

Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*

VINCENZO MILITELLO

Università di Palermo

1. Diritto penale del rischio è formula icastica e che suona adeguata ai tempi: rispetto alla congerie attuale di punti di emersione dell'intervento penale, una chiave di lettura unitaria, anche solo come modello dominante, restituisce un baricentro che ne orienta la lettura.¹ D'altra parte, se la società si caratterizza sempre più per il rischio, il diritto penale - che della società è riflesso e insieme sostegno - non può che connotarsi per lo stesso carattere.²

Come molte espressioni che assurgono a paradigmi penalistici in un certo periodo, al pari cioè dei non meno noti modelli del diritto penale del nemico o del diritto penale moderno (come per i reciproci del

* Il testo, in una versione abbreviata, è stato presentato al Convegno "Processo alla scienza" il 28 maggio 2015 all' Università di Padova. Con piacere viene qui destinato al valoroso collega Nestor Courakis, nel ricordo dei comuni soggiorni friburghesi.

¹ "Una categoria per la diagnosi dei tempi a scopo critico-culturale" la definisce F. Herzog, Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale, in Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo, L. Stortoni/L. Foffani (cur.), Milano 2004, 357.

² Sul relativo collegamento C. Prittwitz, Risiko und Strafrecht. Untersuchungen zur Krise vom Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993 [e la sintesi aggiornata in ID., Società del rischio e diritto penale, in Critica e giustificazione (cit. nt. 1), 373 s.]; C. Piergallini, Attività produttive e imputazione per colpa, prove tecniche di "diritto penale del rischio", in RIDPP, 1997, 1474 s.; B. Mendoza Burgo, El derecho penal en la sociedad de riesgo, Madrid, 2001; C. Perini, Il concetto di rischio nel diritto penale moderno, Milano 2010.

diritto penale del cittadino e del diritto penale classico), la capacità di delineare tratti caratterizzanti univoci nell'oggetto di studio è però limitata. Pesa soprattutto la compresenza in un concreto sistema penale di elementi diversi che impediscono di ascriverlo in blocco all'uno o all'altro dei paradigmi di volta in volta prospettati in termini assolutizzanti.

Nel caso del rischio la situazione è poi complicata dalla pluralità di ruoli e corrispondenti significati nei quali la nozione rileva nel diritto penale.

1.1. Una prima forma di rilevanza della nozione del rischio in diritto penale può dirsi di tipo politico-criminale: il riferimento ad esso descrive un modello di ordinamento che si distacca dall'illecito penale costruito su un evento di lesione o quantomeno di pericolo (concreto) rispetto a beni individuali afferrabili e dominabili da un unico soggetto tramite relazioni di causa-effetto. Un utilizzo del rischio questo che si presta tanto all'approccio del diritto penale del nemico, quanto a quelli del diritto penale moderno: al di là delle rispettive divergenze nell'interpretazione dei caratteri tipici del sistema penale, in entrambi questi recenti approcci politico-criminali, le relative analisi ruotano intorno al ruolo dominante che il rischio assume per fondare la responsabilità penale nelle società contemporanee, non più caratterizzate - neanche solo prevalentemente - dalle offese di lesione dei vari beni penalmente tutelati. È questo il terreno proprio del **diritto penale del rischio**.³

1.2. Un secondo ambito di considerazione penalistica del rischio ha natura più propriamente dogmatica: questa volta esso rappresenta un criterio normativo per restringere la causalità naturalistica e incentra su

³ Si tratta del *Risikostrafrecht* quale "teoria critica del moderno sviluppo del diritto penale", come la descrive *L. Kuhlen*, in *Goldammers Arkiv fuer Strafrecht*, 1994, 347 (con riferimento ai lavori di cui ai lavori di *C. Prittwitz*, cit. *supra* nt. 2). In un tale diritto penale la funzione centrale diventa il controllo del rischio, più che la repressione del danno: *B. Bruenhober*, *Von der Unrechtsahndung zur Risikosteuerung durch Strafrecht und ihre Schranken*, in *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, FS- Schuenemann, R. Hefendehl ed al. (cur.), Berlin, 2014, 3 s.

