

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2019

## primo piano

*La questione dell'immigrazione tra statualismo e cosmopolitismo*  
*La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*  
*Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*

## temi di fondo...

*Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene*  
*Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*  
*Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*  
*Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni*  
*nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*  
*La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi*  
*del diritto penale cinematografico*

## il punto su...

*Problematiche di biodiritto*  
*Europeismo penale*

**Attualità**  
**Antologia**

Edizioni ETS



# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

## *Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,  
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,  
Marco Nicola Miletta, Renzo Orlandi,  
Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri

## *Coordinatore*

Fausto Giunta

## *Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Claudia Larinni, Gianfranco Martiello,  
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci, Daniele Negri,  
Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

## *Coordinatore*

Dario Micheletti

## *Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2019



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2020  
EDIZIONI ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884675980-1  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### **Primo Piano**

- ENRICO DICIOTTI  
*La questione dell'immigrazione tra statualismo e cosmopolitismo* 15
- CARLO ENRICO PALIERO  
*La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica  
versus deontica realistica* 31
- JACQUELINE E. ROSS  
*Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto* 61

### **Temi di fondo... Presente e futuro del diritto penale**

- MASSIMO DONINI  
*Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura  
delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo* 85
- ALBERTO GARGANI  
*Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente* 111
- GRAZIA MANNOZZI  
*Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle  
emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice* 141
- MICHELE PAPA  
*La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi  
del diritto penale cinematografico* 181

**Il punto su...** *Problematiche di biodiritto*

ADELMO MANNA

*Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca* 203

ANTONIO VALLINI

*Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche* 221**Il punto su...** *Europeismo penale*

COSTANZA BERNASCONI

*Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo* 253

FAUSTO GIUNTA

*Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici* 285

CLAUDIA LARINNI

*Garantismo europeista: un ossimoro? A proposito dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (615-ter c.p.)* 301

GIANFRANCO MARTIELLO

*Dalla crisi della legalità "democratica" alla nuova legalità "convenzionale": un percorso sempre vantaggioso per le garanzie individuali?* 335**Attualità**

FEDERICO CONSULICH

*Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo* 359

MASSIMO DONINI

*Garantismo penale oggi* 393

---

GABRIELE MARRA	
<i>Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione</i>	423
DARIO MICHELETTI	
<i>Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale</i>	469
MICHELE PAPA	
<i>Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale</i>	491
<b>Antologia</b>	
NICOLÒ AMORE	
<i>L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica</i>	507
GHERARDO MINICUCCI	
<i>Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura</i>	543
GAETANA MORGANTE, GAIA FIORINELLI	
<i>Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte "vulnerabile" tra contratto e mercato</i>	565
DOMENICO NOTARO	
<i>Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive</i>	587
FRANCESCA PIERGALLINI	
<i>Il "caso Ciontoli/Vannini": un enigma ermeneutico 'multichoice'</i>	609
MARK PIETH	
<i>Goldwäsche. Il riciclaggio dell'oro</i>	641
VICO VALENTINI	
<i>L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances</i>	651





## TABLE OF CONTENTS

### On the front page

ENRICO DICIOTTI <i>Immigration between primacy of the state and cosmopolitanism</i>	15
CARLO ENRICO PALIERO <i>Testing the “Code reservation”: idealistic deontic versus realistic deontic</i>	31
JACQUELINE E. ROSS <i>Undercover investigations in the USA and Italy: comparing experiences</i>	61
 <b>Fundamental issues... <i>Criminal law: present and future</i></b>	
MASSIMO DONINI <i>“Modern” geneses and hetero-geneses of the measurement and unit of measurement of criminal sanctions. Comment on “The prison and the factory”, forty years on</i>	85
ALBERTO GARGANI <i>Jus in latenti. Aspects of uncertainty of environmental criminal law</i>	111
GRAZIA MANNOZZI <i>The knowledge of the law and the wisdom of justice: the attention to emotions in the supranational legislation on restorative justice</i>	141
MICHELE PAPA <i>Criminal offenses as the screenplay of the unlawful: the rise and fall of cinematic criminal law</i>	181

---

**Focus on... Issues in biolaw**

ADELMO MANNA

*Is there a right to die? Considerations in light of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and the German Constitutional Court* 203

ANTONIO VALLINI

*Surrogacy of law-making. The implantation of the sterile crime of "gestation for others" in private law arguments* 221

**Focus on... Penal Europeanism**

COSTANZA BERNASCONI

*The role of the judge in the integration of national and European criminal law* 253

FAUSTO GIUNTA

*Europe and criminal law. Between lines of development and problematic issues* 285

CLAUDIA LARINNI

*Europeanist garantism: an oxymoron? On the unauthorized access to a computer system or network (615-ter c.p.)* 301

GIANFRANCO MARTIELLO

*From the crisis of the "democratic" legality principle to the new "conventional" legality principle: an always convenient path for individual guarantees?* 335

**Current topics**

FEDERICO CONSULICH

*Actus regit tempus? The modulation of intertemporal legality at the intersection of criminal law and criminal trial* 359

MASSIMO DONINI

*Penal garantism, today* 393

GABRIELE MARRA <i>The criminal law of the punitive society. The exception of liberty amid the normality of coercion</i>	423
DARIO MICHELETTI <i>The shapes of time and changes in penal legislation</i>	469
MICHELE PAPA <i>Future crimes: artificial intelligence and the innovation of criminal law</i>	491
 <b>Anthology</b>	
NICOLÒ AMORE <i>The legacy of Mani Pulite in the fight against systemic corruption</i>	507
GHERARDO MINICUCCI <i>From the jailbreak to the jailbreaks: a rereading</i>	543
GAETANA MORGANTE, GAIA FIORINELLI <i>On the penal regulation of complex contractual relationships: the protection of the “vulnerable” party between the contract and the market</i>	565
DOMENICO NOTARO <i>The dangers of negligence in the management of lawful hazardous activities. The arrangement of recreational sport activities</i>	587
FRANCESCA PIERGALLINI <i>The “Ciontoli/Vannini case”: a ‘multichoice’ hermeneutic enigma</i>	609
MARK PIETH <i>Goldwäsche. Gold laundering</i>	641
VICO VALENTINI <i>The autonomy of corporate criminal liability: vanguardism and performances</i>	651



**Temi di fondo**  
*Presente e futuro del diritto penale*



ALBERTO GARGANI

*JUS IN LATENTI.*  
PROFILI DI INCERTEZZA DEL DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE

*L'incertezza, che dell'insicurezza è la causa principale,  
rappresenta di gran lunga lo strumento di potere più incisivo,  
anzi, la sua essenza stessa.*

Z. BAUMAN

SOMMARIO: 1. Bilanciamento degli interessi in conflitto e determinazione del raggio di tutela. – 1.1. La regolazione amministrativa quale *prius* logico della tutela penale. – 1.2. Bilanciamenti in conflitto. – 2. Il rapporto tra livello di accessorialità-dipendenza dal diritto amministrativo e grado di certezza-prevedibilità del diritto penale dell'ambiente: tre paradigmi. – 3. Il modello contravvenzionale: la tutela di funzioni amministrative. – 3.1. I limiti del paradigma contravvenzionale. – 4. Il modello penalistico 'puro': la tutela sostanziale dell'ambiente, a prescindere da previe valutazioni deontico-normative. – 4.1. L'applicazione di fattispecie delittuose a presidio dell'incolumità pubblica quale presupposto del sindacato giudiziale *in malam partem* sulla legittimità e adeguatezza dei provvedimenti autorizzatori. – 4.1.1. Due casi emblematici. – 4.2. I riflessi a livello istituzionale e sul piano delle garanzie. – 5. Il modello 'parzialmente sanzionatorio': i c.d. eco-delitti. – 5.1. Il ruolo cruciale delle clausole di illiceità speciale. Il nesso tra abusività della condotta e confini del rischio consentito. – 5.2. La tesi incline a svalutare la funzione discrezionale delle clausole di illiceità speciale. – 5.3. Le implicazioni delle due opzioni interpretative. – 6. Il sindacato giudiziale sulle scelte operate dal legislatore e dalla P.A. tra istanze di tutela ed esigenze di certezza/prevedibilità. – 7. La ricerca di possibili rimedi: delimitazione del campo d'indagine. – 7.1. Le soluzioni virtuose elaborate in dottrina e quelle adottate in altri ordinamenti. – 8. «*Ubi jus incertum, ibi jus nullum*». Il bilanciamento di interessi *ex post facto* quale indice della condizione recessiva della garanzia di certezza del diritto.

1. *Bilanciamento degli interessi in conflitto e determinazione del raggio di tutela*

A causa della 'liquidità' e incommensurabilità spazio-temporale delle forme di offesa, alla tutela dell'ambiente è necessariamente sottesa un'esigenza di concretizzazione e di delimitazione, suscettibile di essere soddisfatta mediante il ricorso a criteri selettivi e di qualificazione che ruotano intorno al bilanciamento dei molteplici interessi coinvolti nelle attività incidenti sui substrati ambientali. Com'è stato autorevolmente osservato, «in posizione antagonistica rispetto ai valori ambientali si collocano



interessi di non discutibile rilievo collettivo e non privi di ancoraggio costituzionale: interessi dell'iniziativa economica, della produzione, dell'occupazione, della competitività in termini di costi e anche esigenze vitali di prima grandezza: basti pensare alla problematica dei rifiuti urbani e del riscaldamento»<sup>1</sup>.

A ben vedere, il governo e il temperamento degli interessi in gioco sono funzionali sia alla determinazione del raggio di tutela, altrimenti vanificata dal pervasivo *divenire* del substrato materiale della condotta, sia alla messa a fuoco del referente di valore. L'immanenza della logica del bilanciamento di interessi al modello dominante di tutela dell'ambiente è, infatti, strettamente correlata all'essenza *normativa* del referente di valore.

In primo luogo, occorre stabilire la sussistenza o meno di un ambiente meritevole di tutela, sceverando le emissioni o gli scarichi illegittimi da quelli legittimi in quanto autorizzati, a seguito del necessario temperamento con interessi antagonisti: in questo senso, la determinazione dell'oggetto e dei limiti di tutela assume un'intrinseca *processualità e relatività*<sup>2</sup>. Attività aventi un rilevante impatto ambientale possono rivelarsi ora lecite, ora illecite: la legittimità o meno dell'inquinamento non può essere apprezzata *a priori*, in base a parametri naturalistici. L'idea di una protezione *assoluta* dei valori ambientali e dell'inquinamento quale male in sé, si lega ad una visione *naturalistica e totalitaria* del referente di valore, di cui sono evidenti l'utopismo e l'insostenibilità<sup>3</sup>.

Per quanto possa sembrare paradossale, quale oggetto di tutela penale l'ambiente si rivela molto meno *naturalistico* di quanto si possa immaginare: l'accettabilità o meno di un determinato inquinamento, l'*an* e il *quomodo* della protezione, dipendono, in effetti, da valutazioni e stime discrezionali, che finiscono per rendere, in un certo senso, *convenzionale* l'assetto complessivo della tutela<sup>4</sup>.

### 1.1. La regolazione amministrativa quale prius logico della tutela penale

Prima di essere puniti, gli inquinamenti sono, dunque, regolati in procedimenti complessi, volti a governare il rischio attraverso la sottoposizione delle attività ad impatto ambientale a provvedimenti di carattere autorizzatorio o a valori-soglia stabiliti da fonti normative o da atti amministrativi<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> C. Pedrazzi, *Profili penalistici di tutela dell'ambiente*, in *Ind. pen.*, 1991, 619.

<sup>2</sup> Sulla «tutela relativa e non assoluta» del bene ambientale, v. G. Insolera, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 738.

<sup>3</sup> Cfr. C. Pedrazzi, *Profili penalistici*, *op. cit.*, 619.

<sup>4</sup> Sull'atteggiarsi dell'ambiente quale oggetto di tutela penale, *ex multis*, v. G.A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, Bologna, 2019, 32 ss.; G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, 9 ss.

<sup>5</sup> V. F. Giunta, v. *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 1152, secondo il quale è la P.A. a tracciare il livello di tutela dell'ambiente ritenuto compa-

Com'è noto, sul piano istituzionale, il compito, preventivo e fondamentale, di controllare e bilanciare gli interessi correlati alla gestione dell'ambiente e di individuare il limite di tollerabilità delle singole attività inquinanti viene demandato alla pubblica amministrazione. Non essendo in grado di predeterminare l'esito del contemperamento degli interessi, il legislatore rimette alla P.A., quale autorità dotata di maggiori risorse conoscitive nella materia in esame, la determinazione preventiva delle condizioni di accettabilità ambientale della singola attività<sup>6</sup>. Com'è stato osservato, «fissando *ex ante* standard (ad es. di emissione) validi in generale», la P.A. «fornisce ai soggetti parametri precisi cui adeguare le proprie attività, con benefici effetti in termini di determinatezza del precetto»<sup>7</sup>.

Il profilo che qualifica il diritto punitivo nel settore ambientale è dato dal fatto che la sfera di operatività delle norme penali e amministrative è correlata agli atti amministrativi e alle norme che li disciplinano<sup>8</sup>, in conseguenza di ineludibili esigenze tecniche di concretizzazione e 'calibratura' del raggio di tutela.

