

ONTOLOGIA DEL PERICOLO

DANGER ONTOLOGY

MARISTELLA AMISANO TESI*

RIASSUNTO: Il pericolo è un concetto fondamentale del diritto penale, tuttavia la sua definizione è complessa e non univoca. Si vogliono ripercorrere le definizioni di pericolo che si suddividono in soggettive ed oggettive. Soggettive sono quelle che fanno riferimento al timore che si verifichi un evento lesivo; oggettive quelle che si focalizzano sul concetto di possibilità che accada qualcosa di dannoso.

PAROLE CHIAVE: Pericolo. Sicurezza. Danno. Possibilità. Probabilità.

ABSTRACT: *Danger is a fundamental concept of criminal law, but its definition is complex and ambiguous. This work aims to retrieve the principal definitions of danger that can be divided into subjective and objective ones. Subjectives are those that refer to the fear that a defective event occurs; objectives are the ones that focus on the concept of chance that something harmful may happen.*

KEYWORDS: *Danger. Safety. Damage. Possibility. Probability.*

1 LA FINALITA' DELL'INDAGINE

Il pericolo è concetto che permea l'intero diritto penale. Infatti, il diritto penale nasce per garantire ai consociati quel sentimento di sicurezza che viene minacciato non soltanto dalla lesione dei beni giuridici considerati essenziali per la stessa esistenza del consorzio sociale, ma anche la loro mera messa in pericolo. Pericolo e sicurezza si pongono quasi come un ossimoro. Malgrado l'importanza che riveste nell'ordinamento penale, la definizione di pericolo non è affatto facile nè univoca.

Lasciando da parte, per il momento, il significato a-giuridico o, se vogliamo, pre-giuridico, dentro l'ordinamento penale lo stesso pericolo assume connotazioni diverse a seconda che ci si riferisca ai reati di pericolo in senso tecnico, oppure a quell'idea di pericolo, più sfumata ma non per questo meno presente, che dà luogo alla c.d. società del pericolo che caratterizza il nostro tempo. Lo sviluppo economico, il progresso tecnologico ma anche sociale, la crisi del tradizionale rapporto tra libertà e sicurezza hanno condotto ad una società del pericolo ove il pericolo stesso è inteso come comprensivo

* Professore Associato di Diritto Penale dell'Università della Calabria Referee del Ministero dell'Università e Ricerca italiano. Email: maristami@libero.it

di tutte le forme che può assumere e attraverso cui si esprime la complessità del vivere moderno. E' quindi necessario circoscrivere l'ambito in cui ci si muove: questa indagine riguarda il concetto di pericolo e non quella applicazione che ne vien fatta attraverso i reati di pericolo così come codificati. L'applicazione in ambito penale del pericolo, infatti, lungi dal limitarsi ai reati di pericolo, si estende a molti settori, tra i quali vanno citati la causalità adeguata, la teoria dell'imputazione, le scriminanti, il rischio consentito e quindi la teoria della colpa, il tentativo. Data questa vastissima incidenza del pericolo nel diritto penale, ciò che mi pare interessante è individuare la base, ossia l'ontologia di quel concetto da cui le varie applicazioni si dipartono.

2 IL CONCETTO DI PERICOLO

Benchè la rilevanza dogmatica del concetto di pericolo, come abbiamo visto, sia è indubbia, questo “si sottrae a una precisa definizione scientifica. Esso non è determinabile in maniera universalmente valida¹”. La stessa qualificazione gnoseologica di pericolo non si pone in termini univoci: si tratta di un dato reale esistente in natura o è il prodotto soggettivo della mente umana? Lasciamo da parte i problemi di accertamento, che coinvolgono –tra le altre cose- le variabili relative al momento temporale del giudizio, le regole di esperienza da tenere in considerazione ed il grado di probabilità rilevante. Ma già questi rapidi cenni fanno comprendere l'ampiezza della questione. Questione che è stata poco studiata dalla dottrina, probabilmente perchè, proprio a causa delle difficoltà ontologiche, è sembrato più facile interpretare il pericolo di volta in volta codificato nei vari istituti piuttosto che fornire una definizione a monte. A questo si aggiunga la ritrosia secondo cui indagare sulla natura filosofica del pericolo è “questione quasi scolastica che rischia sempre di arenarsi nelle alte sfere dei principi indimostrabili o delle premesse difficilmente dimostrabili”². Può

1 L'affermazione è contenuta in una famosa massima della Corte federale tedesca riportata da F. Angioni in , *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*. Milano, 1994, pag. 9 : *Bundesgerichtshof, 4.Strafsenat, 15 febr. 1963 (in Entscheidungen des BGH in Strafsachen, 1963, pag. 272)*

2 Angioni, cit., pag. 10

essere utile richiamare, allora, il significato pregiuridico del termine. Tale significato, ovviamente, non potrà vincolare il legislatore nè l'interprete, tuttavia segna un limite: consente di ricavare un nucleo significativo di partenza, al di fuori del quale non potrà essere ricercata la funzione semantica che il termine è chiamato a svolgere all'interno delle norme giuridiche penali³.

