis*, determinandone, di fatto, la portata precettiva, a mezzo del rimando esplicito al contenuto del decreto attuativo⁴⁸.

Su un piano più squisitamente analitico, il provvedimento in esame è scomponibile in al-

⁴⁴ Sul punto, tra gli altri, P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma, Laterza, 2002, pp. 102-138 e P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. CAPPELLINI - B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 11- 68, ove si allude all'idea di codice come modello idealtipico della modernità, che si impone – con modalità quasi assolutistiche – come mezzo di riduzione della complessità delle fonti del diritto.

⁴⁵ Sul punto, ampiamente, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 31-83; F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814 (ed. it. a cura di A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1976, pp. 79-95).

⁴⁶ Per il fatto di essere «anche e soprattutto un'idea» – è stato scritto – «il codice può subire una trasposizione, e dal piano terrestre delle comuni fonti del diritto giungere a incarnare un mito o un simbolo». Esso è, infatti, anzitutto «un atto di rottura con il passato»: non è soltanto un diverso modo di pensare «con respiro e ampiezza la vecchia *ordonnance* reale», ma è soprattutto nuova forma dell'ordine giuridico, istanza di svecchiamento, rinnovato sguardo sulle manifestazioni della giuridicità sedimentate nel tempo. Ampiamente, P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI - B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., p. 579; sul punto, anche ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁴⁷ Si veda J. É. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, vol. I, Osnabrück, Zeller, 1968, pp. 463-523.

⁴⁸ «Le disposizioni di cui al presente Titolo (il Titolo IV, n.d.a.)» – prevede la *littera legis* – «si applicano agli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali e alle manifestazioni fieristiche, tenendo conto delle particolari esigenze connesse allo svolgimento delle relative attività, individuate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della salute, sentita la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, che deve essere adottato entro il 31 dicembre 2013». Letteralmente, esso individua «ex articolo 88, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 81/2008, così come modificato dalla Legge n. 98/2013 di conversione del D.L. n. 69/2013, le disposizioni che si applicano “agli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali e alle manifestazioni fieristiche tenendo conto delle particolari esigenze connesse allo svolgimento delle relative attività”». Le «particolari esigenze» cui si allude sono elencate dall'articolo 2 del medesimo decreto. Sul punto, si veda anche *retro*, par. 2.

meno tre nuclei tematici, il primo dei quali, relativo all'ambito operativo dello stesso, crea, già a monte, interpretazioni malsicure.

L'articolo 1 chiarisce, infatti – come già rilevato⁴⁹ –, che «le disposizioni di cui al Capo I [...] si applicano, ai fini della tutela [...] della sicurezza dei lavoratori, alle attività di montaggio e smontaggio di opere temporanee, compreso il loro allestimento e disallestimento, con impianti audio, luci e scenotecnici, realizzati per spettacoli musicali, cinematografici, teatrali e di intrattenimento», con le esclusioni di cui al successivo comma terzo⁵⁰, senza, tuttavia, specificare il corretto significato da attribuire alla nozione di «opere temporanee», che – costituendo il presupposto di base per l'operatività della disciplina – avrebbe certamente meritato una maggiore attenzione definitoria.

«Per logica» – è stato scritto – la cifra essenziale che connota la categoria dovrebbe identificarsi con la «durata», la «vita utile dell'opera», così da ritenere «temporanea» quella struttura destinata ad avere una persistenza transeunte, che si estende cronologicamente per il solo tempo necessario alla realizzazione dell'evento, laddove, invece, il carattere di permanenza si connette all'idea di stabilità, sia come fissità nello spazio, sia come continuità non comprimibile in «scadenze» *ex ante* codificate. Una prospettiva di questo tipo – legata al significato più immediato dei termini contenuti nella disposizione – non esclude, tuttavia, la presenza di zone grigie difficilmente classificabili all'interno di questo o quell'apparato categoriale: sarebbe – esemplificando – legittimo domandarsi se «un palco allestito per un'intera stagione di eventi [...] sia un'opera temporanea o un'opera permanente⁵¹». La difficoltà di risposta all'interrogativo fa intuire la precarietà del criterio di distinzione, che risulta – già in via di prima approssimazione – inadatto a espletare una funzione di reale *discrimen* a fronte delle situazioni più complesse.

Il secondo nucleo, poi, tematizza la *ratio* del decreto, identificabile con quelle «particolari esigenze», cui pure si è accennato, indicizzate nell'articolo 2⁵². Non tutte le circostanze riportate nella disposizione sembrano, però – fatta eccezione per quanto previsto dalle lettere c), d), f) –, esprimere caratteristiche davvero peculiari del settore di riferimento, che legittimano il ricorso a un regime *extra ordinem*⁵³. Soltanto la necessità di ultimare i lavori in un arco di tempo ristretto, in effetti, è carattere designante peculiarità proprie ed esclusive dell'ambito in questione, di cui difettano, invece, altre tipologie di attività⁵⁴. Analogamente dotata di potenziale caratterizzante è la condizione *sub* c), relativa alla «frequente presenza di imprese e lavoratori di diverse nazionalità», provenienti da paesi ove la gestione delle competenze e le procedure di lavoro sono differenti e difficilmente coordinabili⁵⁵. Solo a livello paradigmatico, può proporsi il caso della «marchiatura dei D.P.I.⁵⁶ (che, per le ditte extra-europee, non pre-

⁴⁹ *Retro*, par. 2.

⁵⁰ In particolare, le esclusioni previste riguardano, testualmente, le attività: «a) che si svolgono al di fuori delle fasi di montaggio e smontaggio di opere temporanee di cui al comma precedente; b) di montaggio e smontaggio di pedane di altezza fino ai 2 m rispetto a un piano stabile, non connesse ad altre strutture o supportanti altre strutture; c) di montaggio e di smontaggio di travi, sistemi di travi o graticci sospesi a stativi o a torri con sollevamento manuale o motorizzato, il cui montaggio avviene al suolo o sul piano del palco e la cui altezza finale rispetto a un piano stabile, misurata all'estradosso, non superi 6 metri nel caso di stativi e 8 m nel caso di torri; d) di montaggio e smontaggio delle opere temporanee prefabbricate, realizzate con elementi prodotti da un unico fabbricante, montato secondo le indicazioni, le configurazioni e i carichi massimi, previsti dallo stesso, la cui altezza complessiva rispetto a un piano stabile, compresi gli elementi di copertura direttamente collegati alla struttura di appoggio, non superi 7 m» (*ivi*, articolo 1, co. 3).

⁵¹ Così E. DEL SANTO - M. MICHELAZZO, *Il "decreto palchi" nella realtà operativa: gli interrogativi dei tecnici*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, n. 11/2014, p. 514.

⁵² In particolare, le «esigenze» cui il testo normativo fa riferimento sono le seguenti: «a) compresenza di più imprese esecutrici nelle aree di lavoro, con permanenza di durata variabile; b) compresenza di un elevato numero di lavoratori, autonomi o dipendenti, nelle aree di lavoro, con permanenza di durata variabile e con svolgimento di mansioni diverse tra loro; c) frequente presenza di imprese e lavoratori di diverse nazionalità nelle aree di lavoro; d) necessità di completamento dei lavori in tempi brevi, compatibili con lo svolgimento programmato degli spettacoli; e) necessità di realizzazione dei lavori in spazi ristretti; f) possibilità di operare in contesti caratterizzati da vincoli architettonici o ambientali; g) rischi derivanti dalle condizioni meteorologiche e ambientali in relazione alle attività da svolgersi in luoghi aperti» (*ivi*, articolo 2).

⁵³ Sul punto, diffusamente, P. SOPRANI, *Il "decreto palchi e fiere": un ulteriore pasticcio normativo*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, n. 11/2014, pp. 509 ss. Per una disamina del provvedimento, soprattutto nella realtà operativa: E. DEL SANTO - M. MICHELAZZO, *Allestimento di palchi per spettacoli: le esperienze dei tecnici*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, n. 11/2014, pp. 539 ss.; E. DEL SANTO - M. MICHELAZZO, *Il "decreto palchi" nella realtà operativa*, cit., pp. 513 ss.; A. BISIGNANO, *Il conflitto di interessi tra l'ente e il legale rappresentante imputato*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, n. 11/2014, pp. 523 ss.

⁵⁴ «La realizzazione di un evento» – si è sottolineato – «comporta l'installazione e disinstallazione di opere, talvolta più complesse di quelle necessarie» per la costruzione «di un fabbricato di civile abitazione, in tempi che vanno dalle due o tre giornate precedenti all'evento [...] a durate anche minori»: accade spesso, perciò, che gli installatori svolgano attività notturna e «riposino per il solo tempo dello spettacolo». Così E. DEL SANTO - M. MICHELAZZO, op. ult. cit., p. 513.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 513.

⁵⁶ Letteralmente: «dispositivi di protezione individuale».

sentano il marchio “CE” [...]), o della certificazione della professionalità degli impiantisti⁵⁷».

Sul piano preliminare della perimetrazione dell'area attuativa e della *ratio* ispiratrice, il provvedimento tradisce una certa (problematica) disattenzione verso taluni aspetti (dall'apodissi delle definizioni – di cui si è detto –, alla non piena giustificazione sul piano teleologico), che – unendosi alle perplessità connesse alla legittimazione di una fonte di rango secondario a delineare, di fatto, il contenuto del precetto (aspetto, questo, di cui a breve si tratterà) – non possono che alimentare uno scetticismo esegetico già in fase di prima lettura.

La parziale equivocità del dato normativo non è, del resto, passata inosservata, tant'è che, lo scorso 24 dicembre 2014, la circolare n. 35 del Ministero del Lavoro ha provveduto – ancora, con notevoli mancanze, ma in una prospettiva di miglioramento rispetto a quanto in precedenza statuito – a fornire più concretamente le «istruzioni operative e tecnico-organizzative per l'allestimento e la gestione delle opere temporanee e delle attrezzature da impiegare nella produzione e realizzazione di spettacoli musicali, cinematografici, teatrali e di manifestazioni fieristiche alla luce del Decreto Interministeriale 22 luglio 2014⁵⁸».

Il provvedimento interviene su diversi profili: con riferimento all'ambito di applicazione opera una serie di correzioni, riservando uno spazio esplicativo (non del tutto appagante, ma certamente più idoneo) a concetti-chiave, quali quelli di “cantiere”, “committenza” e “opera temporanea”, la cui ellissi di significato aveva, dapprima, dato luogo alle perplessità sopra evidenziate.

In relazione alle “opere temporanee”, ad esempio, è stato chiarito che rientrano nella categoria quelle strutture mobili dotate dei caratteri di modularità, montabilità/smontabilità, trasportabilità, reimpiegabilità e che risultino «formate da un complesso di elementi prefabbricati collegati tra loro, ciascuno destinato a una particolare funzione e tutti insieme collegati in vista di una funzionalità specifica».

Non risolutivo – e, se si vuole, tautologico – appare, invece, il ragguaglio rispetto alle «particolari esigenze», dal momento che il provvedimento si limita a rimarcare il ruolo fondamentale, omettendo, però, ancora una volta, la necessaria digressione esplicativa in ordine al prevalere delle stesse sulle istanze di tutela degli operatori⁵⁹.

4.2. *Aspetti dinamico-operativi. Gli articoli 3 e 4 del decreto interministeriale.*

Quanto ai profili regolamentativi delle procedure di lavoro – che, in questa sede, più da vicino interessano – il contenuto degli articoli 3 e 4 del decreto in questione appare – nonostante i correttivi apportati dalla circolare cui si è fatto cenno – inadeguato. In prima battuta, infatti, si rendono necessarie talune osservazioni in ordine ai ritagli applicativi che, con “sforbiciate” che potrebbero dirsi maldestre, sono stati operati sui Capi I e II (Titolo IV) del T.U.S.L.⁶⁰

⁵⁷ *Ibidem*, p. 513.

⁵⁸ In particolare, la circolare ha lo scopo di chiarire alcuni aspetti in ordine all'applicazione del decreto e fornisce, secondo la progressione tematica del provvedimento al quale si riferisce, delucidazioni rispetto: a) al raggio operativo del decreto; b) alle particolari esigenze al cui soddisfacimento la disciplina è volta; c) alla puntualizzazione terminologica e definitoria rispetto alle nozioni di “cantiere”, “opere temporanee”, “committente”; d) al luogo o al sito in cui deve svolgersi lo spettacolo, per rientrare nella disciplina *de qua*; e) alle misure preventive, con specifico riferimento alla valutazione di idoneità delle imprese, ai contenuti minimi dei piani di sicurezza, ai lavori in quota; f) alla formazione dei lavoratori.

Tra l'altro, il fatto che tali correttivi siano contenuti in una circolare amministrativa acuisce ulteriormente il problema della frizione con il principio della riserva di legge (sul rapporto tra fonti subordinate e riserva di legge, in relazione alle peculiarità dell'illecito colposo, si veda *infra*, par. 6.2).

⁵⁹ Letteralmente, al punto 2 della circolare, può leggersi che «L'articolo 2 del DI elenca le particolari esigenze che caratterizzano le attività di montaggio e smontaggio delle OT. Esigenze che hanno condotto all'emanazione dello stesso DI ai fini dell'applicabilità del titolo IV del d.lgs. n. 81 del 2008».