La regolazione amministrativa rappresenta, in questo senso, il *prius* logico<sup>9</sup>: la *ratio* del bilanciamento è così immanente alla disciplina penale da riflettersi nella definizione e delimitazione dell'oggetto della tutela, nonché, correlativamente, nell'individuazione del confine tra lecito ed illecito<sup>10</sup>. Tra repressione e gestione/composizione dei conflitti intercorre, infatti, un nesso di dipendenza che si manifesta nella preliminare delimitazione – ad opera della P.A. – del rischio consentito ossia nell'individuazione del punto di 'equilibrio' tra protezione dei valori ambientali e salvaguardia degli interessi antagonisti<sup>11</sup>. Per effetto della subordina-

tibile con altri valori ritenuti parimenti meritevoli di considerazione e di bilanciamento con il bene ambientale.

<sup>6</sup> In dottrina, si sottolinea «la propensione 'politica' ad affidare la gestione del bilanciamento tra interessi contrapposti connessi alla gestione (..) dell'ambiente nel suo complesso alle pubbliche amministrazioni, considerate più prossime agli interessi da amministrare secondo una sequenza procedimentale che garantisca un più diretto e immediato controllo fisiologico-istituzionale delle risorse ambientali. In definitiva, storicamente, il compito di mediare tra gli interessi contrapposti non è stato affidato al giudice penale, ma alla P.A.» (G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., 65).

<sup>7</sup> A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Torino, 2018, 116.

<sup>8</sup> Cfr. G. Insolera, *Modello penalistico puro*, op. cit. 737.

<sup>9</sup> V. F. Giunta, v. *Tutela dell'ambiente*, op. cit., 1152.

<sup>10</sup> Cfr. F. Palazzo, *Principi fondamentali e opzioni politico-criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in Aa. Vv., *Ambiente e diritto*, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, II, Perugia, 1999, 548 ss.

<sup>11</sup> Come osservato in dottrina, «in linea di massima, dunque, il principio che regola l'interagire dei due sottosistemi di tutela (preventivo e repressivo) è semplice e chiaro: una condotta non è punibile se si svolge nel rispetto delle disposizioni cautelari impartite dalla P.A., e diventa invece punibile allorché, non rispettando quelle disposizioni, si colloca al di fuori dei limiti entro cui il governo delle fonti inquinanti è consentito» (M. Catenacci, *Il «caso ILVA» nel difficile rapporto fra governo e tutela*

zione logico-funzionale dell'intervento repressivo al bilanciamento in sede amministrativa, una condotta risulta punibile nei soli casi in cui, in violazione di prescrizioni imposte dalla P.A., il fatto si ponga al di fuori dei limiti in cui l'inquinamento è consentito; per converso, l'osservanza delle disposizioni impartite dalla P.A. dovrebbe, almeno in linea di principio, escludere la configurabilità dell'illecito punitivo.

In considerazione del fatto che la finalizzazione del bilanciamento di interessi alla delimitazione e alla concretizzazione dell'area del rischio consentito trova espressione nei provvedimenti di natura prescrittivo-autorizzatorio e nella previsione di valori soglia<sup>12</sup>, la dottrina ha avuto modo di osservare che «la logica del contemperamento degli interessi, che, in sede di accertamento della responsabilità penale, solitamente rileva a livello dell'antigiuridicità, nel diritto dell'ambiente forgia direttamente la tipicità penale»<sup>13</sup>, inibendo, di riflesso, bilanciamenti giudiziali incentrati sulle circostanze del caso concreto, che finirebbero per vanificare la funzione pregiudiziale della mediazione amministrativa.

## 1.2. *Bilanciamenti in conflitto*

Il fatto che la ponderazione sia riservata dal legislatore all'autorità amministrativa dovrebbe comportare l'esclusione di margini di valutazione giudiziale in ordine agli esiti e ai criteri della risoluzione del conflitto di interessi.

Sul piano fenomenologico, 'a monte' e 'a valle' della regolazione amministrativa si registrano, invece, plurime e complesse interferenze di rilevanza istituzionale: per un verso, infatti, il legislatore tende, talora, a 'riappropriarsi' del potere di risoluzione del conflitto attraverso l'adozione di 'leggi-provvedimento' volte a regolare e a superare situazioni emergenziali (come è avvenuto nel controverso caso "Ilva")<sup>14</sup>, con il conseguente rischio di disparità di trattamento (emblematica la

*penale dell'ambiente*, in Aa.Vv., *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di R. Borsari, Padova, 2018, 58).

<sup>12</sup> Cfr. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, 392 ss.

<sup>13</sup> V. F. Giunta, v. *Tutela dell'ambiente*, *op. cit.*, 1152; in tema, v., altresì, C. Bernasconi, *Il reato ambientale, Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 169 ss.; secondo F. Palazzo, *Principi fondamentali*, *op. cit.*, 565, «la ponderazione di interessi non può avvenire sempre e solamente attraverso lo strumento tecnico della scriminante. Le attività inquinanti sono perlopiù socialmente utili ed apprezzabili, caratterizzate da un costante e pressoché ineliminabile intreccio di interessi confliggenti, così che solo una mediazione costante e regolare può risolvere il conflitto senza disconoscere le potenzialità positive di quelle attività. Da un punto di vista empirico, questa operazione di mediazione e ponderazione degli interessi, non può essere sempre compiuta in astratto e una volta per tutte da una previsione generale, come è quella della fonte attributiva di una scriminante».

<sup>14</sup> Per una sintesi, v. C. Ruga Riva, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in Aa. Vv., *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, II, *Impresa e sicurezza*, Bolo-

vicenda dello “scudo penale” inerente allo stabilimento tarantino)<sup>15</sup>; per un altro, la ‘coabitazione forzata’ tra pubblica amministrazione e giudice penale, che caratterizza l’attuale assetto della tutela penale ambientale<sup>16</sup>, registra, non di rado, il tentativo giudiziale di risolvere *altrimenti* il conflitto di interessi, in senso *riduttivo* dell’ambito di liceità e libertà dell’esercizio di attività pericolose per l’ambiente, previamente stabilito in sede amministrativa.

Il fenomeno dell’indebita interferenza giudiziale passa attraverso il sindacato dell’attività di governo e lo sconfinamento in valutazioni di merito dell’azione amministrativa<sup>17</sup>: il delicato equilibrio tra P.A. e giudice penale viene infranto sulla base dell’inefficacia delle tecniche extra-penali di controllo e dell’ineffettività per lungo tempo palesata dall’apparato di tutela penale. Come vedremo in seguito, l’ingerenza della magistratura nelle funzioni di governo dell’ambiente non dà luogo soltanto ad una palese lesione del principio della separazione dei poteri, ma anche ad un grave *vulnus* alla certezza del diritto e al legittimo affidamento dell’operatore economico nella liceità del proprio agire<sup>18</sup>.

## 2. *Il rapporto tra livello di accessorietà-dipendenza dal diritto amministrativo e grado di certezza-prevedibilità del diritto penale dell’ambiente: tre paradigmi*

La tesi che si intende dimostrare è quella secondo cui alla base delle più evidenti forme di incertezza e di imprevedibilità del diritto penale ambientale si pone la tensione istituzionale tra governo dell’ambiente e giurisdizione penale nella perimetrazione dell’ambito di tutela e, di riflesso, dei confini del rischio consentito<sup>19</sup>.

In primo piano, si pone l’esigenza di predeterminazione della *regula iuris*: un canone logico del diritto penale, incentrato sulla necessaria corrispondenza tra la regola di condotta cui deve attenersi il cittadino e la regola di giudizio che sarà utilizzata in sede processuale ai fini di un’eventuale affermazione di responsabilità<sup>20</sup>.

gna, 2015, 149 ss.; A. Picillo, *Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l’intervento penale e il caso Ilva di Taranto*, in *www.archiviopenale.it*, n.2/2013, 1 ss.

<sup>15</sup> V. A. De Lia, *Ambiente, diritto penale e principi costituzionali nella “biutiful cauntri”*: osservazioni rapsodiche, in *Federalismi.it*, 7.11.2018, 10 ss.

<sup>16</sup> V. G. De Santis, *Diritto penale dell’ambiente*, op. cit., 94.

<sup>17</sup> V. G. Insolera, *Modello penalistico puro*, op. cit., 740; sul punto, v., altresì, G. De Santis, *Diritto penale dell’ambiente*, op. cit., 96.

<sup>18</sup> Su tale aspetto, v. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, op. cit., 374 ss.

<sup>19</sup> Sui profili di imprevedibilità del diritto penale giurisprudenziale, v. il recente ed approfondito studio monografico di D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, 68 ss.; 205 ss.; 342 ss.

<sup>20</sup> Cfr. F. Giunta, v. *Tutela dell’ambiente (diritto penale)*, op. cit., 1157.

A ben vedere, il grado di incertezza e imprevedibilità del diritto penale dell'ambiente si rivela, da un lato, inversamente proporzionale al livello di accessorialità e dipendenza dal diritto amministrativo e, dall'altro, direttamente proporzionale all'intensità del sindacato del giudice penale sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi<sup>21</sup>, al tasso di indeterminazione della fattispecie (e, dunque, al grado di discrezionalità valutativa) e al *quantum* di offensività e di difficoltà di prova dell'illecito.

Schematizzando, saranno distinte tre tipologie di fattispecie incriminatrici, caratterizzate da un cangiante livello di dipendenza del diritto penale dal diritto amministrativo: la tutela di funzioni amministrative e di governo, demandata alle fattispecie contravvenzionali previste nel Testo unico dell'ambiente; il paradigma penalistico *puro*, incentrato sulla tutela del bene ambientale a prescindere dal collegamento con norme o provvedimenti amministrativi, che trova espressione nel ricorso a fattispecie delittuose – poste a tutela dell'incolumità e della salute pubbliche – utilizzate dalla giurisprudenza a presidio del bene ambientale e, infine, il modello *parzialmente sanzionatorio*, che si rispecchia nei c.d. eco-delitti (artt. 452-*bis* e ss. c.p.), ovvero in forme di tutela diretta dei valori ambientali, subordinate alla previa valutazione di tollerabilità effettuata dalla P.A.

Distinguendo tra piano assiologico e piano fenomenologico, di ciascuno dei tre modelli saranno tratteggiati i rapporti di forza tra amministrativo e penale, evidenziando i principali profili di incertezza/imprevedibilità della reazione punitiva, dipendenti dal diverso modo di atteggiarsi dei fattori sopra evidenziati.

L'analisi deve, peraltro, essere preceduta da una precisazione essenziale, relativa alla significativa diversità che il referente di valore palesa nei tre comparti di tutela poc' anzi enucleati.

In ambito contravvenzionale oggetto di tutela non è un bene giuridico, bensì l'insieme delle *funzioni amministrative* cui è normativamente affidata la gestione e risoluzione del conflitto di interessi.

Sul versante dei delitti, l'ambiente, quale oggetto diretto di tutela penale, è suscettibile, di assumere ora natura *normativa*, ora, invece, una connotazione *naturalistica*<sup>22</sup>. Nel primo caso, ai fini dell'apprezzamento dell'offesa, assume necessariamente rilievo la qualificazione normativa del comportamento causalmente efficiente, incarnata dalle clausole incentrate sull'*abusività* della condotta e finalizza-

<sup>21</sup> In tema, v. C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 21 ss.; 69 ss.; sul rapporto tra giudice penale e amministrazioni pubbliche, v. F. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1610 ss.; avuto riguardo al sindacato del giudice penale sulla gestione del rischio ambientale, v. M. Catenacci, *Il «caso ILVA»*, *op. cit.*, 57 ss.

<sup>22</sup> Sull'alternativa tra tutela di funzioni e tutela di beni, v. F. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1107 ss.

ta a tracciare il perimetro del rischio consentito; nel secondo caso, l'evento offensivo rileva, invece, di per sé, sul piano fenomenico, a prescindere da ulteriori valutazioni deontiche inerenti alla condotta<sup>23</sup>.

### 3. *Il modello contravvenzionale: la tutela di funzioni amministrative*

Il modello che, anche per ragioni di ordine cronologico, merita di essere considerato per primo nella prospettiva dell'interazione tra diritto amministrativo e diritto penale nella delimitazione dell'ambito di illiceità penale delle condotte incidenti in varia guisa sui valori ambientali, è quello in cui il diritto penale svolge una funzione squisitamente sanzionatoria ed accessoria rispetto al governo dell'ambiente da parte dell'autorità amministrativa, incentrato sulle autorizzazioni delle attività e sulla previsione di soglie di rischio<sup>24</sup>.