Nel significato corrente, 'pericolo' è una "circostanza o complesso di circostanze da cui si teme possa derivare grave danno"⁴ ovvero "uno stato o condizione in cui c'è da temere qualcosa, male o danno, che ci minaccia". Definizioni che però, secondo autorevole opinione, impedirebbero di cogliere il pericolo sotto il profilo naturalistico, tanto che sarebbe preferibile utilizzare una definizione nella quale il criterio di qualificazione non sia tale da cancellare lo sfondo naturalistico della nozione, ovvero: "apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto"⁵.

Elementi comuni di tali definizioni sono la possibilità che, in un momento futuro, si verifichi un danno; il rapporto di derivazione di tale danno dal complesso di circostanze cui appunto si attribuisce il nome di pericolo, nonchè la valutazione che di tale nesso di derivazione ne faccia un soggetto coinvolto. Da queste stesse embrionali definizioni emerge l'ambivalenza intrinseca del termine: da un lato si fa riferimento al timore che si verifichi un evento lesivo, sottolineando, quindi, una percezione di tipo soggettivo; dall'altro, invece, si evoca il concetto di possibilità che accada qualcosa di dannoso, riferendosi, dunque, ad una valutazione oggettiva.

L'etimologia della parola offre ulteriori e interessanti spunti per una ricostruzione più precisa: l'origine comune del termine 'pericolo' per le lingue neolatine si trova in *periculum*, dal verbo *perior* che, in generale, indica fare esperienza, provare, sperimentare. *Periculum*, dunque, è qualcosa attraverso cui si può acquisire esperienza: un tentativo, una prova, un esperimento; ad

3 Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano, 1990, pag. 161

4 *Dizionario Enciclopedico Italiano Treccani*, vol. IX, Roma, 1958, pag. 244.

5 Marcello Gallo, Relazione al X Congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto penale, Roma 1969.

esso è connessa una possibilità, un certo rischio. In particolare, nel linguaggio giudiziario, *periculum* indicava lo stesso processo, sottolineando l'alea che lo caratterizza. Proprio il rischio di condanna nel processo ha connotato il termine fino a fargli assumere il valore generico di “rischio di qualcosa di negativo”, “possibilità di danno”, che si è mantenuto inalterato fino ad oggi in tutte le lingue neolatine. Essenziali, dunque, per la determinazione del concetto di pericolo si rivelano tanto l'incertezza, il rischio riguardo ad un evento futuro quanto il carattere negativo di tale evento o risultato. Emerge, poi, che il concetto di pericolo assume una duplice connotazione oggettivo-soggettiva: indica contemporaneamente la causa o situazione che espone al rischio e la situazione di chi si trova a sopportare il possibile pregiudizio. Questi, come già detto, i caratteri pre-giuridici del concetto di pericolo.

Il diritto, però, si è appropriato di questo concetto e ne ha tentato una definizione, che non può non risentire dei medesimi elementi individuati in via pre-giuridica, che vengono di volta in volta accentuati o messi in ombra a seconda della teoria che si intende proporre.

Fu nel panorama dottrinale di fine '800, influenzato dalla cultura positivista, che iniziò a discutersi del concetto di pericolo in diritto. Il dibattito si svolse soprattutto sul terreno della causalità e ruotò intorno alla contrapposizione tra due diversi orientamenti interpretativi: da un lato quello che sosteneva una valutazione rigorosamente deterministica delle conseguenze dell'agire umano e che pertanto negava qualunque consistenza alla categoria della possibilità; dall'altro quello che riteneva necessario attribuire l'illecito penale ricorrendo, già in sede di giudizio causale, ai concetti di probabilità e adeguatezza. Tale divergenza di opinioni ebbe riflessi decisivi anche con riferimento alla nozione di pericolo penalmente rilevante. Per i sostenitori del determinismo, infatti, poiché qualsiasi accadimento è rigorosamente riconducibile alle leggi causali che regolano in modo necessario il corso degli avvenimenti, tutto ciò che si è verificato non poteva non verificarsi e, viceversa, ciò che non è accaduto non poteva in alcun modo accadere. In entrambi i casi l'esito degli avvenimenti dimostra che o erano presenti tutte le condizioni per le quali un dato risultato

doveva inevitabilmente prodursi (tanto che si è effettivamente verificato) oppure che tali condizioni erano assenti (tanto che quel risultato non si è determinato)⁶. Se ogni cosa accade per necessità, non esiste uno spazio intermedio fra ciò che è e ciò che non è: la possibilità è soltanto una proiezione, sul piano dei fatti, delle nostre rappresentazioni mentali, ma essa non ha in sé alcuna consistenza oggettiva. Secondo tale impostazione, pertanto, il pericolo non è qualcosa di reale e oggettivo, ma si identifica con il giudizio di un osservatore che non possiede una conoscenza sufficiente dei dati di fatto e/o delle leggi causali: il pericolo, in questo senso, “è figlio della nostra ignoranza”⁷.