⁶⁰ Vale la pena accennare alle problematiche relative, già a monte, agli ulteriori profili definitori. Anzitutto, la nozione di “committente” – che l'articolo 3, comma 1, lettera b) inquadra come «il soggetto che ha la titolarità e che esercita i poteri decisionali e di spesa, per conto del quale vengono realizzate le attività di cui all'articolo 1, comma 2, indipendentemente da eventuali frazionamenti della loro realizzazione» – è completamente insensibile alla distinzione tra committenza formale e committenza sostanziale e, dunque, in primo luogo «mal si adatta a tutte le realtà nelle quali il committente è una persona giuridica o un Ente territoriale»; *in secundis*, l'accostamento tra il requisito dell'interesse alla realizzazione dell'opera con quello della titolarità dell'esercizio dei poteri decisionali e di spesa «restringe immotivatamente il contesto definitorio rispetto alla disciplina generale, e presenta gli stessi limiti della “vecchia” definizione di datore di lavoro contenuta nel testo originario dell'art. 2, comma 1, lett. d) del D. lgs. n. 626/1994». Sul punto, più diffusamente, P. SOPRANI, *Il “decreto palchi e fiere”*, cit., pp. 510-511.

La lettera d) dell'articolo 3 D.I.⁶¹ statuisce che «il committente o il responsabile dei lavori ai fini dell'articolo 90, comma 2 del d. lgs. n. 81 del 2008, prende in considerazione unicamente il documento di cui all'articolo 91, comma 1, lettera a) [...]»⁶²: si avrà, dunque, che, secondo la disciplina ordinaria, il committente è tenuto a redigere non solo il piano di sicurezza e di coordinamento, ma anche – al fine di implementare i livelli di protezione degli operatori – un fascicolo «adattato alle caratteristiche dell'opera [...] contenente le informazioni utili ai fini della prevenzione e della protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori [...]»; invece, alla stregua delle nuove previsioni, il secondo documento non deve essere prodotto e l'obbligo del committente è circoscritto al primo⁶³, con un sensibile restringimento dei canoni di sicurezza rispetto a quanto sancito dall'articolo 90 del Testo Unico.

Non meno insoddisfacente nella formulazione appare il dettato della lettera f), ove l'elemento più eclatante di difformità del «nuovo» rispetto all'«antico» è rappresentato dalla prevista mancata applicazione di quanto statuito dalle lettere b) e c) dell'articolo 90, comma 9, del d. lgs. n. 81/2008⁶⁴ – le quali prescrivono una serie corposa di attività volte alla verifica dell'idoneità tecnico-professionale delle imprese affidatarie – e dalla (modulata) estensione operativa della sola lettera a)⁶⁵, con una rinnovata perimetrazione, in senso limitativo, di quanto posto a carico del committente e del responsabile dei lavori: è, quindi, sufficiente che questi ultimi acquisiscano «il certificato d'iscrizione alla camera di commercio e il documento unico di regolarità contributiva, corredato da autocertificazione in ordine al possesso degli altri requisiti previsti dall'allegato XVII del d.lgs. n. 81 del 2008».

In definitiva, può affermarsi che la perimetrazione dei precetti considerati funzionali ai fini di tutela di cui si è detto non sia indice di razionalità selettiva e che, anzi, le ragioni poste alla base della deroga sembrano ispirate a un'esigenza di compressione dei tempi per la realizzazione delle strutture, cui corrisponde un considerevole arretramento dello *standard* di protezione, proprio a fronte di contesti che, per converso, ne avrebbero richiesto – a beneficio della sicurezza degli operatori coinvolti nelle procedure di lavoro – un sensibile innalzamento.

Tale impianto non è, tra l'altro, una monade nella geografia del provvedimento e plasma,

⁶¹ Letteralmente, «decreto interministeriale».

⁶² Articolo 3, comma 1, lettera d), D. I. 22 luglio 2014, cit.

⁶³ L'articolo 90, comma 2, del d. lgs. n. 81/2008 stabilisce, infatti, che «Il committente o il responsabile dei lavori, nella fase della progettazione dell'opera, prende in considerazione i documenti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e b)», ove le lettere a) e b) dell'articolo 91 sanciscono che «Durante la progettazione dell'opera e comunque prima della richiesta di presentazione delle offerte, il coordinatore per la progettazione: a) redige il piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'articolo 100, comma 1, i cui contenuti sono dettagliatamente specificati nell'allegato XV; b) predispone un fascicolo adattato alle caratteristiche dell'opera, i cui contenuti sono definiti all'allegato XVI, contenente le informazioni utili ai fini della prevenzione e della protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, tenendo conto delle specifiche norme di buona tecnica e dell'allegato II al documento UE 26 maggio 1993. Il fascicolo non è predisposto nel caso di lavori di manutenzione ordinaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al d. p. r. 6 giugno 2001, n. 380 (lettera così modificata dall'art. 60 del d.lgs. n. 106 del 2009)».

⁶⁴ Lettere che, segnatamente, prevedono che il committente (o il responsabile dei lavori) «b) chiede alle imprese esecutrici una dichiarazione dell'organico medio annuo, distinto per qualifica, corredata dagli estremi delle denunce dei lavoratori effettuate all'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), all'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro (INAIL) e alle casse edili, nonché una dichiarazione relativa al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, applicato ai lavoratori dipendenti. Nei cantieri la cui entità presunta è inferiore a 200 uomini-giorno e i cui lavori non comportano rischi particolari di cui all'allegato XI, il requisito di cui al periodo che precede si considera soddisfatto mediante presentazione da parte delle imprese del documento unico di regolarità contributiva e dell'autocertificazione relativa al contratto collettivo applicato; c) trasmette all'amministrazione concedente, prima dell'inizio dei lavori oggetto del permesso di costruire o della denuncia di inizio attività, copia della notifica preliminare di cui all'articolo 99, il documento unico di regolarità contributiva delle imprese e dei lavoratori autonomi, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 16-bis, comma 10, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e una dichiarazione attestante l'avvenuta verifica della ulteriore documentazione di cui alle lettere a) e b)».

⁶⁵ La lettera a) dispone che il committente (o il responsabile dei lavori) «verifica l'idoneità tecnico-professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare, con le modalità di cui all'allegato XVII» [i.e., secondo quanto previsto dallo stesso allegato: «Ai fini della verifica dell'idoneità tecnico professionale, le imprese, le imprese esecutrici nonché le imprese affidatarie, ove utilizzino anche proprio personale, macchine o attrezzature per l'esecuzione dell'opera appaltata, dovranno esibire al committente o al responsabile dei lavori almeno: a) iscrizione alla camera di commercio, industria ed artigianato con oggetto sociale inerente alla tipologia dell'appalto; b) documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a) o autocertificazione di cui all'articolo 29, comma 5, del presente decreto legislativo; c) documento unico di regolarità contributiva di cui al Decreto Ministeriale 24 ottobre 2007; d) dichiarazione di non essere oggetto di provvedimenti di sospensione o interdittivi di cui all'art. 14 del presente decreto legislativo»].

Inoltre, la lettera a), comma 9, dell'articolo 90 stabilisce che «Nei cantieri la cui entità presunta è inferiore a 200 uomini-giorno e i cui lavori non comportano rischi particolari di cui all'allegato XI, il requisito di cui al periodo che precede si considera soddisfatto mediante presentazione da parte delle imprese e dei lavoratori autonomi del certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria e artigianato e del documento unico di regolarità contributiva, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 16-bis, comma 10, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, corredato da autocertificazione in ordine al possesso degli altri requisiti previsti dall'allegato XVII».

analogamente, la previsione di cui alla lettera h)⁶⁶ dell'articolo 3, la quale disegna, attraverso il rimando alle previsioni dell'allegato III⁶⁷, i contenuti minimi del P.O.S. e del P.S.C.⁶⁸, sfrondandone avventatamente la portata⁶⁹: questi ultimi – letteralmente: piano operativo di sicurezza e piano di sicurezza e coordinamento – sono documenti che vanno redatti in un momento anteriore all'avvio delle attività cantieristiche, al fine di compiere una valutazione dei rischi connessi alle attività stesse e di garantire l'adozione delle più efficaci misure protettive a favore dei lavoratori; ben si comprende, allora, quanto una retrocessione dello *standard* di protezione derivante da un depauperamento del contenuto degli stessi possa essere rischioso⁷⁰.

È doveroso rammentare, poi, che, in un senso concettualmente omogeneo, l'articolo 4, relativo all'applicabilità del Capo II, Titolo IV, del d. lgs. n. 81/2008, elimina il necessario ricorso, nella costruzione delle O.T.⁷¹, a strutture d'ausilio distinte dall'opera stessa – quali ponteggi, impalcature o similari⁷² –, diversamente da quanto può leggersi nell'articolo 122 del T.U.S.L., secondo cui, nei lavori in quota, «devono essere adottate, seguendo lo sviluppo dei lavori stessi [...], idonee opere provvisoriale o, comunque, precauzioni atte ad eliminare i pericoli di caduta di persone e di cose [...]». Quest'ultimo profilo, tra l'altro, è stato oggetto di attenzione nella circolare n. 35, di cui si è in precedenza discusso, ove – prendendosi, probabilmente, atto dell'inadeguatezza delle previsioni – si specifica che i lavori possono essere svolti senza l'ausilio di strutture ulteriori – con l'utilizzo di D.P.I., nonché di sistemi di posizionamento e accesso mediante funi – solo se ciò non inficia la sicurezza degli operatori e, comunque, purché nella «documentazione di progetto della O.T., contestualmente all'esplicitazione delle procedure di lavoro, vengano individuati i punti di ancoraggio» che consentono il corretto utilizzo delle attrezzature di cui sopra.

In conclusione, deve, però, dirsi che l'unico aspetto prescrittivo del decreto che può benevolmente accogliersi è rappresentato dall'insistenza sugli obblighi di formazione – ai quali i soggetti responsabili devono ottemperare, predisponendo gli opportuni sistemi istruttivi – al fine di garantire una maggiore perizia dei lavoratori nell'espletamento delle attività che sono chiamati a svolgere: profilo, questo, che ritorna, a più riprese, nel dettato dell'articolo 4, lettere b) e c), e la cui cogenza si ripropone con enfasi anche nella circolare esplicativa.

Ciò posto, resta da chiarire – come acquisizione necessaria al prosieguo della trattazione –

⁶⁶ Si legge, infatti, nel testo normativo, che «Ai fini degli articoli 89, comma 1, lettera h) e 91, comma 1, lettera a) del d. lgs. n. 81 del 2008, i contenuti minimi, rispettivamente, del piano operativo di sicurezza e del piano di sicurezza e di coordinamento sono definiti dall'allegato III».

⁶⁷ Il quale, segnatamente, statuisce che «Per le particolari esigenze connesse alle attività di cui all'articolo 1, comma 2, i contenuti minimi dell'allegato XV.1 del d. lgs. n. 81 del 2008 tengono conto che trovano applicazione le seguenti caratterizzazioni: a) il punto 1. è sostituito con il seguente: 1. gli apprestamenti comprendono: ponteggi; trabattelli; parapetti; passerelle; gabinetti; locali per lavarsi; spogliatoi; refettori; locali di ricovero e di riposo; recinzioni di cantiere.

b) Il punto 2. è sostituito con il seguente: 2. le attrezzature comprendono: autogrù; argani; elevatori; impianti elettrici di cantiere; impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche; impianti antincendio; impianti di adduzione di acqua, gas ed energia di qualsiasi tipo».

⁶⁸ Per fornire la misura del grado di specificità del contenuto di tali documenti nella disciplina ordinaria, basti rammentare che, alla stregua di quanto previsto dal d. lgs. n. 81/2008, il P.O.S. deve necessariamente riportare: «A) i dati identificativi dell'impresa esecutrice, che comprendono: 1) il nominativo del datore di lavoro, gli indirizzi ed i riferimenti telefonici della sede legale e degli uffici di cantiere; 2) la specifica attività e le singole lavorazioni svolte in cantiere dall'impresa esecutrice e dai lavoratori autonomi subaffidatari; 3) i nominativi degli addetti al pronto soccorso, antincendio ed evacuazione dei lavoratori e, comunque, alla gestione delle emergenze in cantiere, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, aziendale o territoriale, ove eletto o designato; 4) il nominativo e riferimenti di contatto del medico competente ove previsto; 5) il nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione; 6) i nominativi del direttore tecnico di cantiere e del capocantiere; 7) il numero e le relative qualifiche dei lavoratori dipendenti dell'impresa esecutrice e dei lavoratori autonomi operanti in cantiere per conto della stessa impresa. B) Le specifiche mansioni, inerenti alla sicurezza, svolte in cantiere da ogni figura nominata allo scopo dall'impresa esecutrice. C) La descrizione dell'attività di cantiere, delle modalità organizzative e dei turni di lavoro. D) L'elenco dei ponteggi, dei ponti su ruote a torre e di altre opere provvisoriale di notevole importanza, delle macchine e degli impianti utilizzati nel cantiere ed ove chiaramente specificato i relativi certificati. E) L'elenco delle sostanze e preparati pericolosi utilizzati nel cantiere con le relative schede di sicurezza ed il metodo di stoccaggio in cantiere incluso il piano di sicurezza e protezione specifico. F) L'esito del rapporto di valutazione del rumore. G) L'individuazione delle misure preventive e protettive, integrative rispetto a quelle contenute nel PSC quando previsto, adottate in relazione ai rischi connessi alle proprie lavorazioni in cantiere. H) Le procedure complementari e di dettaglio, richieste dal PSC quando previsto. I) L'elenco dei dispositivi di protezione individuale forniti ai lavoratori occupati in cantiere. L) La documentazione in merito all'informazione ed alla formazione fornite ai lavoratori occupati in cantiere. M) La stima dei costi relativi alla sicurezza».