Relegata al ruolo subalterno, sussidiario e strumentale di "guardiano armato" delle scelte operate dalla P.A.<sup>25</sup>, la tutela penale ha ad oggetto il governo dell'ambiente e, più precisamente, l'effettività del controllo amministrativo sulle attività rischiose: siamo di fronte alla tutela di una funzione amministrativa. Com'è stato autorevolmente precisato, la norma incriminatrice «assume come finalità particolare la salvaguardia del modo di risoluzione di un conflitto di beni, la cui valutazione e il cui temperamento sono affidati all'amministrazione»: nell'impossibilità di identificare a priori una situazione offensiva per l'ambiente, il legislatore affida all'amministrazione il compito di stabilire «quando e in che limiti un danno o un pericolo per la purezza delle acque sia accettabile, in considerazione non solo della portata inquinante delle acque, ma anche della serie di interessi coinvolti nel fenomeno dello scarico (produzione, commercio, insediamenti abitativi, ecc.)»<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> V. *Note di sintesi* presentate il 31.1.2017 alla Corte d'Assise di Appello dell'Aquila dai difensori (primi firmatari, T. Padovani e P. Severino) degli imputati nel procedimento penale inerente al Polo chimico industriale di Bussi (pp. 33 e ss.), nonché G.P. ACCINNI, *Disastro ambientale (dall'horror vacui all'horror pleni)*, Milano 2018, 148 ss.

<sup>24</sup> Come rilevato da D. Pulitanò, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, 46, «il riferimento ad atti autorizzativi, quali condizioni di legittimità di dette attività, esprime bilanciamenti d'interessi fra esigenze di controllo concreto "a monte" ed esigenze di garanzia dei destinatari delle autorizzazioni nello svolgimento dell'attività autorizzata».

<sup>25</sup> Sul ruolo istituzionalmente complementare e sussidiario del diritto penale «rispetto a una disciplina amministrativistica collocata logicamente a monte», v. C. Pedrazzi, *Profili penalistici*, op. cit., 619; secondo A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata*, op. cit., 147, «la funzionalità del modello accessorio di tutela penale pare direttamente proporzionale al livello qualitativo della normazione amministrativa».

<sup>26</sup> T. Padovani, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019, 112.

La tutela assume, di riflesso, una connotazione riflessa e, al contempo, *formale*: la rilevanza penale non dipende, infatti, dal *quantum* di offesa ad un bene giuridico, bensì dal mancato adeguamento alla procedura legalmente definita per la risoluzione del conflitto di interessi.

Siffatto modello punitivo trova espressione normativa nelle fattispecie contemplate nel Testo unico dell'ambiente (d.lgs. 152/2006). Essendo fondate sulla violazione del regime amministrativo, le contravvenzioni ambientali esprimono il massimo livello di dipendenza e accessorietà della tutela penale rispetto alle funzioni di governo della P.A.

Uno sguardo d'insieme, consente agevolmente di verificare il carattere eterodiretto dell'intervento penale: le fattispecie contravvenzionali di cui al d.lgs. 152/2006 ruotano intorno ora alla violazione del precetto extra-penale (attraverso la tecnica del rinvio implicito od esplicito a norme amministrative, foriera di criticità sul piano della stretta legalità e della riconoscibilità del precetto)<sup>27</sup>, ora al difetto della prescritta autorizzazione amministrativa, ora sulla violazione di limiti tabellari di tollerabilità di emissioni, scarichi, sversamenti, ecc., ora all'inosservanza del contenuto prescrittivo di provvedimenti amministrativi (modello ingiunzionale), ora, infine, all'omessa comunicazione di dati all'autorità amministrativa<sup>28</sup>.

In un simile contesto, le tecniche di tipizzazione sono, perlopiù, incentrate su forme di pericolosità presunta e convenzionale, inscindibilmente correlate a parametri prestabiliti in via generale dal legislatore o da un'autorità amministrativa<sup>29</sup>, che precludono al giudice penale la possibilità di valutare in concreto l'offesa al bene ambientale<sup>30</sup>. Come è stato incisivamente osservato, l'adozione della formula contravvenzionale obbedisce ad esigenze pratiche di semplificazio-

<sup>27</sup> Si tratta di fattispecie fondate sulla violazione del precetto extra-penale e caratterizzate da clausole sanzionatorie finali o di rinvio implicito (tramite elementi normativi) od esplicito (clausole di rinvio) alla disciplina amministrativistica, con la conseguente scissione del nucleo precettivo in diverse disposizioni: v. C. Bernasconi, *Il reato ambientale*, op. cit., 46.

<sup>28</sup> Cfr. C. Bernasconi, *Il reato ambientale*, op. cit., 37 ss.

<sup>29</sup> In tema v. C. Pedrazzi, *Profili penalistici*, op. cit., 619 e s., il quale sottolinea il formalismo degli illeciti penali, i quali «non comportano un evento di danno e neppure di pericolo concreto, ma una pericolosità meramente presunta»; lo stesso autore evidenzia che, in materia penale, quella dell'ambiente è «una tutela essenzialmente *mediata*. Immediatamente tutelato è invece il governo dell'ambiente, la complessa e articolata funzione pubblica che può compendiarsi nel governo dell'ambiente»; come osservato da G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 1995, I, 185 s. «il pericolo per i beni ambientali non va valutato in concreto dal giudice, ma desunto da parametri prestabiliti in via generale da atti legislativi o sub-legislativi ovvero dal singolo provvedimento amministrativo»; sulle tecniche di tutela in ambito contravvenzionale, v. F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 382 ss.

<sup>30</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. F. Giunta, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 852 ss.

ne dell'applicazione giudiziaria delle norme penali e al tempo stesso «si sintonizza con il formalismo della fattispecie, che non affrontano direttamente la patologia dell'inquinamento ma colgono infrazioni prodromiche o di contorno»<sup>31</sup>.

Essendo legittimato ad operare e a punire nei soli limiti e termini della violazione di statuizioni amministrative, la discrezionalità del giudice penale risulta inevitabilmente contenuta.

Avuto riguardo al profilo della *certezza* e della *prevedibilità* del diritto<sup>32</sup>, le maggiori criticità sono individuabili sia nella non agevole ricostruzione del precetto<sup>33</sup>, dovuta all'elevata eterointegrazione e alla stratificazione legislativa, sia nell'elevata discrezionalità valutativa che caratterizza la verifica del requisito contemplato per l'accessibilità della procedura di estinzione degli illeciti contravvenzionali (di cui agli artt. 318-*bis* e ss. T.U. Amb.), ossia che il reato non abbia «causato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette». A tal proposito, si è opportunamente osservato che, a seguito della riforma operata con la l. 68/2015, il settore delle contravvenzioni ambientali «è stato, di fatto, retrocesso da architrave del sistema punitivo ambientale (le contravvenzioni, per come sono disegnate, tutelano le funzioni amministrative di controllo dell'ambiente) a mera "tutela di primo livello" (stante l'introduzione dei più gravi delitti ambientali), ad "applicazione eventuale" (stante la possibilità di applicazione della speciale causa di non punibilità o della procedura estintiva speciale)»<sup>34</sup>.

Aldilà della frammentazione precettiva, il 'punto di forza' del modello di massima accessorietà del diritto penale ambientale può essere individuato nella tendenziale predeterminabilità del confine tra lecito ed illecito: sotto il profilo della determinatezza, «la fattispecie penale costruita sulla violazione di un provvedimento concreto nasce già concettualmente definita, nel senso che il cittadino è in grado di individuare *ex ante* il comportamento vietato»<sup>35</sup>. Un profilo di garanzia,

<sup>31</sup> C. Pedrazzi, *Profili penalistici*, op. cit., 620.

<sup>32</sup> In tema, *ex multis*, v. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2016, 13 ss.; L. Stortoni, *Il primato della prevenzione: quali garanzie per il cittadino? (La prevedibilità degli esiti)*, in *Studi Senesi*, CXXIX, 2017, 105 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2019, 17 ss.

<sup>33</sup> Sul punto, v. G. Tedesco, *Errore nelle contravvenzioni ambientali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 629 ss.

<sup>34</sup> V. P. Fimiani, *L'ambiente tra diritto, economia e giurisdizione*, in Aa. Vv, *Itinerari di diritto penale dell'economia*, op. cit., 138, secondo il quale tale retrocessione sarebbe avvenuta «senza alcun bilanciamento attraverso la rimodulazione delle sanzioni amministrative (rimodulazione che sarebbe ora opportuna, con riferimento alle ipotesi in cui il fatto sia ritenuto di speciale tenuità)».

<sup>35</sup> V. F. Giunta, v. *Tutela dell'ambiente*, op. cit., 1154, a giudizio del quale le incriminazioni fondate sulla violazione delle statuizioni della P.A. assicurano un adeguato rispetto delle istanze di determinatezza.



quest'ultimo, che si traduce, in definitiva, nella calcolabilità anticipata dei limiti del rischio consentito.

### 3.1. *I limiti del paradigma contravvenzionale*

La modestia dei livelli sanzionatori, l'inefficacia e insufficienza delle risposte punitive, sottoposte ad un elevato rischio di prescrizione, imprimono all'apparato di tutela in esame caratteri di debolezza e di ineffettività: nel loro minimalismo funzionale, le contravvenzioni ambientali sono affette da intrinseco 'nanismo'.

Per usare una metafora venatoria, la tutela contravvenzionale può essere accostata ad una *caccia minuta*, da svolgere pedissequamente entro il perimetro di una riserva gestita dalla P.A., dalla quale sono *a priori* escluse *prede* di maggiore importanza e impegno, quali gli eventi di danno e pericolo concreto, con le rispettive vittime: i 'grandi assenti' dalle fattispecie penali previste dal Testo unico dell'ambiente.

La congenita minorità che affligge il 'calibro' della tutela consentita dalle contravvenzioni, incapace di attingere le macro-offese ai valori ambientali, ha indotto la giurisprudenza a ricercare nell'ordinamento – in chiave suppletiva rispetto al legislatore – gli strumenti normativi in grado di emancipare l'intervento penale dal rigido nesso di dipendenza dalle statuizioni amministrative, rendendo possibile la punizione di eventi dannosi o concretamente pericolosi<sup>36</sup>, a prescindere da preve valutazioni deontiche operate dalla P.A.

## 4. *Il modello penalistico 'puro': la tutela sostanziale dell'ambiente, a prescindere da preve valutazioni deontico-normative*

Nel contesto del processo penale quale strumento di 'lotta' avverso il fenomeno dei macro-inquinamenti storico-progressivi, pericolosi per la salute collettiva, ci si è orientati alla ricerca di forme di tutela *immediata e assoluta* dell'ambiente, quale bene assiologicamente prevalente.

Un modello penalistico 'puro' – incentrato sul danno ambientale in sé e indipendente dalla mediazione degli interessi in conflitto operata dall'autorità amministrativa – in grado di dotare il giudice penale non solo della *spada*, ma anche della *bilancia*. Gestore della perenne emergenza, il giudicante non si limita più ad

<sup>36</sup> Sulla ricerca di un evento nella prassi e nella legislazione, v. E. Contieri, *Dal comportamento all'evento nella tutela penale dell'ambiente. Osservazioni in tema di bene giuridico*, in Aa. V.v., *Il diritto penale di fronte alle sfide della 'società del rischio'. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, a cura di G. De Francesco e G. Morgante, Torino, 2017, 39 ss.

occuparsi di patologie incidentali, bensì si sostituisce al legislatore e all'autorità amministrativa, nella valutazione del peso degli interessi in gioco.

In questo senso, la punizione *diretta* di macro-eventi dannosi o pericolosi si pone agli antipodi della dimensione *formale* della tutela contravvenzionale, in direzione di obbiettivi di tutela *sostanziale e immediata* dell'ambiente e della salute.

Com'è noto, a tal fine si è fatto ricorso all'applicazione di alcune fattispecie delittuose a difesa dell'incolumità pubblica: l'avvelenamento, per quanto concerne l'inquinamento di falde acquifere e, soprattutto, il c.d. disastro innominato, avuto riguardo ad ipotesi di grave contaminazione e, in particolare, di inquinamento storico-progressivo<sup>37</sup>. Fattispecie indipendenti dal piano di governo dell'ambiente, che prescindono da clausole di illiceità speciale: non si richiede, infatti, che la condotta che cagiona l'evento di danno sia stata posta in essere "*illecitamente*" o "*abusivamente*".

Superato il piano della tutela delle funzioni amministrative, ad assumere rilievo è la difesa dell'ambiente, quale bene giuridico in sé, di carattere squisitamente *naturalistico* e di valore preminente, soprattutto nei casi in cui la proiezione offensiva si estende alla salute collettiva.

Sotto il primo profilo, la "*caccia all'evento*" viene attuata in un ambito – quello dei disastri – in cui l'oggetto coinvolto nel delitto di pericolo comune assume rilievo in una dimensione meramente *materiale*: attraverso accertamenti di fatto, il giudice è posto in condizione di valutare direttamente l'offesa e le sue conseguenze, a prescindere dal titolo abilitante il comportamento posto in essere e da qualificazioni e delimitazioni inerenti all'oggetto materiale della condotta. Se l'incolumità pubblica è oggetto di un'autonoma tutela penalistica, a prescindere dal precetto extra-penale o dalla violazione di un dato regime amministrativo, un disastro innominato può ben realizzarsi anche in presenza di un'attività autorizzata che si sia svolta entro i limiti di legge<sup>38</sup>.