I fautori della teoria soggettiva del pericolo, concordando col fatto che tale ignoranza risulta, il più delle volte, insuperabile per definizione, essendo la conoscenza scientifica in continua evoluzione, confermano l'esclusiva appartenenza del pericolo al mondo della psiche⁸. In tal modo, questo concetto andrebbe a sovrapporsi al timore, finendo con l'indicare la sensazione provata da chi sente incombere su di sé la minaccia di un danno. Un corollario dell'impostazione soggettiva discende dal fatto che la previsione di reati che non richiedono necessariamente la lesione del bene giuridico determina uno spostamento dell'oggetto di tutela. Poiché nei reati di pericolo il legislatore punisce il fatto di determinare una situazione in cui ancora non si è verificata nessuna lesione e poiché il pericolo in sé non possiede alcuna consistenza oggettiva, ciò che viene protetto sarebbe non tanto il singolo bene giuridico quanto, piuttosto, il senso di sicurezza. E non si badi quello della sola vittima, bensì dell'intero ordinamento giuridico⁹. Per questo i sostenitori della teoria soggettiva del pericolo finivano col ritenere determinante, ai fini della classificazione delle varie figure delittuose,

6 Parodi Giusino, cit., pag. 168.

7 Angioni, cit., pag. 11, che riporta la fortunata espressione di HÄLSCHNER.

8 E. Gallo, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, pag. 21. L'Autore afferma circa il pericolo: “pur riferendosi a situazioni di fatto obiettivamente rilevabili, è in primo luogo un sentimento, un'emozione ed ha perciò origine nella psyche”.

9 Parodi Giusino, cit., pag. 169.

non tanto l'oggetto giuridico verso cui veniva portata la minaccia, quanto le caratteristiche del mezzo utilizzato dall'agente a tal fine. Si veda, ad esempio, il delitto di incendio: dapprima concepito come reato di danneggiamento, successivamente ricondotto alla categoria dei delitti contro la pubblica incolumità, proprio in virtù della pericolosità del fuoco come mezzo offensivo¹⁰. Del resto, come è stato detto proprio con riguardo al reato di incendio, l'apprensione generale dei cittadini è dovuta al fatto che alcuni delitti “sono consumati con un mezzo non frenabile dalla mano stessa del colpevole, né da lui limitabile entro i confini dell'offesa all'individuo aggredito, perché quel mezzo pone per sua natura in pericolo i diritti di un numero più o meno esteso di altri cittadini”¹¹.

Una concezione del pericolo concepita in chiave esclusivamente soggettiva, incentrata sull'allarme sociale che taluni fatti destano nella collettività e che finisce per svincolare definitivamente la minaccia dal suo termine di riferimento concreto: l'evento lesivo, che rappresenta il lato oggettivo del disvalore.

La concezione soggettiva del pericolo è stata oggetto di numerose critiche. Si è osservato che occorre distinguere il pericolo dal timore, poiché quest'ultimo può essere avvertito anche di fronte ad una situazione per nulla orientata verso una lesione, così come –in senso opposto- può mancare nel soggetto su cui incombe realmente la minaccia di un danno. Più in generale, si è detto che il pericolo non può consistere nel giudizio, ma deve formarne l'oggetto. Se così non fosse, si dovrebbe ritenere che il pericolo deriva non dall'azione penalmente illecita, ma dall'operazione mentale compiuta dalla vittima o da un osservatore medio o dal giudice: il che lascerebbe spazi di soggettività troppo ampi¹². Giuste, a mio parere, le critiche alla teoria soggettiva finalizzate alla tutela del principio di certezza del diritto e che mirano all'uniformità di valutazione tra fatti che

10 L'attuale art. 423 c.p. risulta svincolato da qualsiasi riferimento a ipotesi di danneggiamento. Il delitto di danneggiamento seguito da incendio è oggetto di fattispecie ulteriore e strutturalmente diversa, regolata dall'art. 424 c.p.