⁶⁹ La circolare n. 35 del 24 dicembre 2014, di cui si è detto, definisce «semplificato» il modello contenutistico riferibile al P.O.S. e al P.S.C. nelle attività oggetto di regolamentazione da parte del decreto.

⁷⁰ Diversamente da quanto statuito dal «decreto palchi», infatti, l'articolo 89, comma 1, del d. lgs. n. 81/2008 definisce il piano operativo di sicurezza come «il documento che il datore di lavoro dell'impresa esecutrice redige, in riferimento al singolo cantiere interessato, ai sensi dell'articolo 17 comma 1, lettera a), i cui contenuti sono riportati nell'allegato XV».

Sul punto, si veda sempre P. SOPRANI, *Il "decreto palchi e fiere"*, cit., p. 511.

⁷¹ Letteralmente: «opere temporanee».

⁷² Segnatamente, la lettera a) dell'articolo 4 sancisce che «ai fini degli articoli 111 e 122 del d. lgs. n. 81 del 2008, la costruzione delle opere temporanee può essere effettuata senza l'impiego di opere provvisoriale distinte quando le opere temporanee costituiscono idoneo sostegno per i lavoratori».

quale sia la classificazione dogmatica da attribuire alle disposizioni richiamate.

Le norme contenute nel «decreto palchi» – pur limitandosi a circoscrivere il campo applicativo di quanto già stabilito dalle cautele del T.U.S.L. – hanno, cioè, natura cautelare (con il nutrito corredo di conseguenze che un siffatto inquadramento comporta), oppure no?

4.3.

Conseguenze della separazione tra forma e sostanza. Le disposizioni in esame come regole a contenuto (materialmente) cautelare dotate di (una formalmente ingiustificata) attitudine integrativa del precetto.

Si è detto, nei paragrafi precedenti⁷³, che le regole cautelari concorrono a fondare la dimensione oggettiva dal fatto colposo, ponendosi quali componenti descrittive delle modalità di realizzazione dell'evento e attribuendo precise cadenze connotative alla condotta tipica – nel senso, sopra specificato, che essa deve atteggiarsi quale comportamento inosservante di un dovere prudenziale – e che, per questo tramite, partecipano del complessivo significato di disvalore dell'illecito.

«Strutturalmente», dunque – giova ribadirlo –, le cautele rappresentano «il materiale precettivo di riempimento della tipicità⁷⁴».

È stato affermato che regole di questo tipo rilevano, nel loro significato puro e primigenio, come meri «suggerimenti (o consigli) tecnici, relativi, cioè, ai “mezzi da usarsi per conseguire un certo fine”»: vale a dire come «istruzioni per l'uso», che «negli studi di logica deontica [...]» si predilige definire in termini di «norme tecniche o di direttive, sottolineando così la loro fondazione su proposizioni anancastiche, ovvero enunciative di “un asserto che dica che qualcosa è (o non è) una condizione necessaria di qualcos'altro⁷⁵».

Esse si caricano, poi – traslando sul piano giuridico dell'illecito colposo –, di un vigore prescrittivo maggiore e divengono, nell'ambito delle attività pericolose lecite, vere e proprie «pretese di comportamento», con lo scopo di consentire, sì, l'espletamento dell'attività, ma vincolandola alla necessaria osservanza di obblighi volti al contenimento del rischio in ordine alla verifica di fatti lesivi.

«L'istruzione per l'uso», in altri termini, «da mera direttiva, viene elevata a prescrizione».

Con l'espressione “regola cautelare”, quindi, s'intende designare un «contenuto regolativo [...] con efficacia preventiva⁷⁶», che è concettualmente distinto dalle mere “norme di dovere”, le quali – non *cautelari* in senso tecnico, giacché volte a individuare i destinatari della regola di condotta – hanno vocazione «prodromica, strutturale e dinamica di *meta*-norme⁷⁷», determinando «posizioni di obbligo» e non modalità comportamentali⁷⁸.

Sulla base dell'analisi fin qui condotta, può dirsi che il provvedimento in questione annoveri, agli articoli 3 e 4, un catalogo di imperativi cautelari, che, pur nel raccordo contenutistico con disposizioni già esistenti – sulle quali si operano i vistosi ritagli di cui si è detto –, perseguono, nondimeno, scopi preventivi ultronei, mirando a ridurre la possibilità di concretizzazione di rischi *distinti* (vale a dire: crollo di palchi e strutture assimilabili, con conseguente danno agli operatori coinvolti) da quelli che avevano ispirato la redazione delle cautele del T.U.S.L.

Si tratta, nello specifico, di regole di condotta che potrebbero definirsi «improprie», se non fosse che al carattere, per così dire, “derivato” del contenuto precettivo, si accosta l'“originalità” del fine di prevenzione, non esaurendosi la funzione loro ascrivibile su di un piano meramente organizzativo-ordinatorio⁷⁹: la *ratio* è *anche* – ma *non soltanto* – di coordinamento, poiché esse giungono a modellare la fisionomia della normativa generale in relazione alle peculiari esigenze delle attività oggetto di considerazione normativa, incidendo, con ciò, sulla descrizione obiettiva del fatto (meno, sulla sua portata assiologica).

Se ciò è vero, la risposta al quesito innanzi posto non può che essere affermativa, ancorché

⁷³ *Retro*, paragrafi 3 e 3.1.

⁷⁴ In questi termini, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 154.

⁷⁵ In questi termini, F. GIUNTA, *La normatività*, cit., pp. 1-2.

⁷⁶ Così, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 184-187.

⁷⁷ In questi termini, D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., p. 185.

⁷⁸ Sul punto, *amplius*, D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., pp. 185 ss.

⁷⁹ Sul concetto di «regole cautelari improprie» si veda *infra*, par. 5.

– lo si anticipa per chiarezza –, l'effetto d'integrazione che, di fatto, si produce risulti caratterizzato da vistosi tratti di illegittimità, per via dello iato esistente tra la *sostanza* marcatamente *cautelare* e la *forma* (*rectius*: il rango) delle disposizioni, che – non limitandosi a un apporto di carattere solo tecnico-specialistico – sarebbero inadeguate a dispiegare un'attitudine integrativa della struttura e del nucleo di illiceità del precetto (questione, questa, che condurrebbe a conseguenze analoghe – delle quali più avanti si discorrerà – per la colpa generica, ove la cautela è di fonte sociale⁸⁰).

4.4.

La qualificazione del novum come evoluzione normativa più favorevole nei confronti dei committenti e dei responsabili dei lavori. Alcune conseguenze sul piano fattuale.

È – notoriamente – previsione normativa “più favorevole” quella che attiene alla valutazione in concreto delle disposizioni succedutesi, all'esito di una comparazione non solo astratta, ma condotta in base a un raffronto «dei risultati che deriverebbero dall'effettiva applicazione di ciascuna di esse alla fattispecie sottoposta all'esame del giudice⁸¹».

Se ciò è vero, deve dedursi che la nuova disciplina contenga norme di maggior favore per il committente e il responsabile dei lavori, i quali risultano gravati da obblighi che – applicando la normativa generale – sarebbero senz'altro più onerosi, come in precedenza si è avuto modo di osservare.

Indirettamente (*i.e.*: a mezzo dell'ancoraggio di tipicità alla violazione delle norme prudenziali proprie del settore di riferimento, che caratterizza la struttura degli illeciti colposi⁸²), i nuovi modelli di condotte osservanti descritte dal testo normativo producono un effetto restrittivo sull'estensione dell'area di rilevanza penale, falcidiandone interi “blocchi” di illiceità⁸³.

Tale circostanza – se le disposizioni del decreto ministeriale fossero da inquadrarsi come rientranti nello spettro applicativo dell'articolo 2 c.p., alla stregua di modifiche mediate della fattispecie – darebbe luogo a conseguenze significative per ciò che concerne il regime intertemporale di operatività dello stesso, rispetto alle ipotesi di illeciti colposi verificatisi prima della sua emanazione, per la specifica area di attività interessata dalla *novatio*.

Può darsi, in senso paradigmatico, il caso di un addebito *ex* articolo 590 c.p., la cui contestazione sia fondata sulla mancata predisposizione, da parte del committente, del piano di sicurezza e di coordinamento, secondo le indicazioni contenutistiche prescritte dal T.U.S.L., per la realizzazione di una struttura (un palco, ad esempio) che, alla stregua della disciplina succedanea, rientrerebbe nel *genus* di “opera temporanea”.

Il mutamento *medio tempore* intervenuto, che snellisce sensibilmente, come prima specificato, il contenuto del documento, potrebbe operare retroattivamente – in quanto mutamento

⁸⁰ *Infra*, par. 6.2.

⁸¹ Così P. PATRONO, *sub art. 2*, in A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2013, pp. 15 ss. [la pronuncia richiamata è C. Cass., sez. I pen., 2 ottobre 2003 (dep. 28 ottobre 2003), n. 40915]; nello stesso senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., *sub art. 2*, pp. 68-69; così pure E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, Ipsoa, 2011, *sub art. 2*, pp. 108 ss., ove si sottolinea che «Legge più favorevole agli effetti della disposizione in esame è quella dalla cui applicazione derivano al reo conseguenze giuridiche meno gravose».

⁸² Vedasi *retro* (paragrafi 3 e 3.1).

⁸³ Un esito analogo, dunque, a quello di un'abolitio *criminis*, paragonabile a quanto accaduto con l'introduzione dell'articolo 3 L. n. 189/2012 [per tutti, si veda il *leading case* C. Cass., sez. IV pen., 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n. 4/2013, pp. 99 ss., con nota di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*; *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2013, con commento di G.L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*; in *Cass. pen.*, n. 9/2013, pp. 2999 ss. con nota di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*; in *Cass. pen.*, n. 5/2014, pp. 1670 ss., con nota di S. GROSSO, *Grado della colpa e linee guida: una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*] e a quanto sta ora accadendo in tema di falso valutativo (sul punto, si veda la sentenza C. Cass., sez. V pen., ud. 12 novembre 2015, Pres. Nappi, Rel. Bruno, ric. Giovagnoli, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016, con nota di F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, che si pone in netto contrasto con il precedente orientamento espresso dalla pronuncia C. Cass., sez. V pen., 30 luglio 2015, n. 33774, Pres. Alberti, Rel. Miccoli, Imp. Crespi, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2211 ss., con nota di F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2015, pp. 1498 ss., con nota di S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*; sul tema, da ultimo, C. Cass., SS. UU. pen, 31 marzo 2016 (dep. 27 maggio 2016), n. 22474, Pres. Canzio, Rel. Fumo, Ric. Passarelli, in *Dir. pen. cont.*, 1 aprile 2016, informazione provvisoria, *Le Sezioni Unite confermano la persistente rilevanza penale del falso c.d. valutativo*; in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016, *Depositata la sentenza delle Sezioni Unite sulle false comunicazioni sociali*; in *Cass. pen.*, nn. 7-8/2016, pp. 2790 ss., con nota di F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle sezioni unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*).

in melius incidente sul precetto – riconducendo, se del caso, a liceità la condotta dell'agente⁸⁴?

5.

Avvicendamento di regole cautelari e traversie dell'intertemporalità.

Sono due i modi per rispondere al quesito appena posto.

Il primo, ideale e generalizzante, conduce sillogisticamente ad affermare che, sì, le nuove prescrizioni, in quanto regole cautelari, integrano il precetto e sono, per l'effetto, inglobate nelle vicende intertemporali (ivi compresa la retroazione *in mitius*) che interessano quest'ultimo.

Il secondo, per contro, nega la soluzione in prima battuta proposta, all'esito di una più attenta lettura delle specificità ascrivibili al caso oggetto di analisi e, cioè, in forza della ritenuta inadeguatezza di una fonte regolamentare a espletare sul divieto penale un contributo che travalichi il limite della specificazione tecnica e che si ponga come con-costitutivo dell'illiceità del comportamento.

Per sgomberare il campo da equivoci, però, giova chiarire che la prospettiva adottata in questo scritto non muove da una modulabilità del problema relativo ai rapporti tra regole cautelari e successione di leggi in base alla tipologia di norma prudenziale disattesa e che, quindi, riconosce uno spazio di legittima incidenza alle norme che, con terminologia variabile – ma con valenza euristica più o meno assimilabile –, possono qualificarsi “proprie”, “innovative” o “di merito”⁸⁵.

Nel tentativo di approntare una soluzione più *tranchant*, si potrebbe ricorrere alla distinzione tra un piano formale – di struttura esteriore del divieto – e un piano più cangiante, dinamico, connesso al suo significato di disvalore.