Passando al secondo aspetto, la prevalenza *a priori* del bene ambientale discende da un bilanciamento legislativo rigido, operato "a monte" dal legislatore<sup>39</sup>: in un simile contesto, il giudice è chiamato a valutazioni fattuali, volte ad accertare l'effettiva sussistenza del danno (o del pericolo concreto), che nella materia in esame assume le forme del *vulnus* ambientale qualificato dal pericolo per la salute collettiva.

<sup>37</sup> Su tale tipologia di inquinamento, v. G. Rotolo, *Historical Pollution and the Prominence of Criminal Law Enforcement in Italy*, in Aa. Vv., *Historical Pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, by F. Centonze e S. Manacorda, Berlin, 2017, 91 ss.

<sup>38</sup> V. *Note di sintesi, cit.*, 32 e G.P. Accinni, *Disastro ambientale, op. cit.*, 148 ss.: «l'ambito applicativo dell'"altro disastro" è circoscritto ai soli "casi" rispetto ai quali non può assumere rilevanza alcuna una valutazione in termini di 'abusività' della condotta causalmente efficiente».

<sup>39</sup> V. C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019, 31.

L'elevato rango dei beni in gioco – prevalenti *ex se* sulle sfere di libertà in attività economiche – fa sì che autorizzazioni e osservanza di prescrizioni siano irrilevanti: a fronte di eco-disastri, da cui magari derivino morti o lesioni personali, vengono meno margini di tolleranza, con buona pace del “rischio consentito”<sup>40</sup>. Nella misura in cui accerta direttamente e autonomamente l'offesa, prescindendo dalla mediazione amministrativa tra gli interessi contrapposti, il giudice assume il ruolo di protagonista della lotta all'inquinamento<sup>41</sup>: nel settore ambientale, il ricorso al modello penalistico puro implica, infatti, l'emancipazione della fattispecie incriminatrice dal presupposto della violazione di altre norme giuridiche o dei requisiti posti da provvedimenti di carattere autorizzatorio<sup>42</sup>.

#### 4.1. *L'applicazione di fattispecie delittuose a presidio dell'incolumità pubblica quale presupposto del sindacato giudiziale in malam partem sulla legittimità e adeguatezza dei provvedimenti autorizzatori*

Tornando, per un istante, all'esemplificazione in chiave venatoria, va da sé che la ‘caccia grossa’ abbia ad oggetto prede di notevoli dimensioni, per il cui abbattimento il cacciatore si trova esposto a difficoltà e rischi maggiori rispetto a quelli comportati dalla ‘caccia minuta’. Nel caso del modello penalistico puro, le maggiori insidie sono rappresentate, da un lato, dalla difficoltà di conciliare il disastro (innominato) ambientale con il principio di legalità (piegata alle contingenti esigenze repressive, la nozione di “macro-evento”, utilizzata dalla S.C., si rivela, fluida e imprevedibile, frutto dell'analogia *in malam partem*)<sup>43</sup>, dall'altro, dalle pressoché insormontabili criticità poste dall'accertamento del nesso di causalità<sup>44</sup>.

Più che soffermarsi sull'*abusività* della sussunzione dell'inquinamento storico sotto la fattispecie di disastro innominato<sup>45</sup>, nella prospettiva della presente indagine è utile richiamare l'attenzione su un'ulteriore tendenza patologica, emersa soprattutto in sede cautelare (sequestro preventivo di impianti industriali). Si allude all'indebita finalizzazione applicativa delle fattispecie di avvelenamento e di disastro alla messa in discussione del bilanciamento di interessi operato “a mon-

<sup>40</sup> Cfr. A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività*, op. cit., 268 s.

<sup>41</sup> Come osservato da G. Insolera, *Modello penalistico puro*, op. cit., 739, «in un modello penalistico puro, quindi, è il giudice che, attraverso diretto apprezzamento dell'offesa (..) si pone quale artefice diretto della mediazione tra specifici (del caso concreto) interessi contrapposti».

<sup>42</sup> V. A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività*, op. cit., 152.

<sup>43</sup> Sia consentito rinviare ad A. Gargani, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in Aa.Vv., *Il diritto penale di fronte alle sfide della 'società del rischio'*, cit., 18 ss.

<sup>44</sup> *Ex multis*, da ultimo, v. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, op. cit., 231 ss.

<sup>45</sup> In tema, volendo, v. A. Gargani, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 2020.

te” dal legislatore o dalla P.A. e alla contestuale ridefinizione riduttiva dei margini di rischio consentito fissati dai medesimi, sul presupposto assiologico della priorità dell’ambiente e della salute collettiva.

Alcuni recenti studi hanno sottolineato gli eccessi di discrezionalità valutativa correlati al sindacato *in malam partem* del giudice penale sulla legittimità o idoneità preventiva di autorizzazioni di condotte ad impatto ambientale, evidenziando il “salto di qualità” insito nel passaggio dal sindacato sulla legittimità di provvedimenti di tipo autorizzatorio al vaglio di adeguatezza e sufficienza delle prescrizioni amministrative che legittimano determinate emissioni o inquinamenti<sup>46</sup>. Quella della responsabilità penale del titolare di autorizzazione ambientale è, in effetti, una tematica tipicamente post-moderna, che racchiude in sé problemi di rapporto tra poteri dello Stato<sup>47</sup>: la neutralizzazione giudiziale dello “scudo protettivo” rappresentato dall’autorizzazione, ritenuta *ex post* illegittima in sede penale, è, infatti, emblematica della tendenza del giudice penale a sostituire le proprie valutazioni alle scelte operate dall’autorità amministrativa in sede di governo dell’ambiente.

Destinato a generare incertezza e disorientamento, il predetto fenomeno rappresenta, per molti versi, una delle forme più gravi di *imprevedibilità* del diritto penale ambientale: se è vero che le attività coperte da rischio consentito presentano un carattere necessariamente autorizzatorio e che i limiti soglia ‘fotografano’ aree di liceità dell’agire, esprimendo il bilanciamento di interessi funzionale alla delimitazione della rilevanza penale<sup>48</sup>, è evidente che la messa in discussione e la sconfessione – da parte del giudice – dell’adeguatezza delle statuizioni amministrative si traducono nell’imposizione *ex post* di un diverso bilanciamento di interessi e di una diversa soglia di rischio consentito, con riflessi patologici in chiave di *certezza* del diritto.

Il sindacato giudiziale sull’idoneità dei provvedimenti di tipo autorizzatorio poggia, sovente, sul riesame critico degli standard cautelativi adottati dalla P.A., condotto alla luce del principio di *precauzione*<sup>49</sup>. Nella prassi cautelare, si manife-

<sup>46</sup> Sul «sindacato che, dalla legittimità di provvedimenti di tipo autorizzatorio, si estende alla stessa adeguatezza funzionale di quei provvedimenti e dunque alla discrezionalità politico-amministrativa dell’autorità che li ha emessi», v. M. Catenacci, *Il «caso ILVA»*, *op. cit.*, 59 ss., osserva che quello che «sembra volersi affermare con forza è una figura di giudice penale garante ultimo di beni come la salute e l’ambiente e perciò sostanzialmente svincolato dalle determinazioni adottate in sede amministrativo-preventiva»; per ulteriori profili, v. A. Di Landro, *La responsabilità per l’attività*, *op. cit.*, 114 ss.; 152 ss.; 197 ss.

<sup>47</sup> V. D. Pulitanò, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, *op. cit.*, 44.

<sup>48</sup> V. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, *op. cit.*, 367 ss.

<sup>49</sup> Sui rapporti tra diritto penale e principio di precauzione, *ex multis*, v. D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pas-

sta la propensione giudiziale a rilevare il *deficit* conoscitivo dei decisori politici, imputato a sopravvenute evidenze scientifiche oppure al mancato aggiornamento di conoscenze già disponibili (si teme che i ritardi amministrativi possano essere ‘sfruttati’ dai privati per mantenere standard meno stringenti)<sup>50</sup>.

Il fenomeno della fissazione ed applicazione *retroattiva* di standard più rigorosi di quelli statuiti nel provvedimento autorizzatorio, assume un’indubbia attualità sul delicato versante delle “migliori tecniche disponibili” (*Best available techniques*), in riferimento al ruolo che quest’ultime possono assumere nell’ambito delle fonti degli obblighi cautelari, in sede di accertamento della responsabilità penale<sup>51</sup>.

Dall’operatore che nell’esercizio della propria attività si sia attenuto ai limiti di emissione previsti nell’ordinamento interno, è esigibile *ex post* l’osservanza di più rigorose ed avanzate soluzioni tecniche elaborate a livello europeo (c.d. BAT)?

In caso di accertata obsolescenza delle prescrizioni normative, può tale soggetto essere ritenuto responsabile dell’eventuale disastro ambientale *medio tempore* verificatosi?

#### 4.1.1. *Due casi emblematici*

Siffatti interrogativi sono stati al centro di due note vicende giudiziarie – relative alla centrale termoelettrica ‘*Tirreno Power*’ di Vado Ligure e allo stabilimento siderurgico ‘*Ilva*’ di Taranto – emblematiche della tensione istituzionale tra governo dell’ambiente e giurisdizione (cautelare) penale. In considerazione dei ritardi, delle carenze e dell’inefficienza preventiva della normativa, nonché dell’inadeguatezza delle attività amministrative di prevenzione e controllo, il giudice penale si è sentito legittimato dal rango preminente dei beni giuridici aggrediti a sindacare l’adeguatezza e la valenza esimente dei provvedimenti autorizzatori rilasciati dalla P.A. e a ridefinire restrittivamente i confini del rischio consentito<sup>52</sup>.

Nel caso ‘*Tirreno Power*’<sup>53</sup>, la conformità delle emissioni ai valori soglia previsti dalla legge e, di riflesso, dal provvedimento autorizzatorio, non è stata ritenuta

*sim*; F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in questa *Rivista*, 2006, 227 ss.

<sup>50</sup> Su tale profilo, v. A. Di Landro, *La responsabilità per l’attività*, *op. cit.*, 257 ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, *op. cit.*, 398 ss.

<sup>51</sup> In argomento, v. M. Bosi, *The best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.1/2018, 196 ss.; S. Zirulia, *Il ruolo delle Best Available Techniques (BAT) e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali*, in *Lex ambiente*, 4/2019, 1 ss.

<sup>52</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. G. Rotolo, *Modelli ‘dinamici’ di tutela dell’ambiente e responsabilità penale: problemi e prospettive*, in *Jus*, 2016, 130 ss.

<sup>53</sup> In tema, v. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, *op. cit.*, 448 ss.

dal giudice sufficiente ad escludere la responsabilità penale *ex artt.* 434, 589 e 590 c.p.: i predetti limiti soglia sono stati, infatti, ritenuti *ex post* inadeguati a fondare il giudizio di tollerabilità delle emissioni, in quanto non adeguati ai più rigorosi standard cautelativi previsti a livello europeo. Secondo il G.I.P. del Tribunale di Savona, la «condotta tenuta dal gestore, il quale non si è attenuto ai limiti emissivi previsti dalle BAT (...), appare certamente connotabile quanto meno quale colposa. Ed invero (...) le BAT indicano i parametri emissivi previsti dall'Unione Europea al fine di limitare l'impatto ambientale degli impianti». Significativa la postilla: «vero è che il rispetto delle BAT non era previsto dalla legge quale obbligatorio ma è altresì vero che esse costituiscono un'indicazione precisa in ordine alla condotta da tenere al fine di ridurre il danno ambientale».

Il preminente rango dei beni giuridici in gioco induce il giudice a ritenere esclusi margini di tolleranza connessi alla sfera di libertà di attività economiche e a postulare la necessità di una diligenza *aggiuntiva*, fondata essenzialmente sul principio di precauzione<sup>54</sup>, quale fonte diretta e vincolante di norme cautelative diverse e ulteriori rispetto a quelle normativamente previste<sup>55</sup>. L'asserito obbligo di attenersi prudenzialmente ai più rigorosi standard di cui alle BAT si risolve in un limite all'affidamento dell'operatore nella valenza esimente dell'autorizzazione e, di riflesso, dell'osservanza dei limiti ivi fissati, secondo quella che in dottrina è stata ritenuta «un'interpretazione proattiva dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, con estensione dello spettro precauzionale delle regole di condotta»<sup>56</sup>.

Problematiche analoghe – dichiarata irrilevanza della conformità delle emissioni ai valori soglia, in caso di integrazione di reati contro la pubblica incolumità – si rinvergono nella tormentata vicenda dell'«Ilva» di Taranto, in cui ad assumere rilievo è l'autorizzazione integrata ambientale (AIA) rilasciata ai gestori dell'attività siderurgica<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Sulla «logica della precauzione», v. G.A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, *op. cit.*, 36 ss.

<sup>55</sup> Come osservato criticamente da A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività*, *op. cit.*, 272, nel T.U.A. il principio di precauzione non ha efficacia diretta e vincolante, bensì richiede un'ulteriore *interpositio legislatoris* o puntuali provvedimenti attuativi da parte della P.A.; sull'insinuarsi della precauzione nel caso «Tirreno Power», v. G. Rotolo, *Modelli 'dinamici' di tutela dell'ambiente*, *op. cit.*, 131 ss.