11 D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, pag. 15

12 Angioni, cit., pag. 14 e PARODI GIUSINO, cit., pag. 170.

presentino le medesime caratteristiche. Ciò non toglie che la teoria soggettiva metta in luce un aspetto assolutamente reale: il rapporto di dipendenza tra il pericolo e la percezione di chi deve valutare l'esistenza del pericolo stesso. La componente soggettivo-valutativa non mi sembra eliminabile.

Resta il fatto che i principi che presiedono all'ordinamento penale rendono necessaria l'individuazione di un dato obiettivo, riscontrabile nella realtà esterna, a cui ancorare il concetto di pericolo¹³.

I primi passi nell'elaborazione di questa prospettiva possono essere rintracciati in Binding e von Kries. Binding affrontò l'argomento in un'ottica prevalentemente giuridica e, effettuando un approfondimento in materia di oggetto e scopo della tutela penale, si propose di individuare un fondamento teorico che giustificasse l'incriminazione della semplice esposizione a pericolo del bene giuridico. Von Kries, invece, fondò le sue argomentazioni sul terreno scientifico in generale e, inserendosi nel dibattito sulla casualità, cercò di analizzare la natura delle relazioni di possibilità e probabilità per poterle applicare al diritto penale. Entrambe le impostazioni, benchè molto diverse, ebbero notevole importanza per il successivo sviluppo della dottrina –non solo tedesca- sul pericolo. Da esse ebbero origine i due principali orientamenti che ancora oggi definiscono l'accostamento al pericolo.

Secondo la prospettiva riconducibile a Binding, il pericolo sarebbe da considerare un disvalore in sé e per sé, autonomamente dalla lesione, in quanto costituirebbe un oggettivo turbamento dell'esistenza del bene giuridico. Anche nei reati di pericolo, quindi, si nasconderebbe un nucleo, una vera e propria forma di danno materiale per il bene, a prescindere tanto dal timore eventualmente avvertito dai soggetti coinvolti quanto dal risultato complessivo dell'azione, in termini di effettiva lesione dell'interesse protetto.

Viceversa, secondo la prospettiva di von Kries, il disvalore costituito dal pericolo potrebbe essere apprezzato soltanto attraverso il collegamento con la lesione dei beni giuridici: la ragione

13 Patalano, *Significato e limiti della dattica del reato di pericolo*, Napoli, 1975, pag. 44.

dell'incriminazione andrebbe quindi individuata nella necessità di prevenire la possibilità di quella lesione, con la minaccia di sanzioni per chi abbia reso possibile o probabile il verificarsi di un danno¹⁴. Comunque vogliano intendersi le cose, è chiara la differenza con la concezione soggettiva: il pericolo non corrisponderebbe più al frutto di un'astrazione mentale dell'interprete, né tanto meno alla mera possibilità di una lesione futura temuta dall'osservatore, ma si connoterebbe come una aggressione attuale nei confronti del bene giuridico, perchè ne pone in crisi la sicura e indisturbata esistenza.

Ma anche la teoria oggettiva ha prestato il fianco a critiche. Nella realtà non esistono pericoli a sé stanti, ma entità, fatti, atti, oggetti, risultati pericolosi: il pericolo si riferisce ad un evento, è connesso ad un evento, è un attributo o una qualificazione dell'evento. Il pericolo non è e non può essere una situazione considerata in sé stessa, ma è un attributo di questa o quella situazione e si pone sempre in relazione ad un ulteriore termine di paragone, futuro e incerto, che si cerca di evitare in quanto considerato negativo. L'essenza del pericolo sta proprio nella relazione che collega l'accadimento di cui si afferma la pericolosità con un male/danno futuro, configurandosi sempre come un *quid*, mai come una situazione o evento in sé¹⁵.

Da un punto di vista tecnico, poi, la teoria oggettiva, attribuendo al pericolo un disvalore di evento, determina come conseguenza la necessità di effettuarne l'accertamento mediante un giudizio *ex post*. Ma la valutazione *ex post* contrasterebbe, secondo certa opinione, col concetto stesso di pericolo: quando si tiene già conto di tutti i dati disponibili, la realtà del pericolo si dissolve per lasciar posto alla constatazione che un danno si è verificato oppure che esso non si è verificato; in questo modo si potrebbe affermare l'esistenza di un pericolo soltanto nei casi in cui si è verificato un danno ovvero in quelli in cui non si riesce a trovare alcuna plausibile spiegazione scientifica al fatto che la lesione, che in base alle conoscenze disponibili appariva necessariamente destinata a

14 Parodi Giusino, cit., pag. 173.

15 Parodi Giusino, cit., pag. 182 e 183.

verificarsi, al contrario non si è realizzata¹⁶. Ma una nozione simile di pericolo non risponde alle esigenze del diritto penale: se una lesione è stata evitata per l'intervento di fattori assolutamente casuali, che rendono perfettamente chiaro il perché non si sia verificato il danno, ciò non è sufficiente ad escludere il carattere di pericolosità.