Rispetto al primo, lo *standard* prudenziale ha *sempre* funzione integrativa, per ragioni che si connettono all'impianto conformativo del fatto tipico colposo, ove la regola cautelare è *in ogni caso* un elemento di struttura della tipicità, oltre che un «parametro costitutivo dell'illiceità della condotta»⁸⁶.

Per contro, il secondo si connette al nucleo di disvalore – *ratio essendi* del precetto – che evolve, con accenti mutevoli, al variare della considerazione normativa sulla riprovevolezza del comportamento, alla stregua delle circostanze di tempo, di spazio e, in generale, di assetto socio-culturale che informano la genesi della disposizione.

È solo sul terreno dell'incidenza, da parte della cautela, sul contenuto assiologico della norma incriminatrice che può farsi luogo a soluzioni diversificate in termini di integrazione/non integrazione, restando, per converso, il piano formale sempre uguale a se stesso e insuscettibile di sollecitare – a meno di non voler stravolgere la struttura costitutiva del tipo colposo d'evento – epiloghi ermeneutici differenti dal riscontro di una sicura partecipazione della cautela all'architettura esteriore dell'illecito.

Il prevalere dell'una o dell'altra prospettiva – e, quindi, la predilezione di un approccio *di forma* a uno *di sostanza* (e viceversa) – è l'unico indicatore in grado di veicolare la scelta esegetica in ordine all'incidenza (o non incidenza) della cautela sulle trame della fattispecie e, di conseguenza, sullo statuto intertemporale che ne connoterà l'operare.

È, a tal proposito, nostro convincimento che, un'essenza di maggiore saldezza dei parametri cui ancorare lo *ius dicere* – il quale, nella pericolosa «diaspora delle fonti»⁸⁷, non è scervo da uno straripamento dagli argini della sua funzione – sospinga verso un apprezzamento della

⁸⁴ Va, in ogni caso, sottolineato, che l'eventuale osservanza delle cautele positivizzate, così come delineate dal «decreto palchi», non porrebbe al riparo da eventuali addebiti a titolo di colpa generica.

⁸⁵ Di tali concettualizzazioni si tornerà a discorrere più avanti, nel prosieguo del paragrafo.

⁸⁶ L'espressione è di D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 485-486. *Contra*, G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 800 ss., ove le regole cautelari vengono inquadrate come «criteri di attribuzione della qualifica espressa dal concetto normativo di colpa», restando, però, il significato dello stesso «del tutto autonomo dal loro contenuto». Secondo l'Autore, «la modifica delle norme cautelari rilevanti ai fini del giudizio di colpa dà luogo, rispetto ai reati colposi, ad una successione di norme solo apparentemente integratrici, incapace di comportare alcuna *abolitio criminis*». Tale principio varrebbe «in relazione alla modifica di qualsivoglia norma cautelare: giuridica come extragiuridica; che rifletta un'essenza puramente organizzativa o «ordinatoria», ovvero che sia dotata di una copertura scientifico-esperienziale». Inoltre, l'impossibilità di applicare l'articolo 2 c.p. viene fatta discendere dal rilievo secondo cui «il termine di relazione del giudizio di colpa (e del relativo rimprovero) è costituito dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento in cui è stata posta in essere la condotta» (*ibidem*, p. 802).

⁸⁷ L'espressione è di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 2; cfr., sul punto, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.

dimensione formale dell'illecito, il quale, nel caso colposo, è e resta un «illecito modale⁸⁸».

Nella consapevolezza che tale opzione non rappresenti, certo, la scelta ottimale – perché sottoposta ai fardelli di criticità che ogni approccio a-*substantialis* porta con sé – riteniamo, tuttavia, che non si possano surrogare le note costitutive essenziali della colpa penale a personalizzabili considerazioni di valore, le quali smarriscono, con l'abdicazione alla signoria delle Corti, la loro portata orientativa nel labirinto del “volta per volta” e in quel “puntinismo di valori” di cui Carl Schmitt aveva discusso⁸⁹.

Come a dire: *de duobus malis, minus est eligendum*.

L'attrazione nello spettro applicativo dell'articolo 2 c.p. è, altresì, presidiata dall'affermazione secondo cui «le norme cautelari nelle quali si rifrange il dovere di diligenza sono prima di tutto regole di condotta per il cittadino e, successivamente, nel caso di loro violazione, fungono da regole di giudizio ai fini di un'eventuale affermazione di responsabilità⁹⁰». Di conseguenza, «il parametro di giudizio non potrà che coincidere con quello che *ex ante* fungeva da norma di comportamento, con conseguente assoggettamento dell'avvicendamento di regole cautelari ai principi che governano la temporalità nel diritto penale⁹¹».

Sono, tuttavia, corposi – e autorevolmente sostenuti – i percorsi motivazionali che giungono a diversificare, invece, i paradigmi risolutivi, distinguendo tra quelli che, con nettezza, negano alle regole comportamentali qualsiasi forma d'influenza sul precetto – in forza della considerazione secondo cui «la modifica di questa o di quella norma cautelare non muta la struttura della colpa per inosservanza di leggi [...]», dal momento che il «fatto continua a rispondere alla figura astratta del reato colposo, secondo le note che lo qualificavano al momento della commissione⁹²» – e posizioni più temperate, che ricorrono alle distinzioni categoriali cui si è pocanzi fatto menzione⁹³.

Nello specifico, secondo quest'ultima impostazione, occorrerebbe avere considerazione – come criterio discretivo – dell'idoneità della regola a influire sul disvalore astratto della fattispecie incriminatrice⁹⁴, alla stregua di una valutazione di respiro casistico, informata al «fondamento preventivo» delle regole stesse: ove, infatti, queste ultime – definite, in tali ipotesi, «proprie⁹⁵», o «innovative⁹⁶», o «di merito⁹⁷» – siano «basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (= con probabilità confinante con la certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento lecito⁹⁸» – dovrebbe ritenersi che, al variare dello *standard* comportamentale, muti anche l'assetto valoriale del fatto punibile; diversamente, dovrà propendersi per la soluzione opposta, allorché vengano in gioco regole – denominate «convenzionali⁹⁹», «ordinatorie¹⁰⁰», o «improprie¹⁰¹» – che hanno la finalità di «coordinare l'attività pericolosa con altre condotte analoghe, nella premessa che la loro sistematica organizzazione

⁸⁸ Sul punto, F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, cit., pp. 86 ss., ove si sottolinea che «Non meraviglia pertanto che la scoperta della funzione tipizzante della regola cautelare abbia determinato, nella sistematica del delitto colposo, un coerente spostamento già nell'ambito del fatto tipico dei connotati della composità. Quale regola modale, la norma cautelare esprime un'evitabilità dell'evento in termini impersonali, ancora insufficiente a fondare un giudizio di colpevolezza del singolo agente, ma capace di (contribuire a) indicare la pretesa comportamentale fatta valere in termini oggettivi dalla fattispecie penale, ovvero il presupposto del giudizio di evitabilità personale. Attratta nell'orbita del fatto colposo, la regola cautelare condivide dunque la duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equidistante e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del *favor libertatis*».

⁸⁹ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008, p. 54, ove può leggersi che «proprio qui dove il puntinismo (*der Punktualismus*) del pensare per valori balza agli occhi, si manifesta con forza l'onestà intellettuale di Max Weber [...]: accanto a tutti i punti di vista, punti di osservazione e punti di fuga, egli ha riconosciuto e chiamato apertamente per nome un punto particolare, e precisamente il punto cruciale: il punto di attacco». Ciò implica che ci si trovi di fronte «a un'infinita molteplicità di prese di posizione valutative», la cui interpretazione ha il senso di “rivelare i possibili punti di osservazione” e “punti di attacco” della “valutazione”.

⁹⁰ In questi termini, F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 162.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Sul punto, ampiamente, G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”*, cit., pp. 793 ss.

⁹³ Negano, tra gli altri, la funzione integratrice delle regole cautelari G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 274-275; D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., pp. 597 ss.

⁹⁴ In questo senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2015, p. 84; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, cit., pp. 86 ss.; D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., p. 477; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 248 ss.

⁹⁵ Così P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie”. Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, p. 15.

⁹⁶ In questi termini, L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit.

⁹⁷ In questi termini D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit.

⁹⁸ In questi termini, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie”*, cit., p. 15.

⁹⁹ Così F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., pp. 86 ss.

¹⁰⁰ In questi termini D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit.

¹⁰¹ Così P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie”*, cit., p. 15.

sarebbe di per sé un necessario fattore di contenimento della loro pericolosità¹⁰²» (orientamento, questo, che dovrebbe coerentemente giungere a negare legittimità alla colpa generica e che non appare, pertanto, condivisibile¹⁰³).

Merita rammentare, infine, che, dal canto suo, la giurisprudenza, per un verso, ha sempre negato idoneità integrativa alle regole cautelari nel settore della circolazione stradale, secondo un ragionamento per cui tali regole «esauriscono la loro funzione di imputazione per colpa al momento del verificarsi del fatto, ma non incidono sulla fattispecie», con la conseguenza che «la variazione della norma cautelare, per modifica della situazione che essa previene o per le esigenze che compone» non intacca l'assetto della disposizione incriminatrice «neanche sotto il profilo soggettivo, perché non mutano i criteri di imputazione soggettiva della colpa», esaurendo la «regola storica» la sua funzione «al momento del fatto¹⁰⁴»; per altro verso, però, ha riconosciuto una maggiore capacità incisiva delle cautele nell'ambito degli infortuni sul lavoro, sulla scorta del rilievo secondo cui «il precetto penale, per essere applicabile e produrre gli effetti che la legge gli attribuisce, deve essere completo nell'enunciato e nell'efficacia (oltre che conoscibile) al momento in cui la condotta viene posta in essere, poiché solo in tale situazione può apprezzarsi il disvalore del comportamento dell'uomo e formularsi un corretto giudizio di rimproverabilità in assenza della quale non vi può essere punizione¹⁰⁵».

Al fine di meglio precisare i tratti che connotano il tema, sembra, ora, opportuno soffermarsi sul retroscena concettuale che fa da sfondo alla disputa.

5.1.

Breve excursus. Modifiche mediate della fattispecie ed estensione operativa dell'articolo 2 c.p. Ricognizione criteriologica degli schemi risolutivi.

«Mediante la fattispecie» – è stato scritto – «il diritto “pensa” l'avvenire¹⁰⁶»: esso «ha la pretesa di dominare l'imprevedibile¹⁰⁷».

Non quella di «salvare» il passato è la sua vocazione, ma di soggiogare il futuro, rendendolo «calcolabile», attraverso la norma positiva. L'irretroattività, così, diviene «l'altro lato di questa chiamata verso il domani¹⁰⁸».

Ebbene, quella particolare «funzione assistenziale» che si ritiene ascrivibile al diritto intertemporale e che a quest'ultimo demanda il compito di assorbire le dicotomie potenzialmente innescabili dalla transizione tra il «il passato (applicativo) e il futuro (dirigistico)¹⁰⁹», si esplica nel necessario allineamento tra «le nuove opzioni regolative adottate dal legislatore, da un lato, e l'esercizio retrospettivo del potere giurisdizionale, dall'altro¹¹⁰».

La prospettiva finalistica di eludere «ossimori ordinamentali¹¹¹» – che, pur predicando una certa inscindibilità teleologica tra le disposizioni novative e «l'indole delle norme la cui validità nel tempo viene disciplinata¹¹²», non contravviene, tuttavia, al riconoscimento di un carattere schiettamente normativo, proprio della disposizione transitoria¹¹³ – si esprime, con toni cangianti, a fronte delle specifiche architetture costitutive del divieto penale.

¹⁰² Sul punto, G. L. GATTA, *Abolito criminis*, cit., p. 796.

¹⁰³ Sulla colpa generica, *infra*, par. 6.2.

¹⁰⁴ Sul punto, diffusamente, C. Cass., sez. III pen., 21 maggio 1995, *Cé*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3667 ss. In senso analogo, tra le altre: C. Cass., sez. IV pen., 6 aprile 1960, *Brendel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 1206 ss., con nota di C. F. GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*. Ne discorre ampiamente G. L. GATTA, *Abolito criminis*, cit., pp. 791 ss.

¹⁰⁵ In questi termini, C. Cass., sez. IV pen., 14 dicembre 2000, *Cascarano*. Analizza tale specifico profilo sempre G. L. GATTA, *Abolito criminis*, cit., pp. 791 ss.

¹⁰⁶ Così N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 21.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ In questi termini, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 132.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ L'espressione è di D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 133 e allude alla necessità di «evitare la formazione di valutazioni giudiziali ispirate al diritto abrogato che contrastino con le nuove opzioni regolative», al fine di «assicurare una gestione giurisdizionale del passato coerente con la linea politica che si è deciso di intraprendere».

¹¹² Così D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 134.

¹¹³ Il carattere di normatività proprio del diritto transitorio si individua, anzitutto, nel fatto di porsi come presidio di «una determinata opzione regolativa di fronte alle varie alternative logiche pensabili». Esso, tuttavia, non è «comprensibile isolatamente», dal momento che la *ratio* che contraddistingue tali norme «dipende strettamente dai caratteri e dalle funzioni del materiale normativo cui esse accedono». Così D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 134.