<sup>56</sup> A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività*, *op. cit.*, 270.

<sup>57</sup> Sulla vicenda in esame, v. M. Catenacci *Il «caso ILVA»*, *op. cit.*, 55 ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, *op. cit.*, 446 ss.; secondo D. Pulitanò, 44, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, *op. cit.*, 44, la peculiarità del caso Ilva «sta nell'intreccio tra il profilo della giustizia penale e profili gestionali: problemi di rapporti di poteri, in un campo in cui la funzione tipica della giurisdizione penale (l'accertamento di reati, o meglio il giudizio su ipotesi d'accusa) si intreccia con problemi di gestione attuale di situazioni complesse, nelle quali sono in gioco una pluralità di interessi (produzione industriale, occupazione, tutela della salute), non facilmente componibili, tutti meritevoli di considerazione».

Nel sottoporre l'AIA ad un vero e proprio sindacato di merito, il giudice aveva ritenuto obsolescenti e inadeguate le cautele fissate normativamente o dall'autorità amministrativa, in quanto non conformi ai più elevati standard cautelativi di cui alle BAT, la cui osservanza è stata considerata esigibile dagli operatori.

«Il rispetto dei limiti soglia fissati dalla legge o dall'autorità amministrativa» – ha affermato il giudice – «non escluderebbe di per sé la punibilità di chi vi si attinga, qualora al momento della condotta fossero raggiungibili attraverso le migliori tecniche disponibili, livelli più bassi di emissione (ALARA, *as slow as reasonably achievable*) o fossero disponibili valori diversi o più cautelativi segnalati dai c.d. BREF (*Best available techniques reference documents*) o raccomandati da enti o associazioni (ad es. OMS)»<sup>58</sup>.

Anche in questo caso, il disconoscimento della valenza discrezionale ed esimente degli esiti del bilanciamento sotteso ai limiti-soglia normativamente previsti poggia sulla preminenza assiologica dei beni giuridici collettivi lesi o esposti a pericolo, ritenuti non bilanciabili con interessi contrapposti: nella sfera delle libertà economiche, nessun margine di rischio consentito in caso di offese a beni di rango superiore.

Al ristabilimento di un maggiore equilibrio ha certamente contribuito la nota sentenza C. cost. n. 85/2013, nell'affermare la legittimità della disciplina alla base dell'AIA<sup>59</sup>. Dopo aver considerato quest'ultima «lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione», la Corte precisa che «[i]l punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'*iter* formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista»<sup>60</sup>.

Al giudice è, conseguentemente, precluso il riesame del riesame del merito dell'AIA, sul presupposto dell'insufficienza o inefficacia nel futuro delle prescrizioni dettate dall'autorità competente: «le opinioni del giudice» – osserva la Corte – «non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela

<sup>58</sup> Trib. Savona, Uff. G.I.P., 11.3.2014.

<sup>59</sup> Avente ad oggetto la speciale autorizzazione integrata ambientale rilasciata all'Ilva in forza del d.l. n. 207/2012, conv. in l. n. 231/2012.

<sup>60</sup> C. cost. sent. n.85/2013, in *www.dejure.it*.

dell'ambiente rispetto alla futura attività di un'azienda, attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste per l'esercizio della stessa, e neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia»<sup>61</sup>.

Nel settore in esame, la tutela penale non può, dunque, estendersi alle offese ai valori ambientali che risultino autorizzate dalla legge o dall'autorità amministrativa, mediante l'imposizione di prescrizioni o valori-soglia finalizzati a delimitare l'ambito del *rischio consentito* per l'impresa.

#### 4.2. I riflessi a livello istituzionale e sul piano delle garanzie

Com'è possibile constatare, il ricorso, in funzione dell'implementazione della tutela penale dell'ambiente, all'applicazione di fattispecie incriminatrici poste a presidio dell'incolumità pubblica fa sì che il giudice penale si svincoli dalle determinazioni di tollerabilità delle emissioni incorporate nei provvedimenti autorizzatori e si sostituisca al legislatore e all'autorità amministrativa nella determinazione delle cautele esigibili.

In attesa della previsione legislativa di delitti ambientali, incentrati sulla causazione di eventi di danno o di pericolo concreto, il superamento giudiziale del modello contravvenzionale di tutela penale ha comportato gravi ricadute sul piano istituzionale, nonché l'elusione di essenziali principi di garanzia: la soglia di accettabilità degli inquinamenti fissata *ex ante* dalla P.A. si riduce a una mera presunzione relativa di liceità delle condotte, la quale – in caso di offese a beni di rango primario – è suscettibile di essere retrospettivamente sconfessata, alla luce della disponibilità di più avanzati standard cautelativi che l'operatore avrebbe, comunque, *potuto* – anche se non ancora *dovuto* – osservare.

In ambito cautelare, il ricorso al modello penalistico puro consente il sindacato di adeguatezza delle valutazioni *ab origine* effettuate da altri poteri dello Stato, con la conseguente ridefinizione *in malam partem* del punto di equilibrio tra tutela di beni collettivi e salvaguardia delle libertà economiche<sup>62</sup>. Grave il pregiudizio all'istanza di «certezza del parametro comportamentale, cui il destinatario del precetto sia richiesto di conformarsi»<sup>63</sup>, nella prospettiva dell'affidamento nell'operato della P.A. e nella liceità del proprio comportamento<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> C. cost. n.85/2013, *cit.*; in tema, v. G. Rotolo, 'Riconoscibilità' del precetto e modelli innovativi di tutela penale. *Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2018, 30 ss.

<sup>62</sup> C. Ruga Riva, *Il caso Ilva: profili ambientali-penalistici*, in *www.lexambiente.it*, 17.10.2014, ritiene che «in un sistema basato sulla divisione dei poteri spetta al legislatore (o alla pubblica amministrazione entro limiti di discrezionalità vincolata) fissare le condizioni e i limiti all'attività produttiva e ai suoi effetti inquinanti, sulla base di opportuni e informati bilanciamenti di interessi».

<sup>63</sup> G. Rotolo, *Riconoscibilità del precetto*, *op. cit.*, 30 s.

<sup>64</sup> Cfr. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, *op. cit.*, 374.



Nel ridisegnare *ex post* i confini delle aree di libertà, il giudicante si arroga il potere di dire l'*ultima, imprevedibile*, parola, quale garante estremo del bene ambientale: un potere di bilanciamento postumo e oracolare, in contrasto con le finalità e le competenze istituzionali della giurisdizione penale.

### 5. Il modello 'parzialmente sanzionatorio': i c.d. eco-delitti

È giunto il momento di passare a considerare il terzo ed ultimo paradigma di tutela, corrispondente, in sostanza, alle fattispecie incriminatrici contemplate agli artt. 452-*bis* e ss. c.p., introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 68/2015<sup>65</sup>. Quelle aventi ad oggetto i c.d. eco-delitti sono, come è noto, incriminazioni incentrate sul disvalore di evento (pericolo concreto/danno) e presidiate da elevati livelli edittali<sup>66</sup>.

L'intento di valorizzare il *quantum* di offensività dell'inquinamento si è, peraltro, tradotto in previsioni affette da evidente sommarietà ed indeterminatezza<sup>67</sup>. Fatti tipici indefiniti, difetti di delimitazione e coordinamento tra le figure criminose (si pensi, ad es., all'oscura progressione offensiva che dall'inquinamento conduce al disastro ambientale), macro-eventi inafferrabili, qualificazioni vaghe come "significatività", "misurabilità" e "rilevanza", implicano una tale discrezionalità valutativa da trasformare il giudice in un incontrollabile somministratore di tipicità<sup>68</sup>.

Un simile assetto normativo non pone soltanto problemi di verificabilità empirica, ma anche insormontabili difficoltà di accertamento del nesso di causalità – il "gigantismo" e l'imprecisione degli eventi evocati dal legislatore mettono a dura prova le garanzie sottese al diritto penale d'evento<sup>69</sup> – per non tacere delle notevoli incertezze inerenti alla determinazione del *tempus commissi delicti*<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> *Ex multis*, v. F. D'Alessandro, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in *Jus*, 2016, 83 ss.; G. De Santis, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017, *passim*.

<sup>66</sup> *Amplius*, v. C. Ruga Riva, *La nuova disciplina dei delitti ambientali*, v. in Aa.Vv., *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, 2. ed., Torino, 2019, 81 ss.

<sup>67</sup> V., per tutti, T. Padovani, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida al dir.*, 32/2015, 10 ss.

<sup>68</sup> V. G. De Santis, *Il nuovo volto*, *op. cit.*, 143 ss.; 195 ss.; sul fenomeno della c.d. "tipicità postuma", v. F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*. Bologna, 2019, 45 ss.

<sup>69</sup> Cfr. G. De Santis, *Il nuovo volto*, *op. cit.*, 77 ss.

<sup>70</sup> Per un'analisi critica, v. P. Patrono, *La tutela penale dell'ambiente: dal diritto penale del rischio al rischio di diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 597 ss.

Se, come è stato osservato, tutto ciò rende inevitabile un'opera di integrazione creativa da parte del giudice<sup>71</sup> – e assai concreto il rischio di arbitri applicativi – in questa sede è necessario rivolgere l'attenzione ad un cruciale profilo della disciplina in esame, rappresentato dal *rapporto* con le funzioni amministrative di governo dell'ambiente.

Siamo di fronte ad un modello penalistico puro (in cui rileva la dimensione materiale e naturalistica di ambiente) oppure permane un nesso di dipendenza dal diritto amministrativo, con la conseguente, inevitabile, *normativizzazione* del referente di valore?

Se si considera il fatto che la l. 68/2015 ha inteso dare attuazione ai criteri enunciati nella direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente (19.11.2008), la prima opzione parrebbe priva di fondamento.

Per effetto della direttiva, gli Stati membri erano tenuti a prevedere nella legislazione interna sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente: si imponeva agli Stati membri di adoperarsi affinché costituissero reato le attività indicate all'art. 5 (*Infrizioni*), qualora *illicite* e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza. All'art. 2 della direttiva si precisa, infatti, che con il termine «*unlawful*» (“illecito”), sono state definite le condotte che violino «*atti legislativi adottati ai sensi del trattato CE ed elencati all'allegato A (...), del trattato Euratom ed elencati all'allegato B; ovvero un atto legislativo, un regolamento amministrativo di uno Stato membro o una decisione adottata da un'autorità competente di uno Stato membro che dia attuazione alla legislazione comunitaria (...)*».

Dunque, né tutela di funzioni amministrative, né modello penalistico puro, bensì un paradigma intermedio, *parzialmente sanzionatorio*, di fonte europea: si richiede che il fatto incidente sui valori ambientali sia commesso in violazione della normativa europea o nazionale, ovvero dei corrispondenti provvedimenti amministrativi attuativi.

### 5.1. *Il ruolo cruciale delle clausole di illiceità speciale. Il nesso tra abusività della condotta e confini del rischio consentito*

Se l'*illiceità* è considerata dalla direttiva il profilo qualificante la condotta penalmente rilevante, si tratta di verificare se e in che modo il legislatore italiano abbia normativamente espresso la persistente e ineludibile interconnessione tra

<sup>71</sup> V. L. Cornacchia, *Inquinamento ambientale*, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, diretto da N. Pisani e L. Cornacchia, Bologna, 2019, 102.

tutela penale e funzioni di governo che dovrebbe essere sottesa alla repressione delle aggressioni all'ambiente<sup>72</sup>.

A tal proposito, si registra una pluralità di opinioni<sup>73</sup>.

Secondo un primo orientamento, il requisito – selettivo – della violazione di normative o provvedimenti amministrativi trova corrispondenza nelle clausole di *illiceità speciale* -presenti nella formulazione delle fattispecie incriminatrici- incentrate sull'*abusività* della condotta<sup>74</sup>: una formula rinvenibile già nell'art. 260 T.U.A. (poi traslato nell'art. 452-*quaterdecies* c.p.), in tema di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e al centro di controversie interpretative<sup>75</sup>.

Che le condotte siano realizzate *abusivamente* è richiesto dal legislatore per l'inquinamento ambientale (e, di riflesso, per l'art. 452-*ter* c.p.), per il disastro ambientale, per i corrispondenti delitti colposi (art. 452-*quinquies* c.p.), nonché per il traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività. Come qualificazione *modale* della condotta causalmente efficiente<sup>76</sup>, il requisito di *abusività* dovrebbe escludere dalla sfera di rilevanza penale le condotte – realizzate in conformità di norme o di provvedimenti amministrativi che autorizzino attività ad impatto ambientale – che abbiano cagionato un pericolo o un danno all'ambiente. Nella misura in cui precludono al giudice la repressione di attività sulle quali il legislatore o la P.A. abbiano espresso un giudizio di compatibilità ambientale, le clausole di illiceità in esame svolgono una pregnante funzione *discretiva*: regolando i rapporti tra funzioni di governo e giurisdizione penale, esse fanno sì che i confini della tutela penale avverso i c.d. “eco-delitti” si conformino alle valutazioni di accettabilità poste in essere dal potere legislativo e amministrativo.