Ulteriore ragione teorica che indurrebbe a dubitare dell'identificazione del pericolo con l'evento in senso tecnico, è che tale nozione potrebbe essere adottata solo per le fattispecie a pericolo concreto e non anche per quelle a pericolo astratto, per le quali si renderebbe necessaria, quindi, una ulteriore e diversa nozione di pericolo, creando una duplicazione concettuale di cui non si avverte affatto la necessità.

Anche alla teoria oggettiva, quindi, non si può aderire *in toto*, sebbene colga alcuni aspetti importanti del pericolo.

Von Kries, per evitare le critiche che erano state mosse alla teoria del Binding, ha cercato di valorizzare la dimensione "relazionale" del concetto di pericolo, identificandolo nel rapporto intercorrente tra una condotta determinata o un evento da un lato e un danno temuto (e che si vuole evitare) dall'altro. Von Kries, pur riconoscendo che gli avvenimenti sono condizionati in modo necessario dalle situazioni esistenti, volle studiare i concetti di possibilità e probabilità senza ipotizzare l'esistenza di un essere immaginario dotato di scienza universale bensì partendo dalle effettive capacità umane, per natura stessa non illimitate¹⁷. In questa prospettiva, egli considerò come "assolutamente casuali" quei risultati che fossero determinati da un tale numero di circostanze diverse, suscettibili ciascuna di piccole ma determinanti variazioni, da sfuggire al controllo umano. Ad esempio, il percorso della pallina nel gioco della roulette. Per tali accadimenti egli formulò il concetto di possibilità oggettiva e, sulla base di questo, sostenne che il grado di probabilità del verificarsi di un determinato risultato fosse espresso dal rapporto tra il numero di possibilità favorevoli ad un certo risultato e la somma totale delle possibilità (per esempio,

16 Parodi Giusino, cit., pag. 185.

17 Parodi Giusino, cit., pag. 187 e ss.

alla roulette la probabilità che la pallina finisca su un numero rosso, posto che vi sono 18 numeri rossi e 37 numeri in tutto, è di $18/37$). Naturalmente le circostanze della vita comune rendono più complesso definire il numero delle possibilità complessive, favorevoli e sfavorevoli, rispetto al verificarsi di un certo risultato. Il numero delle variabili non conoscibili aumenta così infinitamente e lascia margini di incertezza più ampi nei giudizi di possibilità o probabilità.

L'accostamento tra concetto di pericolo e possibilità/probabilità si fonda sulla loro affinità concettuale e strutturale: l'uno e l'altra consistono in relazioni. Con la sola differenza che mentre la probabilità, in termini di valore, è un concetto neutro, il pericolo è un concetto connotato negativamente. La probabilità è considerata una relazione tra due entità assunte come neutre, il pericolo è una relazione tra un'entità ed un'altra connotata negativamente. Il legame tra pericolo e possibilità/probabilità, comunque, c'è. E lo conferma il fatto che se non lo fosse e fosse, invece, riconducibile ad una relazione di necessità o di impossibilità, ne verrebbe tradita l'identità strutturale. Nella prima ipotesi bisognerebbe necessariamente concludere che l'evento temuto (che si pone come secondo termine) si verificherebbe sempre quando siano presenti gli elementi che compongono il primo termine. Ed allora il secondo termine della relazione sarebbe sempre un fatto lesivo: in questo modo il fatto pericoloso si identificherebbe con il fatto lesivo, perdendo ogni significato autonomo. Il concetto di pericolo diverrebbe superfluo e perderebbe senso la contrapposizione con il danno. Per contro, letto il pericolo come una relazione di impossibilità, il secondo termine della relazione, cioè proprio l'evento lesivo, sarebbe impossibile. In tal caso, il fatto pericoloso dovrebbe necessariamente essere privo di rilevanza penale, non potendo mai portare all'evento lesivo. In altre parole, il fatto pericoloso diventerebbe contraddittoriamente non pericoloso.