Se definiamo, infatti, “modifica mediata” quella «particolare situazione intertemporale che si verifica ogniqualvolta muta l’ambito di applicazione di una disposizione incriminatrice in seguito al cambiamento dell’informazione giuridica secondaria” cui il precetto rinvia¹¹⁴», avremo che gli effetti della stratificazione normativa – dal punto di vista dell’operatività dei principi che reggono la successione di leggi – seguiranno vettori differenti, a seconda della portata (più o meno estesa) che s’intenda attribuire alla nozione di “fattispecie”¹¹⁵.

In particolare, a un’accezione più lata – nel senso di un inquadramento del concetto come «proiezione di tutto il materiale normativo che contribuisce a delimitare il fatto di reato¹¹⁶» – corrisponderà il rilievo secondo cui i riverberi effettuali che fanno seguito a un mutamento mediato non differiscono da quelli ascrivibili a una modifica *im*-mediata, qualificandosi entrambi come *nova*, passibili – in misura maggiore o minore e pur con peculiari cadenze – di influire sulla conformazione del fatto punibile¹¹⁷. Una siffatta lettura, che è in linea con l’impianto argomentativo classico, identifica il costruito come “terra di mezzo” tra fatto e diritto, come «dimensione dell’accadere giuridico» che segna «il passaggio dall’astrattezza del messaggio normativo¹¹⁸» alla corporeità degli esiti pratici e, tra la dottrina più recente, trova riscontro nella nozione di «fattispecie allargata di garanzia», da qualificarsi non come mero «strumento della procedura di sussunzione», ma come «autonomo, distinto e importantissimo spazio dogmatico ove si compone lo spirito assiologico del diritto, sul quale si estendono, senza distinzioni di sorta, le garanzie che discendono dai valori fondanti il nostro sistema penale¹¹⁹».

A questo tipo di impostazione – che, nella sostanza, finisce con l’annichilire l’utilità della distinzione tra mutamento diretto e indiretto (non tanto con riferimento alla cornice ontologico-denotativa, quanto rispetto ai risultati applicativi, dal momento che l’identità dei secondi fa venir meno l’opportunità della prima) – se ne contrappone un’altra, di segno completamente diverso. Laddove, infatti, alla nozione di “fattispecie penale” si ritenga di voler attribuire una valenza più ristretta – che muove verso una legittima inclusione nel campo definitorio dei soli elementi che concorrono alla precipua delineazione dei tratti costitutivi in cui si esprime il disvalore dell’illecito –, il problema dell’incidenza delle evoluzioni normative indirette e delle conseguenze che ne derivano, assumerà un contenuto di criticità senz’altro maggiore.

A fronte della moltitudine di rotte con cui attraversare il tema dell’intertemporalità¹²⁰, nella connessione con i predicati nozionistici di “fattispecie penale”, “modifica mediata” e “modifica immediata”, in punto di mutamenti che incidono indirettamente sulla conformazione del tipo ed estensione dell’operatività dell’articolo 2 c.p.¹²¹, si è sempre registrata una certa eterogeneità

¹¹⁴ Sul punto, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., p. 4.

¹¹⁵ Per una ricognizione del concetto di fattispecie, secondo una prospettiva di teoria generale del diritto, si veda *retro*, par. 1.

¹¹⁶ Così D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., pp. 65-66.

¹¹⁷ Con riferimento a quest’ultima constatazione, scrive, infatti, D. MICHELETTI, op. ult. cit., pp. 65-66: «nessuna radicale differenza esisterebbe tra la riformulazione della disposizione base e la modificazione delle c.d. informazioni giuridiche secondarie. Trattasi di fenomeni intertemporali perfettamente identici da assoggettarsi pertanto alla medesima regolamentazione».

¹¹⁸ D. MICHELETTI, op. ult. cit., p. 9.

¹¹⁹ Sul punto, D. MICHELETTI, op. ult. cit., p. 60, ove pure si discorre dell’inquadramento della nozione di “fattispecie penale” come «predicato applicativo» correlato, nelle sue note definitorie, alla scelta ermeneutica tra il concetto di «norma come comando» (cioè, come «schema di comportamento rivolto ai destinatari del precetto»), o di «norma come giudizio» (vale a dire come «traccia del criterio di valutazione» indirizzato al giudice), propendendo per una soluzione mediana che classifica la norma giuridica quale «congiunzione vincolante tra due potenziali condizioni» («fattispecie giuridica/conseguenza sanzionatoria»). *Ivi*, p. 9.

¹²⁰ In una prospettiva “nomodinamica”, il momento genetico di una norma è scandito da tre *steps*, «da cui emergerebbe la razionalità di scopo che condiziona l’evoluzione in senso espansivo e restrittivo del sistema penale, rispetto alla quale l’art. 2 c.p. è chiamato a svolgere la propria funzione assistenziale».

Tali passaggi logici sono riassumibili nella «valutazione positiva concernente le esigenze essenziali di una società», cui fanno seguito, dapprima, l’individuazione e la selezione degli oggetti di tutela, nonché del «disvalore fattuale» del comportamento (e, dunque, il suo divenire un «torto oggettivo») e, poi, l’individuazione degli atti che sono in conflitto con il valore precedentemente individuato e di quelli che vi risultano, invece, assiologicamente allineati. Così, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., pp. 135 ss.

¹²¹ In punto di modifiche mediate della fattispecie penale, si vedano, *ex multis*: D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit.; D. MICHELETTI, *Le modificazioni mediate della fattispecie penale*, in *Studium juris*, 2007, pp. 1341 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., pp. 225 ss.; EAD., *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2008, pp. 315 ss.; T. PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, n. 11/2003, pp. 3328 ss.; ID., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell’ambito dell’art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1356 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 273 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 597 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 106 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 83 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, sub art. 2, cit., pp. 59 ss.; A. GAMBARDILLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 283 ss.; G. L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”*, cit.; L. PICOTTI, *La legge penale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. I, Torino, Utet, 1996, pp. 130 ss.; A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, n. 6/2008, pp. 2694 ss.

di posizioni che la giurisprudenza di Cassazione¹²², con diverse pronunce del Collegio nella sua massima composizione, ha cercato, a più riprese, di appianare¹²³.

Il caso oggetto d'analisi involge la delicata questione relativa alla possibilità di incidere sulla portata del precetto da parte di disposizioni contenute in un decreto ministeriale, qualificandosi quest'ultimo come atto provvedimentale a contenuto normativo, astrattamente inidoneo, quindi, a completare – sia sul piano descrittivo, sia su quello valoriale di approfondimento del significato di disvalore dell'offesa tipica – il contenuto del precetto.

Prima di trattare di tale specifico profilo, sembra, però, opportuno soffermarsi celermente sulle soluzioni che, nel tempo, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato con riferimento alle modifiche mediate della fattispecie penale e ai presupposti alla stregua dei quali le stesse possano dispiegare un contributo significativo sulla conformazione dell'illecito. Ed invero, secondo un primo indirizzo ermeneutico, fondato su una nozione astratta di fatto (e, dunque, non su quel «fatto concreto costituente reato¹²⁴», ma sul fatto in rapporto alla sua «consistenza normativa¹²⁵»), i mutamenti che incidono su disposizioni richiamate da elementi normativi non potrebbero in nessun caso considerarsi integrativi del precetto, in quanto sarebbero avulsi dal «senso dell'incriminazione [...], ossia non introdurrebbero alcuna differente valutazione in relazione alla fattispecie legale e al suo significato di disvalore¹²⁶», fatta eccezione per le disposizioni a carattere definitorio e per quelle che delineano il contenuto precettivo di norme penali in bianco, qualificate come unici casi in cui la modifica mediata presenti l'attitudine a partecipare del nucleo di riprovevolezza sotteso alla norma incriminatrice, della quale pure concorrerebbe a descrivere i tratti costitutivi¹²⁷.

Un'impostazione di segno diverso – che potrebbe definirsi teleologica – declina, poi, la problematica secondo il criterio della *ratio* della disposizione, nel senso di ritenere l'articolo 2 c.p. riferibile alle ipotesi in cui la modifica indiretta sia in grado di condizionare il fine ultimo dell'incriminazione e, dunque, le ragioni che sono alla base dell'attrazione del comportamento sanzionato nell'area di rilevanza penale segnata dal divieto. Così, è stato autorevolmente sostenuto che, essendo l'*abolitio criminis* «radicata dall'art. 2 co. 2 su una successione di leggi penali, di cui una attributiva e l'altra eliminativa dell'illiceità di tipi (serie, classi) di condotte¹²⁸», essa non opera in rapporto al caso in cui gli effetti del mutamento siano confinati al profilo della «concreta applicazione della norma incriminatrice stessa¹²⁹».

Da ultimo, secondo una terza tesi – che, in via di principio, si contrappone concettualmente alla prima¹³⁰ –, la novazione di una norma oggetto di rinvio da parte di un elemento normativo di fattispecie dovrebbe ritenersi incorporata nel precetto, sulla base della considerazione secondo cui il «fatto» richiamato dall'articolo 2, comma 2, c.p. sarebbe da intendersi quale «statuto penale del fatto concreto», cioè come «accadimento storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice¹³¹» e, quindi, anche con riferimento a modifiche che, pur non intaccando il nucleo duro del divieto, dispieghino, nondimeno, riverberi sul piano operativo dello stesso.

A (parziale) assorbimento del contrasto, le Sezioni Unite, con diverse sentenze pressoché omogenee quanto alla *ratio decidendi*, hanno individuato come criterio-guida quello «logico-strutturale, di natura formale»: in altri termini, «l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extra-penali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al

¹²² Tra le pronunce di maggior rilievo, merita rammentare: Cassazione penale, SS.UU., 27 settembre 2007 (dep. 16/1/2008) n. 2451; C. Cass., Sez. I pen., 16 aprile 2007 (dep. 8/5/2007), n. 17578; C. Cass., Sez. I pen., 15 giugno 2007 (dep. 20/7/2007), n. 29728; C. Cass., Sez. I pen., 16 novembre 2006 (dep. 30/1/2007), n. 3463; C. Cass., Sez. I pen., 05 giugno 2008 (dep. 11/6/2008), n. 23557.

¹²³ Ci si riferisce alle note sentenze C. Cass., SS. UU. pen., 27 settembre 2007 (dep. 16 gennaio 2008), cit.; C. Cass. SS.UU. pen., 28 febbraio 2008 (dep. 15 maggio 2008), n. 19601, *Niccoli*; C. Cass. SS.UU. pen., 26 febbraio 2009 (dep. 12 giugno 2009), n. 24468, *Rizzoli*. Per una «schematizzazione» delle varie ipotesi di integrazione, si veda G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2010.

¹²⁴ In questi termini A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle sezioni unite*, cit., pp. 2694 ss.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Così sempre A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle sezioni unite*, cit., pp. 2694 ss.

¹²⁷ Tale primo indirizzo ermeneutico è stato sostenuto da C.F. GROSSO, *Successione di norme integratrici di leggi penali e successione di leggi penali*, cit., pp. 1210 ss.; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 273 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 597 ss.

¹²⁸ In questi termini, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., p. 59.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ In questo senso, si vedano T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 43; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 106 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2013.

¹³¹ Così sempre A. GARGANI, op. ult. cit., pp. 2694 ss.

fatto concreto¹³²», all'assetto di struttura e conformazione normativa dello stesso, lungo una linea ermeneutica in cui diviene necessario il ricorso alla (complessa) distinzione tra norme integratrici e non integratrici¹³³; l'opportunità di tale categorizzazione viene, tra l'altro, basata sul suo consolidato utilizzo anche al fine di individuare – ancorché con un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice – i confini applicativi dell'articolo 47 comma 3 c.p., per distinguere il caso in cui un errore su legge extra-penale si converta in un errore sul fatto che esclude il dolo, oppure in un errore sul precetto suscettivo di rientrare nella sfera operativa dell'articolo 5 c.p.

Riteniamo, in conclusione, che l'ancoraggio all'opzione logico-strutturale, di natura formale sia, rispetto alle diverse posizioni esaminate, maggiormente in grado di preservare, da una parte, lo statuto della temporalità dalle dissimmetrie della prassi applicativa che deriverebbero dall'utilizzo di criteri più facilmente «manipolabili» in sede giudiziaria (*in primis*, quello teleologico); dall'altra, di stemperare la rigidità di parametri fondati su concettualizzazioni poco elastiche, inadeguate a esercitare una funzione realmente esplicativa a fronte delle ipotesi più articolate (ci si riferisce, in particolare, alla tesi che limita l'attrazione nel perimetro dell'articolo 2 c.p. alle sole norme definitorie).

La validità del canone che s'intende, in questo scritto, prediligere, è, però, subordinata al ricorrere di una condizione: che si accolga, cioè, una nozione sufficientemente precisa di «norma integratrice», tale da designare le sole disposizioni in cui siano cristallizzati elementi strutturali (esterni) del fatto tipico¹³⁴.

6. Alcuni predicati di chiusura.

L'impianto teorico che, in prima approssimazione, potrebbe trarsi con riferimento alla valenza intertemporale da attribuire al «decreto palchi» risulta articolato nel modo seguente.