Dal punto di vista logico-sistematico, le predette clausole svolgono, dunque, un ruolo cruciale, illuminante per la decifrazione dei connotati del referente di

<sup>72</sup> In tema, v. M. Caterini, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2017, 334 ss.

<sup>73</sup> Sul significato dell'avverbio “abusivamente”, v. M. Catenacci, *Il «caso Ilva»*, op. cit., 62 ss.; M. Caterini, *Effettività e tecniche*, op. cit., 334 ss.; M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n.68/2015*, Torino, 2016, 47 ss.

<sup>74</sup> Nella prima proposta legislativa (d.d.l. n.1345), il requisito di illiceità speciale presentava una diversa e più stringente formulazione: «*in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale*»: sul punto, v. L. Troyer, *I nuovi reati ambientali 'abusivi': quando la rinuncia alla legalità penale diviene un illusorio instrumentum regni*, in questa *Rivista*, 2016, 329 ss.

<sup>75</sup> Sul punto, v. L. Taldone, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, op. cit., 634 ss.

<sup>76</sup> Sulle possibili interpretazioni dell'avverbio “abusivamente”, v. C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento*, op. cit., 74 s.; L. Biori, *Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali. Prove tecniche di abusivismo giudiziario?*, in questa *Rivista*, 2015, 315 ss.

valore e, di riflesso, per la delimitazione dello spettro applicativo dei c.d. eco-delitti.

Come è stato incisivamente dimostrato, l'*abusività* esprime la necessità di una previa valutazione deontico-normativa in ordine al comportamento astrattamente rilevante sul piano penale: occorre verificare che il comportamento causalmente efficiente non trovi fondamento in un titolo abilitativo o che l'attività realizzata sia svolta fuori dai limiti del titolo legittimante ed oltre i valori soglia eventualmente fissati dalle leggi di settore<sup>77</sup>.

Alla clausola di illiceità speciale corrisponde la natura *deontico-valutativa* che il bene giuridico assume negli eco-delitti, ove la lesione non può essere valutata in termini naturalistici: l'ambiente non si presta infatti ad essere considerato come un diretto e immediato referente materiale, come una «realità di per sé integra, autosufficiente, fenomenicamente attingibile»<sup>78</sup>. La nozione di *integrità ambientale* si rivela, piuttosto, l'esito di un giudizio «in virtù del quale il giudice possa verificare che l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema si sia realizzata in difetto di un titolo legittimante o oltre i limiti da esso fissati»<sup>79</sup>.

L'abusività della condotta si lega funzionalmente e teleologicamente alla *ratio* del rischio consentito: data la dimensione *normativa* del referente di valore, un'aggressione penalmente rilevante all'ambiente è concepibile fintanto che l'attività, che ad essa ha dato luogo, travalichi i limiti del *rischio consentito*<sup>80</sup>. La rilevanza penale dell'offesa è, dunque, subordinata alla verifica che il comportamento non rientri nei margini all'interno dei quali l'ordinamento «consente un determinato livello di “compromissione” dell'ambiente (c.d. margine di antropizzazione), strumentale allo svolgimento di ordinarie attività umane (produzione di beni o servizi; gestione di rifiuti)»<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> V. *Note di sintesi, cit.*, 30 e G.P. Accinni, *Disastro ambientale, op. cit.*, 143; sul punto, v., altresì, C. Ruga Riva, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen.*, 2016, 4635 ss., secondo il quale sarebbe paradossale «che fossero ipotizzabili (e giudizialmente contestati) disastri anche laddove determinati livelli di emissione di sostanze» fossero «all'epoca dei fatti, conformi alle autorizzazioni e/o ai valori soglia di legge».

<sup>78</sup> *Note di sintesi, cit.*, 31 e G.P. Accinni, *Disastro ambientale, op. cit.*, 147.

<sup>79</sup> *Note di sintesi, cit.*, 31 e G.P. Accinni, *Disastro ambientale, op. cit.*, 147.

<sup>80</sup> *Note di sintesi, cit.*, 31 e G.P. Accinni, *Disastro ambientale, op. cit.*, 147; sulla correlazione tra la clausola di illiceità speciale in esame e la sfera di rischio consentito, v. C. Ruga Riva, *I nuovi coreati*, Torino, 2015, 6 e ss.; 30; nello stesso senso, v. C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento, op. cit.*, 75, a giudizio della quale l'avverbio “abusivamente” svolge «la funzione di subordinare la punibilità ai soli comportamenti inquinanti che si collocano al di fuori del c.d. rischio consentito previamente individuato dal legislatore, sia pure attraverso la tecnica del rinvio a provvedimenti amministrativi. In tale diversa prospettiva, siffatto elemento della fattispecie svolgerebbe una importante funzione delimitativa, fungendo da vera e propria *actio finium regundorum* fra potere politico e giudiziario».

<sup>81</sup> Cfr. *Note di sintesi, cit.*, 34 e G.P. Accinni, *Disastro ambientale, op. cit.*, 147.

In definitiva, nell'ottica del *rischio consentito*, le clausole di illiceità speciale impongono al giudice penale l'osservanza delle prerogative e competenze istituzionali della P.A. in materia ambientale, salvaguardando istanze di legalità e di colpevolezza<sup>82</sup>. La soglia di tollerabilità, fissata *ex ante* dal legislatore o dalla P.A. (nell'autorizzazione) attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco, segna il livello di *rischio consentito* in ambito penale, mettendo in condizione l'operatore di adottare consapevolmente le proprie scelte comportamentali e di predeterminare le conseguenze penali delle proprie condotte<sup>83</sup>. Nel delineare spazi di libertà a favore dei consociati che operino nel rispetto delle leggi e delle statuizioni amministrative, il *raccordo* con il piano di governo dell'ambiente sotteso alle clausole di illiceità speciale è destinato a proteggere il loro affidamento nella liceità di determinate 'compromissioni', conformi ai valori prescritti o alle modalità indicate nel titolo abilitante<sup>84</sup>.

## 5.2. *La tesi incline a svalutare la funzione discretiva delle clausole di illiceità speciale*

Secondo una diversa impostazione, la previsione dell'*abusività* non precluderebbe la possibilità che un'offesa penalmente rilevante sia configurabile a prescindere dall'eventuale conformità della condotta al titolo legittimante. Si muovono in questa direzione le tesi inclini ad escludere o, comunque, a sminuire il ruolo *precoativo* e vincolante della clausola di illiceità speciale in esame<sup>85</sup>. L'ampia e laconica formulazione di quest'ultima ha propiziato il tentativo di sterilizzarne il significato e la funzione: l'*abusività* esprimerebbe ora il mero difetto di cause di giustificazione, ora, marginalmente, la «residua rilevanza di tipo accessorio» del delitto a una violazione del diritto amministrativo<sup>86</sup>. È stato, persino, sostenuto che la clausola di *abusività* legittimi il giudice penale ad individuare la soglia di tollerabilità della contaminazione, prescindendo *in toto* dalle preve valutazioni di ammissibilità espresse dalla P.A.<sup>87</sup>: considerata inaccettabile l'idea di un disastro ambientale non punibile

<sup>82</sup> Sul tema, in prospettiva interdisciplinare, v. G. Forti, *Tutela ambientale e legalità: prospettive giuridiche e socio-culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1353 ss.

<sup>83</sup> Sulla riconoscibilità della regola di condotta, v. G.A. De Francesco, *Il principio della personalità della personalità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *A.a. V.v.*, *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. Canestrari, 1998, 339 ss.

<sup>84</sup> Cfr. M. Catenacci, *Il «caso Ilva»*, *op. cit.*, 64.

<sup>85</sup> Sul rischio che la clausola in esame divenga il grimaldello del giudice sugli atti amministrativi che legittimano attività ad impatto ambientale, v. N. Pisani, *Il nuovo disastro ambientale*, in *A.a.V.v.*, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, *op. cit.*, 123.

<sup>86</sup> V. L. Cornacchia, *Inquinamento ambientale*, *op. cit.*, 108.

<sup>87</sup> V. G. Amendola, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale 'abusivo'*, in *www.lexambiente.it* (17.3.2015), 1 ss.; in senso critico, v. C. Ruga Riva, *Ancora sul concetto di abusivamente nei delitti ambientali: replica a G. Amendola*, in *www.lexambiente.it*, 17.12.2015.

in quanto previamente *autorizzato*, si è ritenuto che la gravità dell'offesa imponga *comunque* la punizione. Il ruolo funzionale della clausola di illiceità speciale viene letteralmente 'rivoltato', in direzione dell'autonomia ed indipendenza del giudizio di rilevanza penale rispetto alle scelte effettuate "a monte" dalla P.A., 'superate' *ex post* da esigenze sostanziali di tutela dell'ambiente.

Non si tratta di novità: i prodromi di simili impostazioni sono agevolmente individuabili nella deriva ermeneutica che ha caratterizzato l'applicazione a casi di inquinamento atmosferico dell'art. 674 c.p. (*Getto pericoloso di cose*), la cui seconda parte punisce chi, «*nei casi non consentiti dalla legge*», provochi emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a offendere, imbrattare o molestare le persone<sup>88</sup>. Neutralizzando la *ratio essendi* della predetta clausola, si è ritenuto che il giudice penale non sia affatto vincolato né dalla valutazione di tollerabilità compiuta dalla P.A. in sede di autorizzazione, né dalla conformità delle emissioni ai limiti normativamente previsti, potendo la contravvenzione in esame essere configurata in caso di molestie travalicanti il limite della normale tollerabilità, di cui all'art. 844 c.c.<sup>89</sup>. In tal modo, la formula «*nei casi non consentiti dalla legge*» finiva per non ostare alla repressione penale di attività conformi al titolo abilitante o ai limiti tabellari, in quanto ritenute socialmente non tollerabili: un'interpretazione *eversiva* dell'art. 674 c.p., più di recente contrastata in favore della presunzione di liceità penale dell'emissione «consentita dalla legge»<sup>90</sup>.

Tornando agli eco-delitti, si può osservare che, per la sua indeterminatezza, la clausola di *abusività* si presta ad essere applicata al fine di sindacare la congruità degli esiti del bilanciamento operato dalla P.A. Quale garante diretto ed estremo del bene ambientale, il giudice potrebbe sempre vagliare l'adeguatezza del titolo abilitante o dei limiti tabellari rispetto alle esigenze di tutela dell'ambiente o di beni giuridici di rango primario (ad es., la salute collettiva) e verificare l'effettiva conformità delle condotte autorizzate (e financo delle norme amministrative di riferimento) a disposizioni poste a tutela di altri beni giuridici, a norme di indirizzo, a principi di settore o di carattere generale<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Cfr. G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., 140 ss.

<sup>89</sup> V., ad es., Cass. n. 38936/2005 e, più di recente, Cass. n.12019/2015.

<sup>90</sup> V., ad es., Cass. n.40849/2010; sulla problematica intersezione «della disciplina penale con quella amministrativa e con il suo corredo di sanzioni punitive», in riferimento all'art. 674 c.p., v. F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, 'malalegalità' e dintorni*, Pisa, 2019, 128 s.

<sup>91</sup> Nel senso che quella dell'abusività è una formula in grado «di richiamare un numero pressoché illimitato di violazioni, anche di norme non finalizzate alla tutela dell'ambiente, se non addirittura di norme di principio o di indirizzo, prive in quanto tali di un preciso contenuto precettivo e dietro la cui interpretazione si cela in realtà un sindacato sul merito delle scelte operate in sede di governo dell'ambiente», v. C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento*, op. cit., 75; sulla «sfuggente 'abusività' per violazione di principi generali», v. L. Bisori, *Linee interpretative*, op. cit., 324 ss.

Come è stato osservato, se così interpretata, la nozione di ‘abusività’ rischia di comprendere la violazione di principi ad ampio spettro – come quello di precauzione – non ancora tradottisi in specifiche regole di comportamento, non aventi natura immediatamente precettiva e non controllabili con gli strumenti probatori del processo penale<sup>92</sup>. Qualificare come *abusiva* una condotta formalmente autorizzata significherebbe, in definitiva, rovesciare e vanificare il senso proprio delle clausole di illiceità speciale: applicando direttamente i principi<sup>93</sup>, il giudice individuerebbe autonomamente la soglia del rischio consentito<sup>94</sup>, rendendola accessibile al consociato soltanto all’esito del procedimento penale.

### 5.3. Le implicazioni delle due opzioni interpretative

In attesa che nella prassi applicativa si sviluppino e si consolidino un orientamento ermeneutico in ordine al significato e alla latitudine della nozione di *abusività* (non circoscritto all’art. 452-*quaterdecies* c.p.), è opportuno dar conto della polivalenza di significati che, laddove prevista, la predetta clausola di illiceità è suscettibile di assumere in virtù della sua innegabile ampiezza e cripticità.

Tra i tanti profili di indeterminatezza che caratterizzano la disciplina degli eco-delitti, quello in esame si segnala per l’antitetività dei riflessi che le possibili interpretazioni producono sia sul piano istituzionale, sia in termini di certezza del diritto e di prevedibilità delle pronunce giudiziarie.