di sé uno dei più solidi criteri su cui si sviluppa la relativa rilevanza penale, nel contesto più generale dell'imputazione obiettiva dell'evento. Qui esso convive all'interno di una struttura del reato in cui lesione o pericolo concreto possono bene esser presenti nella struttura della previsione incriminatrice, ma il rischio opera una riduzione teleologica di quest'ultima. Il motto relativo potrebbe essere il **rischio nel diritto penale**.⁴

1.3. Una terza forma di rilevanza è infine quella che riferisce il rischio allo stesso diritto penale e alla sua unità costitutiva essenziale, il reato. Qui il rischio non opera sul contenuto, sui requisiti del diritto penale, ma si rivolge alla possibilità di vedersi applicare il diritto penale nell'esercizio della propria attività: il rischio è riferito al soggetto del fatto di reato (l'autore) e non più attiene alle caratteristiche dell'offesa realizzata (dunque a quelle della vittima). Quest'ultima situazione può essere scolpita nella formula il **rischio del diritto penale**.

2. Su tutte queste diverse modalità di interazione fra il diritto penale e il rischio si staglia una nozione logica di tale elemento, che è preliminare ad una corretta impostazione dei problemi connessi: per rischio si deve intendere una probabilità di un evento.

Da qui, un problema di chiarimento dei rapporti con la nozione di pericolo, che esprime pure la probabilità di un evento futuro. L'analogia logica non è però identità contenutistica: già a livello generale il rischio si estende a comprendere ogni tipo di evento, tanto negativo (il verificarsi di un danno: ad es. rischio di un sinistro stradale), ma anche - seppur meno di frequente - positivo (ad es. in una lotteria: rischio di vincita).

In ambito penalistico, poi un'analisi attenta a cogliere le diversità sul piano dogmatico fra le due nozioni rileva che il rischio si riferisce ad una valutazione *ex ante*, ma rispetto ad una situazione che è sfociata

⁴ A questa accezione della nozione si possono ricondurre i lavori di J. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, Berlin, 1981; W. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983; *Id.*, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung*, Heidelberg, 1988.

nella effettiva lesione o danno, e dunque il relativo riferimento serve a rapportare reciprocamente i due stati per verificare se l'evento effettivamente verificatosi rappresenti o meno la concretizzazione del genere di eventi la cui probabilità era stata creata dalla condotta del soggetto. Il pericolo invece esprime una offesa che non si è concretizzata in un risultato lesivo distinto dalla stessa condotta (esempio, il delitto tentato) e dunque rimane una probabilità non confermata dal decorso reale.⁵

3. Vero è peraltro che in ambito penalistico la nozione di pericolo vanta origini più risalenti ed è penetrata più diffusamente nel lessico dommatico: nel ricostruirne quello che è stato segnalato come il suo "percorso di successo" nel diritto penale tedesco, si è di recente fatto riferimento al suo emergere sin dal XVI secolo (in specie nella *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532) in relazione alla legittima difesa (in caso di pericolo inevitabile alla propria integrità). Già all'inizio del XIX secolo il riferimento al pericolo serviva per la sistematica della parte speciale: i manuali cominciavano ad individuare la categoria del pericolo per indicare raggruppamenti nel catalogo dei reati. Ad es., essa compare espressamente nell'intitolazione "dei delitti di comune pericolo" di *Grolman*, ed nella contrapposizione fra varie forme di pericolo individuale e pericolo comune nella categorizzazione proposta nel *Lehrbuch* di P.A. *Feuerbach*. Quest'ultimo autore peraltro, nel progettare il codice penale Bavarese del 1813, faceva più volte riferimento alla categoria del pericolo, tanto in relazione ai delitti di danno della proprietà connessi ad un pericolo, quanto in relazione alle azioni pericolose che cagionano un danno (considerate come delitti colposi), quanto alla minaccia di un pericolo per la vita come scusante. E la riflessione teorica si dedica al delitto di pericolo già nel 1825, benché la prima trattazione monografica arriverà nel 1886.⁶

⁵ Sul punto, se si vuole, V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 24 s.

⁶ In proposito anche per i riferimenti ulteriori, cfr. F.C. *Schroeder*, *Der Siegeszug der Gefahr im Strafrecht*, in *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*. FS-Wolter, M. Zoeller ed al. (cur.), Berlin, 2013, 247 s.