Le norme derivanti dal «rimodellamento» operato dal provvedimento in esame su talune disposizioni del T.U.S.L., in relazione agli specifici ambiti di attività richiamate, sono assimilabili a regole cautelari in senso proprio, che, per questa ragione, dovrebbero: *i*) dirsi integrative del precetto; *ii*) rientrare nello spettro applicativo dell'articolo 2 c.p.; *iii*) per l'effetto, retroagire¹³⁵.

Tale apparato concettuale – corretto nei processi di derivazione logica – conduce, per via di quella separazione tra «forma» e «sostanza» di cui già si è detto e della quale, a breve, meglio si dirà, a esiti che si prestano a essere confutati da più punti di vista.

La limitazione (o, addirittura, l'*eliminazione*, seppur in via mediata) dell'area di illiceità penale segnata dall'inosservanza di talune norme del T.U.S.L. – alle quali gli articoli 589 e

¹³² Così C. Cass., SS. UU. pen., 27 settembre 2007 (dep. 16 gennaio 2008), cit., punto 3, ove pure si aggiunge che «[...] non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'abolitio criminis parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte (si pensi ad esempio alle modificazioni subite dal reato di abuso d'ufficio o da quello di false comunicazioni sociali). La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto».

¹³³ C. Cass., SS. UU. pen., 27 settembre 2007, cit., punto 5, ove si specifica, per l'appunto, che «nell'ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possono addirittura costituire il precetto, anche se in questo caso, vista la funzione che svolgono, si parla forse impropriamente di norme extrapenali; perciò occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate [...]. E' da aggiungere che la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola [...], anche se può subire deroghe [...], per le norme diverse da quelle penali costituisce un'eccezione [...], sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama».

¹³⁴ Sulla distinzione tra norme («realmente») integratrici e non integratrici (o «solo apparentemente integratrici»), si veda, per tutti, G.L. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., pp. 93 ss. e le posizioni della dottrina ivi richiamate; cfr. D. PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, pp. 214 ss.; cfr., altresì, G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, Jovene, 1965 e P. ASTORINA MARINO, *Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, pp. 924 ss. (si veda, in particolare, il paragrafo 5).

¹³⁵ Più discorsivamente, il quadro concettuale può sintetizzarsi nel modo seguente: a) anzitutto, le disposizioni contenute nel decreto in questione sono classificabili come regole cautelari dotate del contenuto deontico e delle finalità preventive di cui si è detto; b) in quanto tali, presentano una sostanziale attitudine integratrice del precetto (attitudine che, tuttavia – come si è osservato e come, a breve, meglio si dirà –, crea vistosi momenti di frizione con il principio di riserva di legge); c) perciò, esse dovrebbero soggiacere ai principi «che governano la temporalità nel diritto penale» e, in quanto più benevole nei confronti di talune categorie di soggetti (*i.e.*: committente e responsabile dei lavori), dovrebbero dirsi suscettive di retroazione.

590 c.p. operano un rinvio espresso – genererebbe, infatti, conseguenze paragonabili a quelle di un'abolitio criminis del tutto ingiustificata sul piano dei principi (meccanismo, questo, che, comunque, non inibirebbe eventuali addebiti a titolo di colpa generica¹³⁶).

6.1.

Impossibilità di configurare un fenomeno successorio tra le norme oggetto di analisi: criterio cronologico vs. criterio gerarchico.

Il quadro di sintesi appena delineato incorre in un primo argomento ostativo quando non considera che, nel caso di antinomie tra norme, l'operatività del criterio cronologico quale metodo risolutivo potrebbe ammettersi soltanto con riferimento a un conflitto sussistente tra fonti di pari rango, dovendo, per converso, ricorrersi al criterio gerarchico nel caso in cui esso involga una fonte primaria e una subordinata; è, infatti, fuor di dubbio che «se una norma posteriore di grado inferiore contraddice una norma precedente di grado superiore, non ci potrà essere abrogazione della norma superiore da parte di quella inferiore, ma annullamento di quest'ultima¹³⁷».

Una fonte secondaria non può, quindi, soppiantare, con effetto demolitorio o modificativo, quanto statuito con un decreto legislativo che, pur non legge in senso formale, è, a norma dell'articolo 77 Cost., «atto avente forza di legge».

Con riferimento alla questione oggetto d'analisi, una *successione* – intesa nel senso originario di avvicendamento “sostitutivo” o “manipolativo” che abbia una qualche valenza sul piano intertemporale – non può, quindi, venire a esistenza; né può obiettarsi, nel tentativo di legittimare una ultra-operatività delle disposizioni contenute nel decreto, che queste ultime – coprendo un'area specifica di attività – possano presentarsi come aventi, *lato sensu*, carattere di specialità e, perciò, *derogare* a quanto disposto dal T.U.S.L.: il criterio gerarchico, infatti, prevale, oltre che su quello cronologico, anche sul canone di specialità: così, «se la norma speciale è successiva, e la norma generale è superiore alla norma speciale, è preferita la norma generale superiore»¹³⁸.

Riteniamo, in sintesi, che il canone del *favor rei*¹³⁹ (fondato, tra l'altro, in questo caso, su esigenze discutibili¹⁴⁰) non possa soppiantare – paralizzando l'operatività del criterio gerarchico – la *ratio* sottesa alla riserva di legge e che, anzi, il quadro normativo risultante dal *novum* si presenti come *illegittimo*.

Solo per inciso, infatti, preme sottolineare che una eventuale pronuncia del giudice delle leggi, a fronte di un ipotetico sindacato sull'articolo 88, comma 2-*bis* d. lgs. n. 81/2008 (il quale – demandando al Ministero l'adozione dell'atto in questione – ha avallato gli attuali sviluppi di disciplina), per violazione del principio di legalità (*sub specie* di riserva di legge), non si tradurrebbe in un intervento (indirettamente) estensivo dell'area di rilevanza penale, contravvenendo al principio secondo cui si «esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti¹⁴¹»; rappresenterebbe, invece, un'ipotesi di controllo su una disciplina «irragionevolmente discriminatoria *in melius*¹⁴²», suscettibile di essere censurata

¹³⁶ Aspetto, questo, cui si è già accennato *retro*, *sub* par. 4.4, nota 84.

¹³⁷ Così R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 298.

¹³⁸ In questi termini sempre R. BIN - G. PITRUZZELLA, *op. ult. cit.*, p. 301. Oltretutto, si porrebbe, *a latere* delle altre, anche la questione relativa all'individuazione della opportuna sede in cui possa effettuarsi un controllo sulla validità di tali atti, cui si connette, come *prius* logico, il dubbio inerente al sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica della P.A.: rilievi, questi ultimi, che danno la misura della costellazione di problemi che si connettono alla questione di diritto oggetto d'analisi. Sul punto, *amplius, infra*, par. 6.3, nota 164.

¹³⁹ Come già evidenziato, il decreto in questione contiene previsioni più benevole per talune categorie di soggetti (*retro*, par. 4.4).

¹⁴⁰ Sulle «particolari esigenze» si veda quanto discorso *retro*, par. 4.1.

¹⁴¹ C. Cost., sentenza 1 giugno 2004, n. 161.

¹⁴² Sul punto, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, cit., p. 44.

perché violativa del principio di uguaglianza¹⁴³.

Anche laddove si ritenesse che l'ipotesi normativa in questione non presenti il carattere di una previsione "di favore", dovrebbe certamente aversi riguardo della circostanza secondo cui, a fronte della recente esegesi costituzionale, sembra profilarsi quella che è stata definita la «primavera silenziosa» delle pronunce con esiti ampliativi dell'ambito di rilevanza penale: la «regola della impercorribilità degli interventi *in malam partem* da parte della Corte costituzionale appare sul punto di essere sovvertita da un numero crescente ed incalzante di eccezioni», non più limitate alle norme penali di favore, dal momento che anche «i diversi vizi formali nel procedimento di formazione della legge o dell'atto avente forza di legge (ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost.) appaiono ormai censurabili senza frizioni per le diverse declinazioni del *nullum crimen*, risultando viceversa funzionali [...] ad una valorizzazione del principio di riserva di legge¹⁴⁴».

6.2.

Inattitudine integratrice delle fonti subordinate. Dalle regole cautelari di rango secondario a quelle di fonte sociale. «Teoria della colpa» e riserva di legge

Anche se dovesse propendersi per la configurabilità di un fenomeno successorio, facendo leva – tra l'altro, impropriamente – sul presunto carattere di *lex specialis* attribuibile al decreto (argomento, questo, che sembra ricorrere nella prassi applicativa¹⁴⁵), la retroazione *in mitius* non dovrebbe comunque operare.

L'effetto retroattivo che si correla all'inquadramento dogmatico di tali previsioni normative si scontra, infatti, con il fondamentale rilievo secondo cui una fonte *sub*-legislativa possa legittimamente influire sul tipo penale secondo moduli che devono restare asserragliati nella chiusa della specificazione tecnica e che tale *limen* non possono eccedere.

La funzione delle cautele in senso proprio, però, non si esaurisce – lo si è già detto – in un ausilio di tipo "specialistico": esse, al contrario, concorrono a fondare – attraverso l'individuazione di specifiche cadenze comportamentali – la qualifica di conformità/non conformità di condotte poste in essere nell'ambito di attività pericolose il cui esercizio l'ordinamento permette. In sostanza, a monte dell'individuazione degli *standards* cautelari da osservarsi nel «circolo di rapporti» che venga in evidenza, si pone un'operazione valutativa di portata ragguardevole, che si identifica con la perimetrazione dell'area di rischio consentito in relazione all'attività considerata. Questa caratteristica denota l'esistenza di un substrato assiologico notevole che veicola la creazione della cautela, rendendola uno strumento che sviluppa e approfondisce il significato di disvalore dell'illecito¹⁴⁶.

Le regole cautelari, dunque, rilevano non solo quali elementi di struttura della tipicità colposa – carattere, questo, che si desume, come già specificato, dalle precise modalità di produzione del fatto – ma anche come "compendio" valoriale che ne integra il contenuto di ri-

¹⁴³ Sul punto, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, cit., p. 44. Rispetto al sindacato sulle norme (penali) di favore, l'orientamento consolidato ritiene, infatti, che «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali, ma non le preclude decisioni ablativo di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune, accordando loro un trattamento più benevolo», ove l'effetto *in malam partem* non deriverebbe dall'introduzione di una nuova fattispecie «o dalla manipolazione di norme esistenti», bensì dall'«automatica riespansione della norma generale [...] al caso oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria».

Siamo ben consapevoli che la norma considerata non abbia di per sé natura penale, ma il richiamo (breve) alla giurisprudenza sulle norme penali di favore ci pare calzante e adatto a descrivere la situazione cui si farebbe luogo nel caso in cui la contestazione di una fattispecie colposa (come innanzi ipotizzato, si potrebbe pensare a una ascrizione di responsabilità *ex artt. 589 o 590 c.p.* per violazione delle norme lavoristiche) sia fondata sulla ritenuta inosservanza della disciplina relativa agli infortuni sul lavoro. Onde, non sarebbe improprio considerare – alla stregua delle osservazioni prima condotte – le regole *de quibus* come incorporate nel precetto. È in questo senso che si spiega il richiamo agli orientamenti della Consulta sulle norme penali di favore.

¹⁴⁴ V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, cit.

¹⁴⁵ L'argomento sembra rientrare – pur senza esiti significativi – tra quelli proposti dalla difesa degli imputati nel noto caso "Jovanotti", richiamato *sub nota* 18.

¹⁴⁶ Com'è stato rilevato, infatti, «è bensì vero che, sotto un certo profilo, la regola cautelare può essere considerata come una "specificazione tecnica" in quanto, sulla base di conoscenze ed esperienze specialistiche, individua gli strumenti dotati delle caratteristiche naturalisticamente adeguate a fronteggiare la pericolosità di una determinata attività e situazione sotto il profilo causalistico, ma è anche vero che la regola cautelare esprime altresì il confine tra il rischio accettato e consentito dall'ordinamento in nome dell'utilità sociale dell'attività pericolosa e il rischio vietato in quanto eccessivamente elevato per i beni giuridici coinvolti: dunque, una ponderazione valutativa tra esigenze contrapposte che di "tecnico" ha ben poco in verità». In questi termini, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 332.

provevolezza.

Perciò, norme di questo tipo dovrebbero essere sempre cristallizzate in fonti legislative, che le sottraggano al pericolo di parzialità e, quindi, all'elusione di quel necessario «bilanciamento su cui l'ammissibilità del rischio è stata fondata¹⁴⁷» (bilanciamento che, evidentemente, involge la ponderazione della «gravità del danno con l'utilità sociale della condotta pericolosa¹⁴⁸»).