Se la riconduzione della disciplina degli eco-delitti ad un modello *parzialmente sanzionatorio* (o accessorio) implica il rispetto istituzionale delle funzioni di governo dell’ambiente e la presa in carico di esigenze di certezza e prevedibilità del confine tra lecito ed illecito, l’assimilazione delle fattispecie incriminatrici in esame al modello penalistico *puro* comporta, invece, l’elusione della divisione dei poteri e la sindacabilità del merito delle scelte discrezionali della P.A. e della legittimità degli atti amministrativi, alla luce degli interessi protetti.

In modo non dissimile rispetto a quanto riscontrato a proposito dell’applicazione del disastro innominato nel settore ambientale, anche in questo caso, l’approccio *sostanziale* alla legalità penale pone il giudice, paladino della lotta all’inquinamento, in condizione di stabilire autonomamente modi e limiti

<sup>92</sup> V. A. Di Landro, *La responsabilità per l’attività autorizzata*, op. cit., 112.

<sup>93</sup> V. M. Bosi, *Rilevanza delle condotte realizzate abusivamente tra rischio ed evento ambientali*, in Aa. Vv., *Il diritto penale di fronte alle sfide della ‘società del rischio’*, cit., 69; C. Palmeri, *Ragioni della produzione e ragioni dell’ambiente: l’introduzione del parametro extra penale della ‘miglior tecnica disponibile’ nel sistema delle fonti degli obblighi cautelari*, in *Lex ambiente*, 3/2019, 1 ss.; S. Zirulia, *Il ruolo delle Best Available Techniques*, op. cit., 1 ss.

<sup>94</sup> Nella prima sentenza avente ad oggetto il delitto di inquinamento ambientale – n. 46170/2017 – la S.C. non si è pronunciata espressamente sulla possibilità di includere nel concetto di abusività la violazione di principi generali.

della tutela penale del bene<sup>95</sup>, sopperendo alle carenze o ai ritardi dell'apparato amministrativo.

6. *Il sindacato giudiziale sulle scelte operate dal legislatore e dalla P.A. tra istanze di tutela ed esigenze di certezza/prevedibilità*

L'esame dei tre paradigmi di tutela penale dell'ambiente in rapporto al cangiante nesso di dipendenza della risposta punitiva dalle funzioni di governo demandate alla P.A. ha confermato l'assunto iniziale: i livelli di certezza del diritto e di prevedibilità della decisione giudiziaria mutano decisamente a seconda che il bilanciamento di interessi effettuato *ex ante* dal legislatore o dalla P.A. sia ritenuto vincolante ovvero ad esso si sostituisca il bilanciamento operato *ex post facto* dal giudice penale, con effetto retroattivo.

Le criticità riguardano, soprattutto, l'interferenza del potere giudiziario rispetto alle funzioni di governo dell'ambiente che si registra sul versante dei delitti. Se, come è stato di recente osservato, «il *bilanciamento giurisprudenziale* rende il diritto strutturalmente incerto e imprevedibile, conducendo ad un indebolimento dei diritti, laddove li relativizzi»<sup>96</sup>, nel settore in esame, considerare irrilevanti e non vincolanti gli esiti della previa valutazione deontica di tollerabilità della condotta ad impatto ambientale equivale a disconoscere la legittimità dell'affidamento del cittadino nelle scelte operate dalla P.A.

La preminenza delle esigenze di tutela del bene fa sì che un'attività autorizzata *ex ante* dall'ordinamento possa essere punita *ex post* dal giudice<sup>97</sup>. Al di là delle ipotesi di collusione criminosa (e di consequenziale *inesistenza* del provvedimento autorizzatorio), si tratta di verificare se e in quali casi, nonostante l'osservanza degli standard di sicurezza normativamente previsti, possano permanere profili di responsabilità penale e quali limiti possano essere configurati al legittimo affidamento dell'operatore nell'ambito del rischio consentito fissato dal legislatore o dall'autorità amministrativa.

Tali questioni sono state, come è noto, affrontate dalla dottrina in rapporto alle implicazioni penalistiche del principio di *precauzione*, valorizzando la prevedibilità o conoscenza del *deficit* prevenzionistico o dell'arretratezza della norma cautelare e i correlativi obblighi di segnalazione dei rischi<sup>98</sup>. Nell'ordinamento interno, le eccezioni alla valenza esimente del titolo abilitante e i limiti

<sup>95</sup> V. G. De Santis, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., 153.

<sup>96</sup> C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento*, op. cit., 67.

<sup>97</sup> Cfr. A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata*, op. cit., 43.

<sup>98</sup> V. G. Forti, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in questa Rivista, 2006, 155 ss.



all'affidamento nei margini di rischio consentito tracciati da legislatore o dalla P.A., non sono, invero, disciplinati dal legislatore, bensì costituiscono, di fatto, un dominio riservato della giurisprudenza. In un simile contesto, l'*occhiuto* e *paternalistico* sindacato giudiziale sulle scelte operate dal legislatore e dalla P.A. rischia, come è stato osservato, di far ricadere a carico dei destinatari degli atti amministrativi le conseguenze e i costi di possibili carenze degli organi di controllo della P.A.<sup>99</sup>. Quello di "far pagare" al privato – in sede penale – le inefficienze dell'apparato di governo è un esito non privo di risvolti *eticizzanti*, laddove si abbia a sospettare che le attività ad impatto ambientale, oggetto di autorizzazione, siano state svolte dall'operatore nella consapevolezza della loro potenzialità offensiva ovvero dell'inadeguatezza delle prescrizioni amministrative.

### 7. La ricerca di possibili rimedi: delimitazione del campo d'indagine

In chiave prospettica, l'attenzione deve essere rivolta ai correttivi e ai rimedi esperibili al fine di ridurre il tasso di incertezza e imprevedibilità del diritto penale ambientale e, in particolare, della disciplina degli *eco-delitti*. Che sia proprio quest'ultimo l'ambito in cui si condensano le maggiori criticità discende dal fatto che se, da un lato, per ragioni strutturali, nel settore contravvenzionale lo standard di predeterminabilità del rischio consentito appare complessivamente accettabile, dall'altro, sul versante dei delitti contro l'incolumità pubblica, è la stessa applicazione della figura di disastro (anche innominato) all'inquinamento storico o progressivo a risultare *ab origine* abusiva.

Come si è cercato di dimostrare in altre occasioni, in materia ambientale, la fattispecie di "*altro disastro*" è suscettibile di ricomprendere unicamente le macro-offese – conformi al concetto generale e astratto di disastro – qualificate da relativa istantaneità e immediata pericolosità per l'incolumità pubblica (disastri ambientali *mediante violenza*, nel senso postulato dalle figure nominate, ricomprese nel Capo I, Titolo VI, del codice penale). Si pensi, ad es., a fenomeni di incendio di rifiuti oggetto di stoccaggio abusivo ovvero di fughe o fuoriuscite, concentrate nel tempo, di gas pericolosi per la salute dell'uomo e degli animali: si tratta di fatti che, per l'immediata gravità e la tendenziale contestualità, sono qualificabili in sé come illeciti, a prescindere da ulteriori valutazioni deontico-normative, anche in considerazione della difficoltà di prevenzione.

<sup>99</sup> V. G. Rotolo, *Modelli 'dinamici' di tutela dell'ambiente*, *op. cit.*, 139; dello stesso autore, a proposito dei costi economici dell'incertezza del diritto penale ambientale, v. *La tutela penale dell'ambiente: i costi dell'incertezza*, in *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, a cura di R. Zaccaria, Brescia, 2011, 355 ss.

*Ex adverso*, all'ambito applicativo dell'art.452-*quater* c.p. dovrebbero essere ricondotte le *altre* forme di contaminazione dell'ambiente, strutturalmente irriducibili al pericolo comune mediante violenza, previamente qualificabili come 'abusive' (nel senso sopra precisato) ed idonee, eventualmente, a riverberarsi negativamente sulla salute collettiva (art. 452-*quater*, co. 1, n. 3, c.p.): è il caso dei c.d. inquinamenti storici o progressivi che, in quanto proiettati nel tempo, si prestano ad essere accertati e interrotti in sede di vigilanza e controllo.

### 7.1. *Le soluzioni virtuose elaborate in dottrina e quelle adottate in altri ordinamenti*

Dunque, è, soprattutto, il delicato settore dei c.d. eco-delitti – oscillante nella prassi tra modello parzialmente sanzionatorio e paradigma penalistico puro – quello che maggiormente richiede interventi correttivi volti a ridurre il tasso di incertezza/imprevedibilità della risposta punitiva.

La soluzione ottimale, ma di improbabile realizzabilità in concreto, sarebbe quella – auspicata in dottrina – di risolvere alla radice il conflitto fra poteri dello Stato, attraverso un intervento riformatore volto a regolare l'interazione fra i due sotto-sistemi di tutela dell'ambiente: sul presupposto che quello di un cortocircuito istituzionale sia un rischio latente, non superabile sul piano dell'interpretazione delle norme e della dialettica processuale, si individua in un intervento legislativo *ad hoc* il possibile fattore di riequilibrio<sup>100</sup>.

In un ordine di rimedi più specifici e puntuali agli eccessi di discrezionalità giudiziale, si inserisce l'interessante proposta che, al fine di definire in modo più chiaro le sfere di influenza del giudice penale e della P.A., individua al di fuori del diritto penale e, precisamente, nella tutela civilistica, l'ambito in cui inserire previsioni di efficacia limitata del titolo abilitante (in caso di atti amministrativi illegittimi da cui derivino offese all'ambiente). Valorizzando il principio di sussidiarietà del diritto penale, l'istituto della c.d. *permit defence* finirebbe per assumere una diversa efficacia liberatoria in sede civile e in sede penale: minore nella prima e maggiore nella seconda, ove il sindacato giudiziale sarebbe limitato all'elemento oggettivo del reato e verrebbe salvaguardato l'affidamento dell'operatore negli atti della P.A.<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> V. M. Catenacci, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1077 ss.; Id., Il «caso ILVA», *op. cit.*, 56 s.

<sup>101</sup> Sulle alternative extra-penali in caso di atti amministrativi illegittimi che determinino offese al territorio e ambiente, v. A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata*, *op. cit.*, 197 e ss., in cui si valorizzano l'azione di prevenzione *ex art.* 304 T.U.A., l'azione amministrativa di ripristino (art. 305 T.U.A.), la richiesta di intervento statale, *ex art.* 309 T.U.A. ovvero l'interpretazione restrittiva dell'autorizzazione al di fuori del processo penale, mediante il ricorso agli strumenti di tutela civilistica (responsabilità civile per danni ambientali), in una prospettiva di sussidiarietà del diritto penale; da quest'ultimo punto di vista, in ottica preventiva, v. E. Mazzanti, *Violazione di diritti*

Ulteriori, preziose, indicazioni sono quelle che, volendo, possono essere tratte dall'esperienza comparata e, in particolare, dagli ordinamenti statunitense e tedesco, in cui si registra la previsione espressa, nella normativa di settore o nel codice penale, di casi, eccezionali, in cui la conformità della condotta ad atti amministrativi non esclude di per sé profili di responsabilità penale.

Negli Stati Uniti, i problemi legati all'efficacia esimente dell'atto amministrativo sono affrontati nel quadro della logica garantista del c.d. *choosing system*, ovvero attraverso specifiche previsioni normative volte a limitare *ex ante* l'efficacia dei permessi<sup>102</sup>: eccezioni espresse all'efficacia liberatoria del rispetto dell'autorizzazione (c.d. *permit shield*), correlate alle proiezioni offensive per la salute umana, sono contemplate sia nel *Clean Water Act*<sup>103</sup>, sia nella normativa in materia di rifiuti pericolosi. In tal modo, l'esigenza di far salva l'applicabilità di norme cogenti in tema di inquinanti atmosferici tossici e rifiuti pericolosi si concilia con le contrapposte istanze di garanzia: l'individuazione dei casi di 'rimuovibilità' dello scudo protettivo dell'autorizzazione è sottratta al giudice penale, al fine di evitare la violazione della clausola di garanzia "*ex post facto*"<sup>104</sup>. In un sistema che tutela il *giusto processo* avverso interpretazioni imprevedibili e che vieta l'applicazione retroattiva di qualsiasi «costruzione giudiziale di una norma penale che non ci si può aspettare e contro cui non ci si può difendere facendo riferimento alla legge in vigore prima della condotta in questione»<sup>105</sup>, il consociato è posto in condizione di rappresentarsi *ex ante* l'inefficacia dell'esimente in relazione a situazioni particolari e tassativamente previste.

Una soluzione non dissimile è quella adottata dal legislatore tedesco mediante il ricorso, questa volta, ad una disposizione di carattere generale. In tema di «abuso del diritto» (*Rechtsmißbrauch*), il § 330 d), n.5, StGB, prevede, infatti, specifiche ipotesi in cui l'osservanza del titolo abilitante non ha efficacia liberatoria ed è ammesso il sindacato *in malam partem* del giudice penale sull'atto amministrativo: «si considera atto senza autorizzazione, piano di approvazione o altro permesso anche un atto basato su di un'autorizzazione, un piano di approvazione

*umani e responsabilità dello Stato. La prevenzione dei disastri come 'alternativa' al diritto penale*, in questa *Rivista*, 2016, 447 ss.