Il riferimento al concetto di rischio è invece successivo alla emersione del pericolo, affiancandosi ad esso senza sostituirlo: *Binding sin* dalla prima edizione di *Die Normen und ihre Uebertretung* del 1876 offre una sistematica del delitto di pericolo ed al contempo introduce la nozione di “rischio moderato, misurato” nel delitto colposo. Da allora il ruolo del rischio nel diritto penale si è andato dilatando, sino ad assumere almeno il triplice significato prima evidenziato. Ma la relazione originaria con il pericolo rimane diffusa e non è raro che i due concetti siano impiegati come sinonimi, il che certo non aiuta a individuare gli specifici ambiti e problemi di volta in volta in considerazione.

4. La vicenda della qualificazione giudiziaria dei fatti del terremoto dell’Aquila rappresenta una test significativo delle problematiche connesse al rapporto fra diritto penale e rischio e delle incomprensioni derivanti dalla sua confusione con il concetto di pericolo. Nel corso del processo in questione, di fronte al rischio sismico concretizzatosi in un preciso momento e luogo si è fatto riferimento alla possibilità di integrare la colpa omissiva nelle condotte di chi non lo ha riconosciuto e pubblicizzato, sostanzialmente attribuendo al rischio un ruolo non solo necessario, ma anche sufficiente per l’imputazione dell’evento colposo di morte e/o lesioni. In tal modo, si trasforma però il criterio del rischio in sede di imputazione dell’evento, tradizionalmente utilizzato in funzione limitante per contrastare la tendenza di fare della colpa una forma di responsabilità oggettiva mascherata, in uno schema fondante un rimprovero di colpa del verificarsi dell’evento.

Ciò però equivale a trascorrere inconsapevolmente da quello che abbiamo sopra indicato come il *rischio nel diritto penale* (segnatamente nella struttura del delitto colposo) al distinto e già pure richiamato *diritto penale del rischio*: questo esprime la tendenza, tipica di una società del rischio come l’attuale, a passare ad incriminazioni non fondate sul verificarsi dell’evento, ma che anticipano la tutela alla stessa creazione di un rischio non consentito, specie quando il disvalore dell’evento sia particolarmente elevato, ad es. per il numero di soggetti potenzialmente coinvolti.

Infine, il ricorso a schemi costruiti sul rischio piuttosto che sull'evento verificatosi, considerati come sufficienti a fondare la responsabilità penale pur in relazione a delitti di evento lesivo, dimostra come il reato finisca per essere un rischio connesso alla società contemporanea: in molteplici settori di essa la tecnicizzazione delle competenze e dei processi causali consentono di indicare solo probabilità e non certezze nell'eziologia di un evento. Chi opera in tali settori dove dunque fare i conti con un *rischio del diritto penale*, che va al di là delle tradizionali cause di scostamento fra i fatti di reato commessi e quelli perseguiti. Questi ultimi dipendono da deficit di efficienza del sistema di *law enforcement*, e dunque riguardano l'effettività della norma penale; invece la costruzione dei reati di evento su schemi di imputazione non causalistici ma probabilistici attiene alla stessa integrazione astratta della fattispecie incriminatrice, e dunque incide sulla materia del divieto fissato dalla norma penale. Ciò per di più finisce per far dipendere la qualificazione penale della condotta da valutazioni quantitative ricavate da altre scienze, in cui normalmente convivono diversi paradigmi esplicativi dei fenomeni studiati, con conseguenti differenze nella spiegazione e comprensione delle relazioni fra gli eventi. Situazione di incertezza scientifica che inevitabilmente si riflette sul livello di *rischio del diritto penale*.

5. Le rilevate aporie sono peraltro il frutto di una più generale difficoltà di adattare gli schemi tradizionali della tutela penale di beni come vita ed incolumità personale, per lo più affidati a reati causali di evento individuale, ai caratteri delle macro-lesioni che connotano le catastrofi naturali (inondazioni, terremoti, slavine) e i disastri tecnologici (incidenti durante processi chimici, o in impianti nucleari).

Dal punto di vista extra-penale si è operata una distinzione di tipologie di intervento nei confronti di fatti simili, che serve a meglio individuare competenze e responsabilità nella complessa interazione dei contributi umani volti a contrastarne i relativi danni.⁷

⁷ Più ampiamente R. Rengier, *Zur Rolle und Reichweite des Strafrechts bei Katastrophen*, in *Gesamte Strafrechtswissenschaft* (cit. nt. 6), 199 s.