Auspiciare un contributo eterointegrativo-cautelare di rango primario non equivale, tuttavia, a negare che possano legittimamente esistere regole – non cautelari in senso tecnico – incorporate in fonti subordinate (positive o addirittura prasseologiche), che concorrano a specificare quanto già stabilito da una cautela di tipo legislativo. Un'affermazione di segno diverso, infatti, rischierebbe, da un lato, di tradursi in un'*interpretatio abrogans* dell'articolo 43 c.p., il quale – com'è noto – opera un riferimento espresso non solo alla legge, ma anche ai regolamenti, agli ordini, alle discipline (nel caso della colpa specifica), nonché ai concetti di diligenza, prudenza, perizia (per ciò che concerne la colpa generica), come fonti del comportamento osservante; dall'altro, l'asserzione sarebbe avulsa dalla realtà fattuale, ove una previa e completa codificazione cautelare di rango primario risulterebbe di difficile – se non di impossibile – realizzazione. Del resto, il ricorso a «norme tecniche» per la gestione del rischio in specifici settori è un fenomeno in larghissima diffusione, che può dirsi espressivo della tendenza a rimettere l'individuazione delle cautele non solo a fonti secondarie, ma addirittura all'«attività regolativa privata»¹⁴⁹ (si pensi, ad esempio, alle *guidelines* del settore medico¹⁵⁰). Se, però, da una parte, l'abdicazione al sapere specialistico può forse consentire una più adeguata modulazione dello *standard* rispetto ai contesti di riferimento (è verosimile che gli «addetti ai lavori» abbiano una conoscenza maggiore dei rischi connessi all'attività che svolgono e possano, quindi, più facilmente individuare modalità comportamentali che ne diminuiscano la possibilità di realizzazione), dall'altra, resta sempre latente quel pericolo di faziosità, di cui già si è detto, che dovrebbe condurre a inquadrare tali norme alla stregua non di cautele in senso stretto, ma di strumenti da cui trarre «tutt'al più la precisazione e quantificazione delle variabili che nella valutazione della accettabilità del rischio devono rientrare»¹⁵¹.

La tesi che si intende qui proporre muove, infatti, verso una legittimazione del ricorso alla normazione *sub*-legislativa in funzione (*para*)cautelare *solo se* la cornice preventiva e la base valoriale su cui dovrebbe plasmarsi il contenuto della norma abbiano già formato oggetto di valutazione (in termini di rischio consentito/non consentito) da parte di una cautela primaria; così, alla regola di fonte subordinata spetterebbe la modulazione delle cadenze comportamentali entro un'intelaiatura di massima già precedentemente delineata in sede legislativa.

In questo modo, la determinazione del rischio consentito resterebbe sempre rimessa alla fonte primaria, con la conseguenza che le norme subordinate – le quali, in questi casi, potremmo definire «para-cautelari» o «cautelari di secondo livello», – non si configurerebbero come vere e proprie cautele, ma come semplici indicazioni operative volte al migliore adattamento dello *standard* rispetto alle esigenze particolaristiche dei singoli gruppi o settori di attività.¹⁵²

¹⁴⁷ L'espressione è di G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 310.

¹⁴⁸ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 311.

¹⁴⁹ Così F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 154.

¹⁵⁰ È opinione pressoché consolidata che le linee guida del settore medico non siano vere e proprie regole cautelari. Sul punto, per tutti: M. CAPUTO, «*Filo d'Arianna*» o «*Flauto magico*»? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2012, pp. 875 ss.; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c. d. decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2013, p. 54, ove l'Autore riprende il pensiero di F. BUZZI, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico legali e risvolti deontologico-relazionali*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, n. 1/2005, pp. 31 ss. Sul tema, si vedano anche: L. Nocco, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, n. 2/2013, pp. 781 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, n. 2/2013, p. 819.

¹⁵¹ In questi termini, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit. p. 316.

¹⁵² Un modello di tecnica normativa che appare in linea con quello appena descritto può individuarsi in talune disposizioni del codice della strada: l'articolo 142, I comma, ad esempio, individua i limiti di velocità massima e, tuttavia, demanda all'autorità amministrativa l'adozione di cautele ulteriori, per il caso in cui vengano a esistere situazioni meritevoli di una disciplina *ad hoc*. La norma stabilisce segnatamente che «entro i limiti massimi suddetti, gli enti proprietari della strada possono fissare, provvedendo anche alla relativa segnalazione, limiti di velocità minimi e limiti di velocità massimi, diversi da quelli fissati al comma 1, in determinate strade e tratti di strada quando l'applicazione al caso concreto dei criteri indicati nel comma 1 renda opportuna la determinazione di limiti diversi, seguendo le direttive che saranno impartite dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti». La determinazione dei suddetti limiti, tra l'altro, deve avvenire conformemente ai «principi informativi della circolazione stradale» che – quali regole a contenuto elastico dotate di valenza generale (es.: «gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale») – sono pre-tipizzati negli articoli 140 e 141 del medesimo codice. Nell'ipotesi ora richiamata, cioè, le norme adottate con provvedimento amministrativo si limiterebbero a regolare i «modi d'essere» della condotta entro un contesto preventivo/deontico già tracciato dalla norma primaria, senza, con ciò, caricarsi di finalità di prevenzione ultronee.

Così, da un lato, risulterebbero valorizzati i principi di riserva di legge e di determinatezza, dal momento che il “rinvio mobile” alla fonte secondaria garantirebbe una migliore adattabilità prasseologica della regola primaria e, dunque, una maggiore rispondenza alla realtà empirica del rischio la cui possibilità di realizzazione si mira a diminuire (resterebbe aperto il problema del principio di precisione al rispetto del quale, tuttavia, la funzione tipizzante dell’evento potrebbe sensibilmente contribuire); dall’altro, non si correrebbe il pericolo di una consequenziale delegittimazione dogmatica della colpa generica ove – nel solco di un *deficit* di positivizzazione quantitativamente maggiore (benché qualitativamente non dissimile) rispetto ai casi di colpa specifica elastica – la fonte del dovere di diligenza ha natura sociale.

Il canone da utilizzarsi nelle ipotesi di colpa specifica non differirebbe, in definitiva, da quello valevole per le ipotesi di colpa generica: in entrambi i casi opererebbe, infatti, il medesimo limite dell’apporto tecnico, nel senso che la regola (para)-cautelare subordinata – sia essa regolamentare o prasseologica – debba limitarsi a un contributo meramente specificativo (quanto a modalità della condotta e suoi presupposti di fatto) di una situazione di rischio già precedentemente valutata, nei contorni di liceità/illiceità, da una regola di fonte legislativa.

Così, nel caso di colpa generica, i concetti di diligenza, prudenza e perizia non fungerebbero da clausole generali¹⁵³, connotate da totale atipicità, ma da «clausole di rinvio *intra* o *sub*-sistemico», dotate di una «tipicità evolutivo-progressiva¹⁵⁴»: concetti, cioè, che mutano al mutare della morfologia dei rischi e che – nel solco della topografia del conflitto tra pericolosità dell’agire e sua utilità già tracciata da una cautela di rango primario – si tipizzano socialmente mediante il rimando alla «figura modello» inerente al «circolo di rapporti» rilevante per la situazione concreta¹⁵⁵.

In altri termini, il riferimento ai predicati in questione effettuato dall’articolo 43 c.p. non affrancherebbe la colpa penale dal controllo legale sulla determinazione del rischio consentito: il rilievo riconosciuto alle regole di fonte sociale non sarebbe *suppletivo*, ma *appositivo*, o di *attualizzazione del precetto*, rispetto alla regola di fonte legislativa (della quale, tra l’altro, esse garantirebbero non solo una più spiccata «solidità culturale¹⁵⁶», ma – per questo tramite – an-

¹⁵³ Sul punto, ampiamente, D. CASTRINUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 3, ove si sottolinea la molteplicità di definizioni riconducibili alla categoria delle “clausole generali”. Esse vengono inquadrare dapprima come casi di «rinvio all’interprete – al quale è “delegato” il compito di una loro disambiguazione in funzione di parametri variabili [...]». «Parafasando uno dei padri della logica moderna, Gottlob Frege», si aggiunge, «le clausole generali, in quanto formulazioni linguistiche ellittiche e bisognose di concretizzazione, in funzione della loro vaghezza sembrano assimilabili a quei “tranelli che il linguaggio” – in questo caso il linguaggio giuridico – “ha disseminato sulla strada del pensiero”, e che il giurista (come il logico) avrebbe il compito di “mettere a nudo”». Ancora, nella definizione di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 302-309, esse sarebbero «ipotesi di vaghezza socialmente tipica o da rinvio». Sul tema, diffusamente: C. CASTRINUOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 21 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; S. RODOTÀ, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, pp. 631 ss.; I. M. COPI - C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 97 ss.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.

¹⁵⁴ Per una disamina del concetto, in contesti diversi dal diritto penale: C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale nel tempo della complessità* (Relazione tenuta all’incontro di studi del 28 aprile 2010), in www.cortedicassazione.it, p. 4; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in EAD. (a cura di), *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-49.

¹⁵⁵ «Il riferimento alla c. d. “figura modello” è dunque il criterio solitamente utilizzato da dottrina e giurisprudenza per rivestire di contenuto quella “violazione della diligenza” che si è visto essere il nucleo della tipicità colposa. [...] La “diligenza richiesta nei traffici” si determina cioè in base al punto di vista *ex ante* dell’uomo “coscienzioso e avveduto” del circolo di rapporti cui appartiene l’agente o in generale «più vicino» all’agente. [...] Così, secondo una dettagliata classificazione dei “circoli di rapporti” [...] è possibile differenziare un circolo di rapporti “generale” e circoli “speciali” [...]». In questi termini, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 239-240. Non ci sarà, cioè, un “unico” agente modello, ma tante figure modello quanti sono «i circoli di rapporti».

¹⁵⁶ L’espressione è di M. DONINI - D. CASTRINUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2008, p. 301.

che una più agevole *pre*-conoscibilità¹⁵⁷).

6.3.

Prime conclusioni. I decreti ministeriali come «strumenti innominati e atipici di esercizio del potere».

All'esito dell'analisi sin qui condotta, appare decisamente complesso il raccordo tra il descritto assetto normativo e il principio di cui all'articolo 25, comma 2, Cost., onde non parrebbe avventato auspicare la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 88, comma 2-*bis* d. lgs. n. 81/2008 (ipotesi, questa, cui si è già accennato)¹⁵⁸.

L'utilizzo della normazione secondaria per scopi che travalicano il piano di un ausilio specialistico – e che si risolvono, in buona sostanza, nell'immissione di contenuti incidenti su profili strutturali dell'illecito – è da considerarsi una metodologia di produzione del precetto elusiva delle istanze sottese alla riserva di legge, metodologia che i decreti ministeriali – nella veste di «strumenti di esercizio innominato e atipico della funzione normativa¹⁵⁹» – concorrono a fecondare.

Il dubbio di legittimità, evidentemente, non risiede nel rinvio, operato dalla legge, a strumenti di natura provvedimentale che ne delineino i presupposti applicativi o intervengano in chiave esplicativa di peculiari profili, bensì nel caso in cui dall'atto amministrativo si intenda far discendere contenuti a carattere dispositivo che contribuiscano a plasmare la conformazione e la portata del divieto: così, atti di questo tipo rischiano di sovvertire completamente il sistema delle fonti, rendendo sempre più sfocata quella linea di demarcazione tra il «disporre» e il «provvedere» che, con Sandulli, era affidata ai canoni di generalità e astrattezza, «propri del regolamento, ma assenti nei provvedimenti generali¹⁶⁰».

Solo in termini di specificazione ulteriore, va sottolineato che la questione dell'idoneità dei decreti ministeriali a dispiegare un contributo integrativo del precetto penale è stata affrontata da dottrina e giurisprudenza con riferimento alle tabelle elaborate dal Ministero della sanità per l'identificazione dei limiti massimi di sostanze psicotrope detenibili, al di là dei quali, *ex* articolo 73 comma 1-*bis* del d.P.R. n. 309/1990, non è configurabile la detenzione a uso personale¹⁶¹; il tema è stato pure scrutinato, con logiche non dissimili, in relazione al rinvio alle elaborazioni tabellari effettuato dall'articolo 2 della legge n. 376/2000, per l'individuazione delle sostanze dopanti e, in entrambi i casi, si era concluso nel senso di privilegiare un'esegesi

¹⁵⁷ L'agente, è, inoltre, in questo modo, posto nella condizione di poter più immediatamente attivare quel «dovere di riconoscere», che si traduce nella «necessità di ravvisare nella situazione concreta elementi idonei a fungere da "monito" per il soggetto». In questi termini sempre G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 217. Strettamente connesso al «dovere di riconoscere» è l'elemento dell'*Anlass*, vale a dire il «contesto situazionale [...] idoneo a mettere sull'avviso circa la pericolosità della condotta» [così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d. lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, n. 2/2013, pp. 842 ss.]; proprio a una declinazione criteriologica del requisito dell'*Anlass* ha proceduto la letteratura di lingua tedesca, allo scopo di ridurre lo iato tra la colpa penale e i principi di precisione e determinatezza (per una rapida ricognizione sul punto, si veda A. COLOMBI CIACCHI, *Alla ricerca della determinatezza della fattispecie colposa: i recenti sviluppi della dottrina tedesca*, in *Indice pen.*, 2005, pp. 772 ss.); tuttavia, secondo parte della dottrina italiana, l'opzione appare viziata da una scarsa attitudine alla definizione della regola, poiché «mentre consente di individuare quando e a quali condizioni l'agente avrebbe dovuto rendersi conto della situazione di pericolo, non contribuisce a specificare, specie in assenza di cautele positivate, a quali regole di comportamento avrebbe dovuto attenersi l'agente che avesse percepito correttamente i fattori di rischio della sua condotta» (così, per tutti, F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 163). La soluzione prospettata dall'Autore consiste, invece, in un più avveduto ricorso «a prassi cautelari rilevanti per il diritto, che derivano dallo stesso processo di formazione della consuetudine», come forma di «laicizzazione» della diligenza, alla quale esse conferirebbero «un carattere tecnico» (così sempre F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 167).