A partire da questa corrispondenza ontologica tra pericolo e relazione di possibilità/probabilità, la dottrina si è spinta oltre sul terreno della oggettività, arrivando a dire che il pericolo appartiene alla classe dei rapporti di derivazione o implicazione su base fenomenica e temporale. Il parallelo è con il nesso di causalità, che si pone – per dirla in termini semplicistici- come rapporto di

condizionalità necessaria tra un fatto cronologicamente precedente, identificato come causa, e un fatto successivo, costituente l'effetto. Causa ed effetto sono necessariamente dati realmente esistiti. Allo stesso modo, anche il pericolo mette in relazione un fatto precedente con uno successivo, tuttavia, a differenza del nesso causale, qui solo il primo termine ha ad oggetto un fatto realmente esistito mentre il secondo termine è assunto come soltanto possibile, una realtà eventuale e non necessariamente attuale. Dal punto di vista ontologico, mentre nel rapporto di causalità il collegamento tra causa ed effetto è cronologicamente unidirezionale, cioè procede nel tempo dalla causa all'effetto, cosicché la causa precede sempre l'effetto e l'effetto segue sempre la causa, nel rapporto di probabilità non c'è la necessità concettuale di tale successione temporale. Un giudizio di probabilità si può svolgere anche partendo da un dato certo successivo verso un dato incerto precedente, così come succede nelle ricostruzioni storiche. Il procedimento induttivo non è condizionato da vincoli temporali unidirezionali: si può svolgere verso il futuro come verso il passato. Questo, come ho detto, dal punto di vista ontologico. Ma siamo nell'ambito giuridico, ove in tanto si può parlare di relazione di pericolo in quanto il dato incerto che funge da secondo termine della relazione sia temporalmente posteriore al dato certo che funge da primo termine. Infatti, le disposizioni incriminatrici sono norme di comportamento, tendono cioè ad avere funzione d'indirizzo della condotta dei destinatari, sicché i risultati dannosi contemplati in disposizioni penali come secondo termine di relazioni di pericolo devono essere evitabili: la legge non può avere come scopo quello di prevenire ciò che è inevitabile che accada. E questo implica necessariamente che i risultati siano futuri rispetto al momento in cui si agisce. Pertanto anche quei concreti risultati dannosi, che siano oggetto di attenzione penale e nel contempo siano termini finali di relazioni di pericolo, debbono essere necessariamente posteriori al momento della condotta tipica. Insomma, la differenza rinvenibile con la relazione di causalità -che è relazione di condizionalità fra fatti certi- è che la relazione di pericolo presuppone l'incertezza della verifica storica-fenomenica del secondo termine della relazione, cioè il

risultato dannoso. Per questo si è parlato di “causabilità”¹⁸, anziché “causalità”.

Dal punto di vista del giudizio di relazione, ovviamente non si deve cadere nell’errore di pensare che il giudizio di causalità, basandosi su due fatti certi, sia esclusivamente attestativo e non contenga incognite da risolvere. L’incognita in questo caso non riguarda i due termini bensì la loro relazione. Incognita che riguarda ogni relazione, anche quella di pericolo, ove il problema sta nel non sapere a priori se il secondo termine, ovvero il risultato lesivo, si verificherà o no. Su questa linea, la differenza tra i due giudizi sta nel fatto che, mentre nella relazione di causalità i due termini sono reali, nella relazione di pericolo il risultato dannoso è solo possibile o, tutt’al più, probabile. Il che –secondo alcuni¹⁹- creerebbe una differenza strutturale: fondandosi su due dati reali, il giudizio di causalità si svolge a posteriori: è una diagnosi. Fondandosi, invece, su un solo dato reale e anteriore, dal quale si può indurre o no il dato posteriore ancora inesistente, il giudizio sulla relazione di pericolo sarebbe una prognosi. Insomma: mentre il giudizio di causalità è rivolto ad accertare se è avvenuto o no un processo causale passato, il giudizio di pericolo è rivolto ad accertare se (probabilmente) avverrà o no un processo causale futuro. Affermazione condivisibile appieno solo sottovalutando le difficoltà che oggi connotano l’accertamento del nesso causale in ambito penale quando non si ravvisi una legge scientifica di copertura. Da diversi anni, infatti, siamo portati a pensare che il giudizio causale non sia tanto una diagnosi quanto una prognosi postuma. Elemento che la avvicina ancora di più al pericolo.

Se è insito di difficoltà il giudizio di causalità, non da meno lo è quello di pericolo, che non è un avvenimento fenomenico: i dati reali che servono a comporre il pericolo, ma che non rappresentano di per sé il pericolo stesso, non sono entità necessariamente predisposte allo scopo, ma devono essere selezionate dal soggetto del giudizio. Anche il giudizio di pericolo è dunque un’attività complessa, che richiede la ricerca di massime d’esperienza, leggi statistiche e sperimentali

18 Angioni, cit., pag. 23 e 24.

19 Angioni, cit., pag. 26.

fondate sulla frequenza della dipendenza causale di certi fatti da altri fatti e la verifica che tali leggi si attaglino al caso oggetto del giudizio. A questa difficoltà si aggiunga che le singole disposizioni penali non aiutano il procedimento di accertamento, lasciandolo alla sensibilità degli interpreti. La legge non indica né quali circostanze concrete devono essere prese in considerazione (c.d. base del giudizio) né le regole di esperienza alla cui stregua le prime devono essere valutate (c.d. metro del giudizio), né il grado di frequenza statistica con cui le regole di esperienza devono trovare riscontro nella realtà affinché si raggiunga il *quantum* definibile come pericolo in senso penalistico (c.d. grado del pericolo penalmente rilevante)²⁰.