Si è così distinta in primo luogo una attività di prevenzione delle catastrofi: essa comprende tutte le azioni precedenti il relativo evento che sono volte ad evitarlo o a contenerne i danni. Questa prima forma di intervento si riconosce essere più difficile proprio rispetto all'evitare le catastrofi naturali (come appunto i terremoti); mentre nel caso di incidenti gravi quali i disastri tecnologici può avere una sua rilevanza, Ne fu un esempio l'incidente centrale nucleare di Tohoku, 2011: l'onda dello Tsunami, alta circa 14 m, investì la centrale nucleare di Fukushima Daiichi, scavalcando le barriere di protezione (alte circa 6 m) ed invadendo i locali della centrale. Un ruolo importante l'attività preventiva può averlo però anche rispetto alle catastrofi naturali: esemplare i divieti di costruzione o quantomeno l'imposizione di standard costruttivi adeguati nelle zone specialmente esposte al rischio di inondazioni o altamente sismiche.

L'attività di prevenzione in senso proprio si distingue dalle azioni di riduzione del danno da catastrofe, che sono da adottare preventivamente: qui ad esempio giocano un ruolo i piani di evacuazione degli edifici in caso di catastrofi, la predisposizione di allarmi generali, l'addestramento e l'aggiornamento di forze apposite di intervento (protezione civile).

Infine vi è una attività di contenimento dei danni da catastrofi da realizzare dopo il relativo verificarsi. Questa volta si tratta di azioni volte a individuare le vittime e soccorrere i feriti, evacuare le zone interessate, assicurare assistenza ai parenti e ai sopravvissuti.

Tutte queste diverse forme di intervento in caso di catastrofe attivano soggetti e responsabilità diverse, interrogando di conseguenza la questione dell'accertamento della responsabilità penale secondo criteri differenti.

L'esigenza di non confondere i vari piani dell'intervento in caso di catastrofe non sembra essere stata adeguatamente considerata nella vicenda giudiziaria del terremoto dell'Aquila. Esaminiamo alcuni dei punti più problematici nel primo grado di giudizio.

6.1. La sentenza del tribunale dell'Aquila (in composizione monocratica) ritiene di aggirare l'impossibilità di affermare la

prevedibilità del terremoto, inteso come evento concreto con una precisa collocazione geo-temporale. A tal fine, disconosce che su tale elemento naturale si debba radicare la tipicità della condotta (in specie, il rimprovero di colpa) degli imputati rispetto ai reati ad essi ascritti di omicidio e lesioni colpose, e sposta piuttosto il relativo giudizio dalla prevedibilità/evitabilità dell'evento naturalistico (terremoto) alla violazione di un dovere di previsione/prevenzione del rischio del terremoto.

[p. 184:] Il giudizio di prevedibilità/evitabilità tipico della colpa, che si basa sulla cristallizzazione di giudizi ripetuti nel tempo, non ha ad oggetto il terremoto quale evento naturalistico non deterministicamente prevedibile e non evitabile; ma ha ad oggetto una attività di valutazione in termini di previsione e [p. 185:] prevenzione del rischio, finalizzata alla tutela della vita e dell'integrità fisica, che il legislatore disciplina e demanda alla Commissione Grandi Rischi.

Il giudizio di prevedibilità/evitabilità, dunque, non riguarda l'evento naturalistico (terremoto) ma l'evento lesivo del bene – interesse giuridicamente tutelato dalle fattispecie contestate (vita e integrità fisica).