¹⁵⁸ Sul punto, *retro*, par. 6.1.

¹⁵⁹ Così A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2008, pp. 5075 ss.

¹⁶⁰ Si veda, sul punto, A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur. Il Sole 24Ore*, Bergamo, 2007, pp. 206 ss.

¹⁶¹ Sul punto, ampiamente, V. MANES, *Il nuovo art. 73 del d.p.r. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, in *Cass. pen.*, n. 11/2008, pp. 4461 ss.; *Id.*, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2007, pp. 3035 ss.; cfr., L. ROMANO, *I limiti tabellari delle sostanze stupefacenti, tra riserva di legge e (abuso della) discrezionalità amministrativa* (Nota a Tar Lazio, Sezione III-*quater*, 21.03.2007, n. 2487, *Codacons e altro contro Ministero della salute e altro*), in *Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale*, n. 1/2009, pp. 89 ss., la quale sottolinea che «L'inconsueta tecnica di costruzione della fattispecie di cui all'art. 73 co. 1-*bis*, lett. a), d.P.R. n. 309/90, ha portato a vergare intere pagine su quello che è stato definito il "cuore opaco" delle innovazioni introdotte con la l. n. 49/2006, vale a dire la valenza da predicarsi nei confronti dei cosiddetti limiti tabellari e del loro (eventuale) superamento». Difatti, da un lato si sosteneva che «il dato quantitativo avrebbe risposto ad una *ratio probandi* e non a una *ratio essendi*»; dall'altro, si optava per la soluzione contraria. Tuttavia, l'opinione consolidatasi «nega che il superamento dei limiti massimi, fissati a mezzo decreto ministeriale, sia elemento costitutivo delle fattispecie di cui all'art. 73 co. 1-*bis*, lett. a) d.P.R. n. 309/90 [...] in ragione della significanza meramente probatoria (della finalizzazione *anche* a terzi) degli stessi» (*ivi*, p. 97). L'Autrice sottolinea le ingentissime criticità di una siffatta presa di posizione, tra l'altro ormai stabilizzatasi con l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite.

valorizzativa della natura *ricognitivo-indiziaria* delle tabelle; la tesi della funzione *costitutiva* era stata, invece, disattesa, sulla scorta del rilievo secondo cui il contenuto di tali provvedimenti non sembrerebbe «lambire in alcun modo il nucleo principale del precetto normativo¹⁶²». Si ha, tuttavia, motivo di ritenere che la conclusione si ponga come opzione conservativa del micro-sistema su cui è modellata la disciplina penale dei settori cui si è fatto riferimento: una prospettiva, dunque, di opportunità, volta a stemperare gli evidenti momenti di frizione con il principio di riserva di legge che deriverebbero dalla presa di coscienza della vocazione integratrice che, in effetti, i limiti tabellari possiedono¹⁶³.

Un'ulteriore, breve chiosa – e ci apprestiamo, con ciò, a concludere – si rende, a questo punto, necessaria. Il frequente utilizzo di fonti atipiche che simulano l'introduzione di contenuti sostanzialmente normativi dietro il velo della discrezionalità tecnica è una metodologia che subisce, oggi più di ieri, vigorose marcature: a fronte dell'ermeneutica elaborata dal Consiglio di Stato in punto di sindacato giurisdizionale «intrinseco» – ancorché non «sostitutivo pieno» – del G.A., si profila, cioè, uno spazio – certo, ancora impervio – di legittimo controllo giudiziale sugli apprezzamenti tecnici della P.A.¹⁶⁴, che consente di ripristinare più compiutamente quell'ineliminabile sostrato valoriale già individuato da Montesquieu nell'esigenza di una netta separazione dei poteri¹⁶⁵.

Dal punto di vista pratico-operativo, pertanto – se, per ora, non si è fatto luogo a meccanismi inibitori della vigenza –, dovrebbe, perlomeno, reprimersi, sul nascere, qualsiasi anelito alla retroazione del «decreto palchi». Il provvedimento, in sostanza, si applica (e non potrebbe essere, al momento, altrimenti), ma soltanto rispetto alle condotte poste in essere in un momento *successivo* – e *non anteriore* – alla sua emanazione.

¹⁶² In questi termini, G. DE SALVATORE, *Principio di legalità ed ermeneutica giurisprudenziale nella legge antidoping, tra istanze di determinatezza ed eterointegrazione normativa*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, n. 4/2014, pp. 1257 ss., ove, tra le altre cose, si ripercorrono le principali linee fondanti l'una o l'altra teoria, sottolineando che i fautori della tesi costitutiva concentrano l'attenzione sul rilievo secondo cui «i decreti Ministeriali svolgerebbero una funzione *ad hoc* tutt'altro che classificatoria, consistente nella individuazione dei farmaci, delle sostanze e delle pratiche dopanti che costituiscono l'oggetto materiale delle condotte richiamate *ex art.* 9 l. n. 376/2000» (*ivi*, p. 1269); diversamente, secondo la tesi ricognitiva «l'indicazione dei farmaci e delle sostanze vietate sarebbe contenuta nella l. n. 522/1995 di ratifica della Convenzione di Strasburgo a cui la disciplina nazionale rinvia. L'integrazione della norma penale sarebbe perciò già compiuta da una fonte di rango primario e non da un provvedimento amministrativo, a cui la legge affida piuttosto la mera classificazione delle sostanze in elenco sulla base delle caratteristiche chimiche e farmacologiche». Così sempre G. DE SALVATORE, *Principio di legalità ed ermeneutica giurisprudenziale nella legge antidoping, tra istanze di determinatezza ed eterointegrazione normativa*, cit., p. 1268.

¹⁶³ Sul punto – con riferimento, rispettivamente, al tema degli stupefacenti e della legge *antidoping* – si rimanda alle osservazioni di: V. MANES, *Il nuovo art. 73*, cit., pp. 4461 ss.; L. ROMANO, *I limiti tabellari*, cit., pp. 89 ss.; G. DE SALVATORE, *Principio di legalità*, cit., pp. 1257 ss.

¹⁶⁴ Non è questa la sede per approfondire la tematica, ma sembra necessario sottolineare che, da un approccio tradizionale che muoveva verso la assoluta insindacabilità, in sede giudiziale, della discrezionalità tecnica della P.A. – sulla scorta del rilievo secondo cui quest'ultima era considerata «afferente all'area del merito dell'Amministrazione e, pertanto, assolutamente insindacabile da parte del giudice amministrativo se non nei casi di giurisdizione estesa al merito» –, si è giunti a postulare un sindacato intrinseco. Sul punto, ampiamente, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2014, p. 1173. In altri termini, si è convenuto che «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi [...] in base non al mero controllo formale estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo». Così Cons. Stato, 9 aprile 1999, n. 601.

Tuttavia, non vi è «uniformità di vedute circa l'intensità del sindacato intrinseco che il giudice può esercitare».

Si dibatte, infatti, tra l'opportunità di un «controllo intrinseco forte (o sostitutivo)» – che, per l'appunto, «comporta la sostituzione della valutazione tecnica operata nel processo a quella opinabile effettuata dall'Amministrazione e si traduce in un potere sostitutivo *tout court*» – e un «controllo intrinseco debole (o non sostitutivo)». Quest'ultimo «conduce a censurare soltanto le valutazioni tecniche che appaiono senz'altro inattendibili, attraverso un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della determinazione amministrativa teso ad accertarne l'attendibilità sul piano scientifico». Così, F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*, p. 1175.

Va detto, comunque, che la tendenza giurisprudenziale più diffusa propende per la tesi del sindacato intrinseco debole/non sostitutivo.

¹⁶⁵ CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Librairie Garnier, 1927 (libro XI); A. L. C. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois de Montesquieu*, Université de Caen, 1992.

7.

Considerazioni conclusive. «Porosità» giuridiche e fattispecie non «calcolabili».

«Viviamo» – secondo B. De Sousa Santos – «in un tempo di porosità [...]», ove il diritto è «costituito da molteplici reti di giuridicità, che ci obbligano a costanti transizioni¹⁶⁶».

Al predicato anti-razionalistico che ha visto il moltiplicarsi delle fonti di produzione, come formula conseguente al declino delle grandi narrazioni della modernità¹⁶⁷, il diritto penale aveva contrapposto le solide logiche della riserva di legge, che – da sola – era in grado di esercitare un controllo garantistico sulle scelte di criminalizzazione. Le conseguenze cui l'abbandono di una prudenza di approccio ha condotto si inscrivono nel circolo della metamorfosi della normatività, che, già sul piano della costruzione dei fatti punibili, ha intaccato la stabilità del monopolio statale nella genesi delle norme incriminatrici.

«Le pagine di Max Weber» – scrive N. Irti – «descrivono un diritto che non c'è più, un diritto di ieri che ha lasciato soltanto qualche traccia o residuo nel nostro tempo¹⁶⁸», un diritto che sfugge alla calcolabilità delle conseguenze che accompagnano il suo infrangimento, non più in grado di presidiare un «avvenire» del quale la legge, difficilmente, può «disporre¹⁶⁹».

Così, il diritto – che era, per definizione, «scienza» atta a «consegnare le azioni degli uomini a prevedibilità e razionalità» – inizia a fare a meno dell'ordine, entra in una fase di crepuscolarismo quanto alla rigidità degli schemi e delle categorie dogmatiche.

Prendere coscienza dei «profili di questo tramonto¹⁷⁰» rappresenta un necessario punto di partenza per l'elaborazione di una scienza della legislazione che – ponendosi in un senso auspicabilmente critico – stemperi le degenerazioni di questo ibridismo normogenetico e si ponga come antidoto al paradigma egemonico della frammentazione e della dispersione metodologica, che caratterizza, oggi, la fase postmoderna della produzione giuridica¹⁷¹.

¹⁶⁶ B. DE SOUSA SANTOS, *Lo stato e il diritto nella transizione postmoderna*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/1990, p. 28. Questo carattere di «fluidità» del diritto è evidenziato da M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit*, Presses universitaires de France, 1986. Si specifica, difatti, che «une société qui punit mais ne ferme pas, c'est précisément une société qui réussit à diversifier le contenu des peines». L'immagine che ne viene fuori è quella di un diritto in grado di differenziarsi; un diritto che non è più l'apogeo dell'ordine e che si presenta come «fattuale» nel senso autentico del termine: un «ordine» nascente dai fatti, finalizzato ai fatti, e strutturalmente legato ai fatti. Questo processo, se da un lato consente di pensare il diritto al di là della dicotomia Stato/società civile, dall'altro sospinge ad un'ermeneutica che sia realmente critica. Allude, altresì, al carattere di «fluidità» Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2007. G. VATTIMO, *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Milano, Garzanti, 2003, pp. 139 ss. discorre, a questo proposito, di «tramonto dell'ermeneutica classica» e sottolinea che «[...] già tentare di modellare leggi, costituzioni, provvedimenti politici ordinari, sull'idea di una progressiva liberazione di norme e regole da ogni preteso limite "naturale" (e cioè ovvio solo per chi detiene il potere) può diventare un progetto politico positivo» (p. 8); ed ancora: «il contributo della filosofia alla razionalizzazione e all'umanizzazione della nostra esistenza, nel mondo tardo-industriale, è scarsa. I filosofi che si ostinano a fare discorsi fondativi – la linea che prosegue la ricerca trascendentale di Kant – ci sembrano vivere in un mondo che non è il nostro, che ignora gli aspetti teorici e anche pratico-politici del tramonto dell'Occidente; i filosofi che celebrano la dissoluzione delle pretese universalistiche della ragione, d'altra parte, appaiono troppo tranquillamente partecipi di questa dissoluzione e li sospettiamo, in fondo, di ridurre la filosofia e la razionalità a puro gioco estetistico». (p. 41). Con più specifico riferimento alla «giustizia del diritto», poi, si dice che l'unica giustizia possibile risiede nell'interpretazione «[...] come applicazione che indebolisce la violenza dell'origine [...]», che rende il diritto «giusto da violento che era [...]», lo consuma nelle sue pretese di perentorietà e definitività, ne smentisce la maschera sacrale» (pp.149-150).

¹⁶⁷ Discorre di *grands récits* della modernità J. F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano, Feltrinelli, 1981.

¹⁶⁸ N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 35.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Sul punto, ampiamente, M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 21 ss.; M. VOGLIOTTI, *La «rhapsodie»: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser la production juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, pp. 141 ss.; A. KAUFMANN, *La filosofia del diritto oltre la modernità*, in *Id.*, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 254 ss.; F. OST, *Le temps virtuel des lois contemporaines ou comment le droit est traité dans la société de l'information*, in *Le Journal des tribunaux*, 5828, 1997, pp. 53 ss.; F. OST, *Jupiter, Hercule ou Hermès. Quel modèle pour un droit post-moderne?*, in *Le Journal des Procès*, 179, 1990, pp. 14 ss.; H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit.; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2002.