Le osservazioni relative al pericolo, che ho ricavato dalla compiuta analisi di Angioni, mi portano a trarre queste conclusioni: il pericolo non si esaurisce in una mera sensazione soggettiva né costituisce un evento a sé stante. È un attributo che si assegna ad una situazione posta in relazione ad altra, cronologicamente successiva e negativamente connotata. Il pericolo non consiste in un giudizio ma è l'oggetto di un giudizio in cui il rapporto tra l'entità pericolosa e l'evento lesivo futuro è di possibilità/probabilità. Ecco che la probabilità o la mera possibilità assumono rilievo centrale.

3 PROBABILITA' O MERA POSSIBILITA'

Si tratta di individuare un parametro quantitativo che consenta di discriminare ciò che può considerarsi pericoloso da ciò che deve ritenersi innocuo. Il che implica distinguere il concetto di mera possibilità da quello di probabilità. Dal punto di vista logico, infatti, la possibilità non è graduabile ma esprime una semplice qualificazione. La probabilità, per contro, descrivendo il rapporto fra il numero dei casi favorevoli ad un determinato risultato e quelli sfavorevoli, è quantificabile e quindi graduabile.

Occorre ora verificare se la dottrina penalistica ritenga sussistente il pericolo a fronte della mera possibilità oppure della probabilità dell'evento dannoso. Come spesso accade, le opinioni sono diverse. Parte della dottrina ritiene che, per parlare di pericolo,

20 Angioni, cit., pag. 35.

sia sufficiente la semplice possibilità di una conseguenza lesiva, altra parte richiede la probabilità. Di quale grado, poi, è altro discorso. Accogliendo la prima tesi, si ha il vantaggio di non incorrere in questo problema: il grado della probabilità. Questione ben nota in tema di nesso causale. L'inconveniente è quello di considerare pericolosi anche gli eventi più improbabili, quelli che non si verificano quasi mai, ma che sono obiettivamente possibili. Il che, portato ad estreme conseguenze, costringerebbe tutti i destinatari delle norme a non creare situazioni in cui sia possibile un danno: in sostanza, tutti noi verremmo costretti a non intraprendere praticamente nessuna attività; nemmeno potremmo guidare, trattandosi di attività potenzialmente pericolosa. L'unica soluzione, allora, sembra dire che sia pericoloso l'evento che realizza un aumento della possibilità dell'evento lesivo. Ma siccome la possibilità o c'è o non c'è, dobbiamo ricadere nell'ambito della probabilità. E proprio perchè il termine di riferimento della probabilità è un evento considerato lesivo dall'ordinamento penale, il riconoscimento del pericolo non sarà uguale a quello di un fatto naturale bensì implicherà un'interpretazione della legge penale, che consenta di collegare i fatti tipici con i giudizi di valore presenti nella società²¹. Insomma: non basta l'accertamento scientifico delle probabilità del danno per affermare l'esistenza di un pericolo. Occorre anche verificare il grado di probabilità richiesto dalla coscienza sociale e giuridica, in un determinato momento storico ed in un determinato contesto. Per questo il grado di probabilità non assume valore immutabile, ma è suscettibile di variazioni in rapporto al mutare delle situazioni culturali e sociali. Alla base numerico- statistica si aggiunge, dunque, una componente valutativa, che indica quale probabilità in rapporto a certi accadimenti è ritenuta accettabile e quale invece no. Cercando di essere più precisi, i fattori che incidono su questa valutazione sono essenzialmente tre: l'importanza del bene minacciato, il tipo di offesa che questo potrebbe subire (lieve, grave, gravissima) e, quando non si tratti di beni personali ma di interessi patrimoniali, la quantità (numero e/o grandezza) dei beni minacciati²². Aspetti

21 Parodi Giusino, cit., pag. 198 e ss.

22 Parodi Giusino, cit., pag. 200

che –si fa notare²³- attengono più alle scelte di politica criminale che ad una caratteristica intrinseca al pericolo. Ma, come ho detto, dobbiamo calare il pericolo nella realtà del codice penale, ove la politica criminale riveste importanza fondamentale.

4 IL RUOLO DEL PERICOLO IN DIRITTO PENALE

Ho cercato di ricostruire il concetto di pericolo e, per giungere ad una definizione più precisa, ho tentato di calare il problema nell'ambito penale. Finora, però, non mi sono spinta oltre la descrizione di un concetto. A questo punto dell'analisi occorre verificare che ruolo abbia il pericolo nel diritto penale. Non il pericolo genericamente inteso, ma quel pericolo a cui facciamo espresso riferimento le norme penali.