Già in quest'ultima conclusione si annida il vizio logico-normativo dell'intero argomentare: l'opposizione – creata ritenendo di sfuggire così all'indiscutibile imprevedibilità del terremoto – fra evento naturalistico e evento giuridico (bene, interesse giuridicamente tutelato) appare erroneamente riferita nel primo caso al terremoto e nel secondo caso ad un evento descritto in termini talmente generali ed astratti da perdere ogni possibilità di essere qualificato come elemento di riferimento necessario a concretizzare il rimprovero di colpa penale, almeno rispetto ad una incriminazione costruita su un evento come morte o lesioni. L'evento da considerare per un tale giudizio è invece quello che colloca la lesione ai beni della vita e dell'integrità fisica in un preciso contesto spazio-temporale, perché solo così la lesione prodottasi può essere raccordata con il relativo processo causale in modo da verificare i giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento concreto, e non piuttosto del genere di eventi a cui quello può

ricondursi o di un evento come tipo astratto. Se i singoli eventi lesivi sono stati causati dal terremoto niente altro che un salto logico è il prescindere da quest'ultimo per affermare la prevedibilità ed evitabilità di quegli stessi eventi.

6.2. Per motivare il proprio convincimento, la sentenza di primo grado richiama però espressamente (p. 247 ss.) la denominazione della commissione. In particolare, dalla sua intitolazione ai **grandi rischi** (inteso come pericolo di lesioni) e non alle **grandi calamità** (intesi quali eventi di danno) si deduce che il non aver previsto non tanto l'evento (terremoto) ma la stessa possibilità del suo verificarsi (il rischio di esso) sia sufficiente a fondare il giudizio di imperizia e di negligenza a fondamento del rimprovero di colposo mancato impedimento dell'evento morte o lesioni.

Un tale argomentare è però incompatibile con il dato normativo che i reati di omicidio e lesioni colposi non sono costruiti sul mero pericolo dell'evento, ma sulla sua causazione effettiva. Si tratta infatti dei più tipici esempi di reati colposi di evento, la cui struttura si differenzia nettamente da quella dei delitti colposi di pericolo, previsti ad esempio nell'art. 450 c.p.

La differenza fra queste due distinte specie di reati colposi passa proprio dal termine di riferimento della colpa: la prevedibilità necessaria a fondarla deve riguardare nel primo caso (art. 589-590) l'evento effettivo, e non il pericolo dell'evento, che è invece sufficiente per l'altra tipologia di reati colposi, esemplificata dall'art. 450.

Se dunque – come la stessa sentenza riconosce – il terremoto come causa dell'evento è, allo stato delle conoscenze, imprevedibile, ritenere che la probabilità della causa (cioè il relativo pericolo) possa essere sufficiente a fondare il rimprovero per la causazione dell'evento equivarrebbe a trasformare omicidio e lesioni colposi da reati di danno a reati di pericolo.

La scelta dell'intestazione della Commissione alla "previsione e prevenzione dei grandi rischi", se ha un valore volto a descrivere i compiti amministrativi dell'organo, non può fuorviare il giudizio penale di colpa rispetto agli eventi di morti e lesioni derivati dal

terremoto, la cui imprevedibilità naturalistica, scientificamente accertata e riconosciuta in sentenza, non è scalfita dalla fissazione normativa di compiti amministrativi di un organo. Questi infatti servono piuttosto a definire obiettivi di azione la cui violazione può essere sanzionata o in via amministrativa o creando appositi illeciti omissivi di pericolo.

In definitiva, la sentenza commette un duplice errore logico-normativo, trasformando per un verso la prevedibilità richiesta per il giudizio di colpa in una previsione come compito della Commissione, ed al contempo e per altro verso gli eventi dannosi della vita e dell'incolumità personale in meri pericoli rispetto a quei beni.

6.3. Illuminante infine può essere accostare l'argomentazione seguita dalla sentenza con un dato normativo già prima considerato.

Amnesso che si voglia muovere alla Commissione un addebito di mancata previsione del rischio del terremoto (peraltro nel verbale della riunione della stessa si rileva espressamente che "una scossa" forte "come quella del 1703 ... non si può escludere in modo assoluto"), ed una volta negato, come sopra evidenziato, che ciò basti a fondare la colpa a fondamento dei reati di evento di cui agli art. 589 e 590, si potrebbe pensare di qualificare il comportamento della Commissione ai sensi dell'art. 450, che si è visto incriminare proprio i delitti colposi di pericolo.