<sup>102</sup> Cfr. A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata*, op. cit., 166.

<sup>103</sup> V. § 402, in tema di inquinanti tossici dannosi per la salute umana.

<sup>104</sup> Sulla violazione di clausola di garanzia *ex post facto*, v. *Beazel v. Ohio*, 269 U.S. 167, 169 s. (1925), cit. in A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata*, op. cit., 167, nota 121: «qualsiasi normativa che punisce come reato un qualsiasi atto precedentemente commesso, che non era punibile nel momento in cui è stato commesso, che renda più severa la pena per un reato, dopo la commissione di quest'ultimo o che privi l'accusato di un reato di una qualsiasi esimente applicabile secondo la legge al momento della commissione del fatto, è proibita come *ex post facto*».

<sup>105</sup> V. *Roger v. Tennessee*, 532 U.S. 54, 461 (2001), cit. in A. Di Landro, *La responsabilità per l'attività autorizzata*, op. cit., 167, nota 120.

od un altro permesso ottenuto tramite minaccia, corruzione o collusione o carpi-to attraverso dichiarazioni inesatte o incomplete».

L'equiparazione normativa di tali ipotesi all'assenza di titolo abilitante è il frutto del pragmatico compromesso tra esigenze di tutela del bene e istanze di protezione dell'affidamento nell'atto amministrativo<sup>106</sup>: un esempio virtuoso di argine legislativo, volto a porre il cittadino al riparo dagli eccessi di discrezionalità giudiziale.

#### 8. «Ubi jus incertum, ibi jus nullum». *Il bilanciamento di interessi ex post facto quale indice della condizione recessiva della garanzia di certezza del diritto*

Se posta a confronto con le soluzioni adottate in altre esperienze, il nostro ordinamento palesa una preoccupante situazione di arretratezza e, soprattutto, di incertezza che, allo stato attuale, non appare di agevole superamento. Rispetto al crescente numero di ipotesi in cui l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra il lecito e l'illecito finisce per essere il giudice (coadiuvato, se del caso, dagli esperti), ci possiamo accontentare dello sterile richiamo alla necessità che l'apprezzamento in ordine al superamento di predetta linea di confine sia compiuto con «*prudente discernimento*»<sup>107</sup>?

L'indagine sin qui condotta ha evidenziato la condizione recessiva della concezione formale e istituzionale di Stato di diritto, in uno con la svalutazione dell'esigenza di certezza insita nella preesistenza della norma giuridica rispetto al singolo provvedimento giudiziario e nella predeterminabilità della rilevanza penale della condotta<sup>108</sup>.

In un contesto *percettivo* in cui l'esclusione della responsabilità penale e la conseguente assoluzione si *pervertono* populisticamente in *impunità* sulla base di un'aprioristica valutazione di colpevolezza "*nei fatti*", ad essere avvertita come prioritaria è la necessità di assicurarsi ampi margini di discrezionalità, finalizzati al conseguimento di soluzioni maggiormente in linea con istanze *equitative*, strettamente collegate al caso concreto e ai suoi riflessi nella collettività. A costo di sacrificare il principio della divisione dei poteri e fondamentali garanzie costituzionali, come il divieto di retroattività.

Non si tratta, infatti, soltanto della tensione, perenne, tra *diritto* e *giustizia*: il bilanciamento degli interessi in conflitto operato *ex post facto* dal giudice penale al fine di ridisegnare *in malam partem* il confine del rischio consentito, sul

<sup>106</sup> Nell'elenco, tassativo, non sono ricomprese le ipotesi della mera conoscenza dell'invalidità del permesso da parte del beneficiario e di condotte illecite di terzi, non note, né conoscibili dall'agente.

<sup>107</sup> Cfr. Cass. n.4391/2011 (inerente al settore della sicurezza del lavoro).

<sup>108</sup> V. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 207 ss.

piano istituzionale si traduce in un'indebita forma di *governance* degli interessi in gioco, che si caratterizza per la «flessibilità mutevole» delle soluzioni applicative, volte a raggiungere assetti compositivi suscettibili di condivisione ed accettazione nella collettività<sup>109</sup>.

Uniformità dell'applicazione della regola di diritto e prevedibilità dei confini dell'illecito sono *valori* che l'antiformalistica politica giudiziaria dell'ambiente non può permettersi di coltivare; il rispetto delle competenze e delle funzioni di governo di altri poteri rappresenta un prezzo troppo elevato per il finalismo punitivo del governo giudiziario del rischio ambientale<sup>110</sup>: la ricerca – da parte del giudice penale – di «*aggiustamenti*» suscettibili *ex post* di condivisione sociale<sup>111</sup>, fa premio sull'esigenza di *certezza* del diritto<sup>112</sup>.

Le valutazioni di compatibilità ambientale di determinate condotte dannose e pericolose, espresse dalla P.A. in provvedimenti autorizzatori, appaiono affette da una tale provvisorietà e 'superabilità' da risultare *inaffidabili*.

Nella giustizia situazionale, adattiva rispetto alle aspettative sociali di repressione<sup>113</sup>, è il processo penale che si riserva la determinazione – *postuma* ed *esemplare* – del livello di tollerabilità *sociale* delle condotte ad impatto ambientale.

Com'è stato osservato, il *potere* consiste nell'acquisire e, quindi, mantenere il controllo delle «*fonti di incertezza*»<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> V. F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, 2007, 1287 ss., il quale osserva come «al prescrittivismo volontaristico della legge, in grado quindi di previamente controllare il conflitto di interessi», si sia «sostituita l'idea del diritto come strumento di *governance* dei plurimi interessi in gioco». Si va alla ricerca di «una soluzione che non è sempre necessariamente e legalmente predata ma deriva da una valutazione delle sue conseguenze sociali — di accettabilità sociale, di minore tensione, di coerenza con le opzioni strategiche — in un certo senso fatta *ex post* perché oltre lo schema rigido fornito dalla legge».

<sup>110</sup> Secondo F. Palazzo, *Il giudice penale, op. cit.*, 1614, «il compito del giudice penale si dilata a quello di attore giurisdizionale di una vera e propria politica sociale»; sul «giudice di scopo», v. F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici, op. cit.*, 203 ss.

<sup>111</sup> Cfr. F. Palazzo, *Legalità penale, op. cit.*, 1289.

<sup>112</sup> Sui «pericoli di un giudice penale del tutto svincolato dalle valutazioni adottate in sede preventiva», v. M. Catenacci, *Il «caso Ilva»*, *op. cit.*, 61: «il punto tuttavia è proprio quello della oggettiva «intollerabilità» della condotta: là dove quest'ultima appare in linea con atti autorizzatori o disposizioni cautelari di fonte legale o amministrativa, affermarne comunque l'obiettivo illiceità non pregiudica forse quella certezza del diritto, cui un'impresa ha fatto affidamento allorché a quelle disposizioni si è sottoposta? Ed ipotizzare un potere giudiziale di continua ed autonoma rimessa in discussione delle politiche preventive da parte del giudice penale non espone forse al rischio (puntualmente concretizzatosi proprio nella vicenda dei decreti c.d. «salva-Ilva» e nel contrasto poi finito davanti alla Corte costituzionale) di un continuo conflitto istituzionale fra governo e giurisdizione penale con esiti destabilizzanti per la credibilità dello stesso sistema di tutela dell'ambiente?».

<sup>113</sup> Cfr. C. Perini, *Relazione di sintesi. Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella 'società del rischio'*, in Aa. Vv., *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio, cit.*, 455 ss.

<sup>114</sup> Cfr. M. Crozier, *The Bureaucratic Phenomenon*, New Brunswick, 2010, 192 (*originally published*: Chicago, 1964).

## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

- NICOLÒ AMORE – Dottore di ricerca nell’Università della Toscana  
COSTANZA BERNASCONI – Professore associato nell’Università di Ferrara  
FEDERICO CONSULICH – Professore associato nell’Università di Genova  
ENRICO DICIOTTI – Professore ordinario nell’Università di Siena  
MASSIMO DONINI – Professore ordinario nell’Università di Modena  
e Reggio Emilia  
GAIA FIORINELLI – Allieva perfezionanda nella Scuola Superiore Sant’Anna  
ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa  
FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze  
CLAUDIA LARINNI – Dottoranda di ricerca nell’Università di Firenze  
ADELMO MANNA – Professore ordinario nell’Università di Foggia  
GRAZIA MANNOZZI – Professore ordinario nell’Università dell’Insubria  
GABRIELE MARRA – Professore associato nell’Università di Urbino  
GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze  
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena  
GHERARDO MINICUCCI – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze  
GAETANA MORGANTE – Professore ordinario nella Scuola Superiore  
Sant’Anna di Pisa  
DOMENICO NOTARO – Professore associato nell’Università di Pisa  
RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna  
CARLO ENRICO PALIERO – Professore ordinario nell’Università di Milano  
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze  
FRANCESCA PIERGALLINI – Avvocato del Foro di Roma  
MARK PIETH – Professore nell’Università di Basilea (Svizzera)  
LAURA RICCI – Dottoranda di ricerca nell’Università di Pisa

JACQUELINE E. ROSS – Prentice H. Marshall Professor of Law University  
of Illinois (USA)

VICO VALENTINI – Professore associato nell'Università di Perugia

ANTONIO VALLINI – Professore ordinario nell'Università di Pisa

---

## Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).  
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.



## Revisori

Giuseppe Amarelli  
Giuliano Balbi  
Roberto Bartoli  
Elio R. Belfiore  
Filippo Bellagamba  
Costanza Bernasconi  
Marta Bertolino  
Riccardo Borsari  
David Brunelli  
Marcello Busetto  
Alberto Cadoppi  
Alberto Camon  
Damiano Canale  
Francesco Cingari  
Carlotta Conti  
Cristiano Cupelli  
Francesco D'Alessandro  
Giampaolo Demuro  
Corrado Del Bò  
Giulio De Simone  
Alberto De Vita  
Mariavaleria Del Tufo  
Alberto di Martino  
Vittorio Fanchiotti  
Giovanni Fiandaca  
Stefano Fiore  
Giovanni Flora  
Luigi Foffani  
Désirée Fondaroli  
Gabriele Fornasari  
Ignazio Giacona

Roberto Guerrini  
Giulio Illuminati  
Gaetano Insolera  
Isabella Leoncini  
Sergio Lorusso  
Claudio Luzzati  
Stefano Manacorda  
Adelmo Manna  
Ferrando Mantovani  
Luca Marafioti  
Enrico Marzaduri  
Oliviero Mazza  
Nicola Mazzacuva  
Alessandro Melchionda  
Sergio Moccia  
Vito Mormando  
Vania Patanè  
Paolo Patrono  
Marco Pelissero  
Davide Petrini  
Nicola Pisani  
Tommaso Rafaraci  
Mario Ricciardi  
Lucia Risicato  
Mauro Ronco  
Placido Siracusano  
Luigi Stortoni  
Valeria Torre  
Giovanni Tuzet  
Paolo Veneziani  
Tiziana Vitarelli

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di novembre 2020





Edizioni ETS

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com) - [info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)

*Direttore*

Fausto Giunta

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,  
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletta,  
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**



- **Primo Piano**  
ENRICO DICCIOTTI, *La questione dell'immigrazione tra statualismo e cosmopolitismo* – CARLO ENRICO PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica* – JACQUELINE E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*
- **Temi di fondo... Presente e futuro del diritto penale**  
MASSIMO DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo* – ALBERTO GARGANI, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente* – GRAZIA MANNOZZI, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice* – MICHELE PAPA, *La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi del diritto penale cinematografico*
- **Il punto su... Problematiche di biodiritto**  
ADELMO MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca* – ANTONIO VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile diritto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*
- **Il punto su... Europeismo penale**  
COSTANZA BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo* – FAUSTO GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici* – CLAUDIA LARINI, *Garantismo europeista: un ossimoro? A proposito dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (615-ter c.p.)* – GIANFRANCO MARTIELLO, *Dalla crisi della legalità "democratica" alla nuova legalità "convenzionale": un percorso sempre vantaggioso per le garanzie individuali?*
- **Attualità**  
FEDERICO CONSULICH, *Actus regit tempus? La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo* – MASSIMO DONINI, *Garantismo penale oggi* – GABRIELE MARRA, *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione* – DARIO MICHELETTI, *Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale* – MICHELE PAPA, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*
- **Antologia**  
NICOLÒ AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica* – GHERARDO MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura* – GAETANA MORGANTE, GAIA FIORINELLI, *Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte "vulnerabile" tra contratto e mercato* – DOMENICO NOTARO, *Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive* – FRANCESCA PIERGALLINI, *Il "caso Ciontoli/Vannini": un enigma ermeneutico 'multichoice'* – MARK PIETH, *Goldwäsche. Il riciclaggio dell'oro* – VICO VALENTINI, *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)

€ 50,00

ISBN-13: 978-8846759801



9 788846 759801