Analizzando le disposizioni penali ci si avvede che molte situazioni, facenti tutte sostanzialmente capo al concetto di pericolo, hanno significati, funzioni, ambiti applicativi e disciplina differenti. Così nell'art. 43, comma 1, c.p. si fa riferimento all'evento dannoso o pericoloso per indicare, in via generale, il sostanziale carattere di offensività nei riguardi del bene tutelato, che ogni reato deve possedere. Nella disposizione sul reato impossibile, l'ineffettività dell'azione e l'inesistenza dell'oggetto esprimono sostanzialmente i requisiti dell'assoluta non pericolosità del fatto per l'interesse protetto. Nel delitto tentato, l'idoneità degli atti indica il potenziale pericolo per l'interesse tutelato. Nella colpa, l'osservanza delle regole di diligenza serve a porre al riparo il bene giuridico da pericoli. Nelle cause di giustificazione in cui si fa menzione del requisito del pericolo (artt. 52 e 54 c.p.), questo assume connotati del tutto particolari, in ragione dell'ambito di tutela da accordare a chi invoca l'applicazione della scriminante. Significati diversi e modalità di accertamento diverse.

Cerco di approdare ad un abbozzo di conclusione: non mi pare si possa fare riferimento ad una nozione unitaria di pericolo valida per tutto il diritto penale. Piuttosto, vanno individuate e distinte le molteplici funzioni e i diversi significati che la realtà del

23 Angioni, cit., *infra*

pericolo può assumere nelle diverse disposizioni normative. A tale necessità non si sottrae neppure l'elemento di pericolo contenuto nelle disposizioni di parte speciale, capace di acquistare significati in parte diversi a seconda del contesto normativo in cui è inserito e in rapporto alle funzioni che è chiamato ad assolvere²⁴. Infatti, la posizione del pericolo nel quadro del fatto illecito in cui svolge il ruolo di elemento costitutivo non è riconducibile ad un unico modello. Esistono fattispecie in cui lo stato di pericolo rappresenta il presupposto della condotta incriminata; altre volte il pericolo è un elemento che qualifica la condotta illecita; altre ancora il legislatore ricorre alla tecnica che qualifica come pericolose le cose oggetto materiale dell'azione. Infine, numerose sono le figure criminose in cui lo stato di pericolo appare collegato come effetto a causa ad una determinata condotta, sia che in esso debba ravvisarsi l'evento, in senso tecnico, del fatto, sia che dia luogo ad una mera condizione di punibilità. Ed è proprio dal diverso ruolo assunto dal pericolo all'interno della fattispecie che si ricava la distinzione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto. Si parla di reati di pericolo astratto quando, nel giudizio prognostico di accertamento, "si prescinde da tutto quello che, successivo o non conoscibile al momento dell'azione, porti a ritenere non pericoloso l'agire che, ad una considerazione di prognosi postuma, si rivelava pericoloso, o per contro ad affermare la pericolosità di una condotta che, ad una prognosi postuma, si presentava priva di tale caratteristica"²⁵. Se, invece, l'evento di pericolo costituisce una modificazione del mondo esterno, cagionata dalla condotta, "non v'è motivo alcuno per decidere del carattere pericoloso o no di questa modificazione, utilizzando, secondo esperienza, unicamente circostanze presenti al momento della condotta. Poichè si tratta di qualificare un risultato dell'azione, il giudizio dovrà essere svolto alla stregua di tutti gli elementi effettivamente realizzati al momento in cui il risultato stesso si è prodotto"²⁶.

24 Parodi Giusino, cit., pag. 210 e ss.

25 M. Gallo, cit., pag. 4 dell'estratto della Relazione.

26 M. Gallo, cit., pag. 5 dell'estratto della Relazione.

La nozione di pericolo, dunque, varia a seconda del modo in cui la legge si serve dei suoi elementi costitutivi. Ciò è possibile perché il pericolo è frutto di un'astrazione metodologica: soltanto astraendo da alcune circostanze rilevanti è possibile lasciare spazio al pericolo, altrimenti in sede di giudizio si potrebbe soltanto constatare se una lesione è avvenuta oppure no. E poiché questa operazione è realizzata dalla legge, è possibile che il genere e il grado di astrazione mutino, dando luogo a tipi di pericolo differenti, che rispecchiano le diverse esigenze di tutela che il legislatore ritiene di dovere assicurare a taluni beni socialmente rilevanti. Ecco che il pericolo, concetto di ordine comune, nell'ambito del diritto penale, pur mantenendo alcuni caratteri ontologici propri, diventa concetto normativo.