Ma qui sorge un insuperabile ostacolo all'affermazione di responsabilità ricercata, che a ben vedere si riflette anche se si considerano i diversi reati di cui agli art. 589 e 590: il testo della norma di cui all'art. 450 incrimina infatti "l'azione o l'omissione colposa che fa sorgere o *persistere*" una serie di "eventi di comune pericolo" - in termini moderni potremmo dire di "grandi rischi" - che sono descritti tassativamente: "il pericolo di un disastro ferroviario, di un'inondazione, di un naufragio, o della sommersione di una nave o di un altro edificio natante". Come si rileva facilmente, l'ampia elencazione - che pure comprende fenomeni anche naturali, come l'inondazione - non contempla i terremoti (come evento di comune pericolo o grande rischio): evidentemente, il legislatore assume che un

tale fenomeno, non potendo essere causato né da una azione umana né tantomeno essere prevedibile, non possa assunto a fondare una pretesa di evitare “una azione o *omissione* colposa” che faccia quantomeno “*persistere* il pericolo” di un tale evento, al pari delle altre condotte – analoghe, ma diverse perché in alcuni casi prevedibili - penalmente sanzionate dalla norma in esame. L’inesigibilità di una tale condotta impedisce di poter muovere un rimprovero di mancata previsione delle cautele necessarie. Ed una tale mancanza di esigibilità da parte dell’ordinamento non può che essere ancora più evidente se al pericolo dell’evento si sostituisce la sua concretizzazione in lesioni effettive ai beni della vita e dell’incolumità personale.

7. Se poi si guarda nell’ottica più generale delle aspettative sociali che le catastrofi suscitano, il ricorso al rischio come criterio per imputare gli eventi di morte e lesioni in situazioni di disastri tecnologici o di catastrofi naturali può apparire una risposta alle spinte dell’opinione pubblica per individuare le responsabilità in tali casi caratterizzati da offese particolarmente gravi e diffusive. Ciò si collega ad una crescente domanda di tutela della sicurezza, che è fortemente influenzata dall’attenzione dei mass media in materia. La sicurezza è infatti nozione reciproca a quella di rischio: la contraddizione di una società del rischio che al contempo aspira ad assicurare la sicurezza finisce per scaricare le proprie tensioni sul sistema dei valori tutelati dall’ordinamento giuridico. Le torsioni di istituti quali il delitto colposo d’evento o la stessa responsabilità omissiva realizzate attraverso il ricorso al paradigma del rischio quale criterio di imputazione finiscono per essere aspetti a valle di un problema politico-criminale più generale: quello indotto dall’aspirazione alla sicurezza affidata al diritto penale e alla connessa spinta alla prevenzione dei pericoli più che alla repressione delle lesioni ai beni rilevanti.

Il carattere pervasivo del riferimento alla sicurezza in Paesi diversi è il risvolto della diffusione qualitativa e quantitativa dei rischi nelle società contemporanee, specie occidentali. D’altra parte, proprio il riconoscimento di principio di fondamentali libertà nei rispettivi

ordinamenti pone il problema della legittimazione, nel contesto di un approccio integrato fra le varie politiche di sicurezza, del ricorso anche al diritto penale, che sempre implica una restrizione delle libertà. In breve, la *società del rischio* ha bisogno davvero di un *diritto penale del rischio* o – ciò che è lo stesso – *della prevenzione* affidata al diritto penale come garanzia anticipata della sicurezza?

La questione può assumere un duplice profilo: empirico o valutativo. Dalla prima prospettiva, la risposta è univocamente positiva: nei fatti, in Italia tutti i “pacchetti sicurezza”, quali che siano stati i rispettivi interpreti politici presenti nella democrazia italiana, dimostrano il ricorso costante al diritto penale. Se ne ricava che nelle scelte politiche concrete questo anzi rappresenta non *l’extrema ratio*, ma la stessa struttura portante delle misure di contrasto ai fenomeni criminali considerati. Le misure para-penali sembrano ridotte piuttosto a mero contorno delle norme penalistiche, quasi in funzione servente di una maggiore efficienza di quelle. Si inverte così il senso tradizionale del principio di sussidiarietà del diritto penale rispetto agli interventi di controllo, in cui è la forza delle sanzioni penali a servire al funzionamento degli strumenti regolativi degli assetti sociali e di interesse, rafforzandone l’efficacia preventiva dei conflitti.

L’effetto attrattivo del diritto penale si inquadra nell’uso politico più generale del ricorso alla sicurezza. Si tratta di contesto che nelle società democratiche contemporanee si presta ad affrontare i problemi più svariati in termini carichi di significati emozionali, tali da richiedere risposte “immediate, decisive e speciali”⁸: in Italia, ad esempio, non è raro che la questione della sicurezza venga qualificata come “grave emergenza nazionale” per attribuirle priorità nel novero degli obiettivi dell’azione pubblica. Ciò si accompagna alla rappresentazione mediatica delle paure o comunque delle attenzioni nei confronti dei pericoli per beni come l’incolumità personale⁹, che

⁸ I. Loader/N. Walker, *Civilizing security*, Cambridge 2007, 10-11.

⁹ Di un “agitato sentire sociale” che associa fenomeni molto diversi fra loro in “unico, grande filone <<emergenziale>>” parla ad es. Flick, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, in “A tutti i membri della famiglia

alimenta un clima in grado di inibire un controllo critico delle scelte compiute.

La scienza penale non può certo appiattirsi su questa politica della sicurezza, a pena di perdere ogni autonomia critica e di snaturarsi in politica *tout court*¹⁰. Se però si passa dalla descrizione alla valutazione dei fatti, il percorso diventa più accidentato e si aprono differenti alternative nella compatibilità fra diritto penale e sicurezza: per un verso, infatti, l'inerenza della sicurezza ai compiti primari e fondanti di un organismo pubblico, al quale i cittadini conferiscono il monopolio della forza, è principio alla base dell'accezione moderna di Stato già nel pensiero di *Hobbe*¹¹. Inoltre, che per realizzare tale compito sia fondamentalmente possibile il ricorso al diritto penale è dimostrato dalla esistenza di norme in tal senso sin dai codici del liberalismo classico: in Italia ne sono esempio i delitti contro lo stato nel codice liberale del 1885.

Non convince dunque l'idea che la scienza penalistica possa solo esercitare una critica radicale alla sicurezza come compito del diritto penale¹². La tesi è nobile nelle intenzioni: mantenere l'indipendenza dalla politica e così la propria ragion d'essere appunto scienza. Essa però sembra erigere una *turris eburnea* penalistica che espelle il confronto con la realtà empirico-criminologica, ed in specie il contrasto ai rischi per beni fondamentali dell'individuo, indubbiamente presenti e caratterizzanti le moderne società complesse. Se il diritto penale fosse

umana" per il 60° della Dichiarazione Universale, s.l. a. (ma Milano 2008), 262. Sul protagonismo dei mezzi di comunicazione sociale nelle società contemporanee rispetto alle fortune in esse del diritto penale simbolico, *M. Díez Ripolléz*, Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena, in *Critica e giustificazione del diritto penale* (cit. nt. 1), 150 s. Sul ruolo dei media rispetto al tema della sicurezza interna ad es. *T. Würtenberger*, Sicherheitsarchitektur als interdisziplinäres Forschungsfeld, in *Sicherheit und Freiheit statt Terror und Angst*, *Riescher* (Hrsg.), 2010, 102 s.

¹⁰ Un rifiuto vigoroso in *W. Naucke*, La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico, in *Sicurezza e diritto penale*, *M. Donini/M. Pavarini* (cur.), Bologna, 2011, 74 s.

¹¹ *T. Hobbes*, *Leviathan*, Cap XIII, XVII.

¹² È la posizione di *W. Naucke* ribadita di recente nel testo prima citato (nt. 10).

estromesso del tutto dalla prevenzione dei rischi, la relativa tutela non resterebbe certo affidata alla sola sicurezza amministrativa e di polizia, ma finirebbe anche per essere gestita da forme privatistiche di prevenzione dei rischi: la diffusione di queste, alimentata da una industria della sicurezza in costante espansione, produrrebbe però inevitabili diseguaglianze sociali nell'effettiva garanzia dei diritti individuali e collettivi: solo i ricchi potrebbero permettersi di pagare ciò che la polizia non riesce a prevenire!

Sotto questo profilo, riconoscere un fondamento costituzionale alla sicurezza va oltre il ricorso ai documenti internazionali ed europei che lo menzionano espressamente: basta il fondamentale principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge a riconoscere una legittimazione di principio all'intervento pubblico di tutela.

Con ciò il diritto penale non può certo dirsi automaticamente "sdoganato" in questa azione pubblica; al contrario, il ricorso ad esso evidenzia un paradosso del rapporto fra sicurezza e libertà dei cittadini. È stato in proposito rilevato che la concentrazione del potere coercitivo penale rende lo stato al contempo una garanzia ed una minaccia per la sicurezza dei cittadini¹³. Si tratta peraltro di verità non certo esclusiva del problema della sicurezza, quanto piuttosto immanente al diritto penale *tout court*: "tutela di beni giuridici mediante lesione di beni giuridici", come ci è noto almeno dai tempi di *Franz von Liszt*.

Sullo specifico terreno qui in esame, non è vero poi che la sicurezza sia destinata, nel medio/lungo termine, ad esercitare una tirannide rispetto alla contrapposta esigenza della libertà. Ciò sarebbe dovuto - secondo una prospettiva recente, che si richiama all'approccio delle neuroscienze¹⁴ - alla natura ancestrale dell'istinto di autotutela che la sicurezza esprime. La libertà invece sarebbe un mero valore ideale, incapace di contrapporsi adeguatamente alle spinte irrazionali che

¹³ Cfr. *R.C. Hanschitz, Sicherheit - Mythos der Moderne. Eine Phänomenologie der Fahrlässigkeit*, Freiburg 2005, 121 s.

¹⁴ *C. Prittiz, La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, in *Sicurezza e diritto penale* (cit. nt. 10), 105 s.

sostengono l'altro valore. Si tratta però di uno scenario non certo scontato: l'istinto di autotutela è sempre esistito, ma ciò non ha impedito l'affermarsi nella storia del mondo occidentale di una rete di libertà che oggi rappresentano per noi una tavola radicata di valori, anche costituzionalmente tutelati.

Né ancora si può ridurre il fascio attuale dei diritti di libertà e più in generale dei diritti fondamentali della persona ai soli *Abwehrrechte*, diritti del singolo contro aggressioni dei poteri pubblici: come rivela il sorgere di diverse generazioni di diritti, è progressivamente emerso un ruolo dello Stato non solo come guardiano notturno dei diritti di libertà, ma come soggetto che promuove attivamente la tutela dei diritti. Di ciò, la Costituzione Italiana fornisce una indicazione esemplare, grazie al completamento del principio dell'eguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 co.1) con la prospettiva sostanziale, che impegna lo stato a rimuovere gli ostacoli che impediscono la concretizzazione della parità formale (art. 3 co.2).

Si conferma così l'esistenza fra sicurezza e libertà di un rapporto obbligato, ma non si dice quale ne sia il punto di equilibrio e soprattutto non si dice che tale linea debba essere segnata dal diritto penale. Invece, non si può attribuire alla sicurezza uno status di macro-bene collettivo, tale da consentire un intervento penale limitato solo dai contingenti bisogni punitivi di volta in volta concretizzabili nei settori più diversi. Certo la sicurezza rappresenta lo sfondo e l'elemento comune di esigenze di tutela tanto individuali quanto collettive in molteplici ambiti della vita contemporanea. Ma in relazione a ciascuno dei beni giuridici implicati va di volta in volta criticamente verificata la legittimazione dell'intervento penalistico che si spinge a prevenire anche i pericoli.

In proposito, non si tratta solo di adottare criteri di razionalità politico-criminale, come quello di proporzione fra bene tutelato, grado del pericolo e risposta penale, ma di rispettare anche i principi costituzionali (in Italia, in specie personalità-colpevolezza e di riserva di legge statutale). Questa rete di controllo non può comunque fornire una risposta unica in tutte le situazioni possibili: al di là della garanzia

di un nucleo duro intangibile nel godimento dei diritti (che vieta ad esempio il ricorso alla tortura), la concreta individuazione del punto di equilibrio nei singoli casi va democraticamente ricercata nella consapevolezza dell'ineliminabile rapporto di tensione fra sicurezza e libertà. Il "dissenso razionale" e la "moralità del conflitto" fra questi due valori emerge nel modo più chiaro proprio sul terreno penalistico: entrare e muoversi in esso richiede dunque un *surplus* di responsabilità e cautele¹⁵.

¹⁵ S. Besson, *The Morality of Conflict*, Oxford 2005.