

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"

Diritto – Economia - Storia

DOTTORATO DI RICERCA IN "SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE

COSTITUZIONALI" – SEZIONE DI "DIRITTO PENALE"

(XXIV CICLO)

IL PRINCIPIO DI NECESSARIAOFFENSIVITÀ E I REATI AMBIENTALI

Coordinatore e tutor:

Dottoranda:

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Eleonora Mondi

INDICE

Intro	duzione	3	
	CAPITOLO I		
Il principio di offensività e la teorica del bene giuridico			
1.	Significato e rilevanza del principio di offensività	8	
2.	Il bene giuridico	12	
2.1.	Le concezioni "critiche": il bene giuridico come dato		
	prepositivo ed esterno alla norma	16	
2.2.	Le concezioni formali o metodologiche: il bene giuridico		
	come "dato interno alla norma" o come "scopo" di essa	18	
2.3.	La teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico	21	
2.4.	Segue: la Costituzione e la scelta dei beni giuridici: divieti		
	e obblighi costituzionali di incriminazione	28	
2.5.	La tipologia dei beni giuridici	30	
2.6.	Tutela di beni <i>versus</i> tutela di funzioni	35	
3.	Fondamento normativo del principio di offensività	38	
3.1.	Le critiche alla concezione realistica del reato	49	
3.2.	Il reato impossibile per inesistenza dell'oggetto	53	
4.	Il fondamento costituzionale del principio di offensività	57	
5.	L'anticipazione della tutela penale	63	
5.1.	Il difficile cammino verso la legittimità dei reati di		
	pericolo presunto	69	
6.	Tecniche di 'tipizzazione' dell'offesa e soglie di punibilità	77	
	CAPITOLO II		
I reati ambientali e il principio di offensività			
1.	Il bene giuridico ambiente	82	

L'ambiente come oggetto di tutela penale: concezione

1.1.

	antropocentrica o ecocentrica?	91
2.	La struttura delle fattispecie ambientali in materia	
	penale: il "dominio" delle tecniche del rinvio al diritto	
	amministrativo	98
2.1.	Il modello di classificazione delle fattispecie ambientali	
	nel sistema italiano	104
2.2.	La natura prevalentemente contravvenzionale dell'illecito	
	posto a tutela dell'ambiente	110
3.	L'anticipazione della tutela penale nella materia	
	ambientale	112
4.	La compatibilità dei reati ambientali con il principio di	
	offensività	120
4.1.	In particolare: il rapporto tra i singoli modelli di illecito e	
	il suddetto principio	128
	CAPITOLO III	
La ti	utela penale dell'ambiente in ambito europeo	
1.	Considerazioni introduttive	139
2.	Il "lungo cammino" verso la direttiva 2008/99/CE sulla	
	tutela penale dell'ambiente	145
3.	La direttiva europea a tutela dell'ambiente come	
	primo"banco di prova" della competenza comunitaria in	
	ambito penale	150
4.	L'attuazione della direttiva	157
Con	clusioni	160
	iografia	164
	\cup v	

Introduzione

A fronte delle notevoli dimensioni che la minaccia ecologica ha assunto negli ultimi decenni, la tutela dell'ambiente ha ormai assunto una rilevanza culturale e giuridica di primaria importanza.

In tale contesto, ove peraltro l'ambiente ha progressivamente acquisito la dignità di autonomo bene giuridico bisognoso e meritevole di protezione, è emersa altresì l'esigenza di predisporre una disciplina penale che fosse in grado di apprestare una tutela efficace ed adeguata alle peculiarità che lo contraddistinguono.

La scelta del legislatore di ricorrere, nella quasi totalità delle ipotesi di illeciti ambientali al modello tipico dei reati di pericolo astratto si è rivelata la più adeguata – per non dire doverosa – a svolgere detto compito, se sol si consideri che l'ambiente essendo, per sua natura, un bene super individuale e di notevoli dimensioni, è normalmente leso, salvo che in rarissime ipotesi, da attività seriali e non da condotte singolarmente considerate.

Accanto a questa ragione, alla base della "ritrosia" legislativa verso l'adozione, nel settore ambientale, dei reati di danno o di pericolo concreto vi è, poi, un'ulteriore ostacolo derivante dalla complessità dei processi tecnologici da cui scaturisce il pericolo per l'ambiente e di cui non sono ancora perfettamente chiare le leggi causali, così da rendere "diabolica" la prova della concreta attitudine lesiva della singola condotta autonomamente considerata. In simili ipotesi, dunque, una forma di tutela ancorata all'accertamento concreto di un danno o di un pericolo di danno rischierebbe di determinare la paralisi o, ancora peggio, di vanificare l'efficacia della tutela, senza considerare che la protezione di beni giuridici di grande importanza verrebbe irragionevolmente confinata ad ipotesi marginali.

Ebbene, con il presente lavoro si è tentato di analizzare il rapporto, o meglio di comprendere le condizioni di compatibilità, tra l'anticipazione della tutela penale in detto settore e il principio di offensività che, come noto, svolge un ruolo fondamentale nel diritto penale moderno, affrontando in particolare gli aspetti problematici che il modello dei reati di pericolo astratto reca con sé, sia in termini generali sia nello specifico campo del diritto penale dell'ambiente.

In estrema sintesi si può dire, in via di prima approssimazione, che il principio di offensività, la cui forza e rango costituzionale sono ormai riconosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, si fonda sul presupposto secondo cui deve considerarsi reato, e dunque necessita di sanzione penale, esclusivamente quel fatto umano che, non solo violi il precetto posto dal legislatore, ma che rechi altresì offesa, tanto nella forma della lesione effettiva quanto nell'esposizione a pericolo, all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

E'evidente come il tema dell'offensività sia naturalmente condizionato dall'esatta delimitazione della nozione di bene giuridico, in quanto soltanto una corretta qualificazione dell'oggetto dell'offesa, e dunque dell'interesse tutelato dalle singole norme incriminatrici, consente di individuare il grado di anticipazione della tutela realmente approntata con le singole fattispecie o quello giuridicamente ammissibile o politicamente opportuno: i concetti di lesione o pericolo sono infatti concetti relativi nel senso che si concretizzano a seconda dell'oggetto che si assume come loro termine di riferimento.

Dette considerazioni, valevoli in termini generali, assumono ancora più importanza nello specifico campo dei reati ambientali, ove uno degli aspetti più problematici è stato l'inquadramento del bene ambiente nel novero dei c.d. beni strumentali - tutelabili in quanto la loro integrità rappresenta lo strumento e la condizione per preservare beni ulteriori - ovvero in quello dei c.d. beni finali e, dunque, meritevoli e bisognosi di tutela in sé e per sé.

Ed infatti, se per una parte della dottrina l'ambiente rappresenta il paradigma dei beni strumentali in quanto i vari elementi di cui esso si compone (acqua suolo etc.) sono penalmente protetti come condizioni e strumenti per assicurare l'integrità di altri beni, individuali e collettivi quali la vita e la salute delle generazioni presenti e future, il patrimonio di singole e intere comunità, lo sviluppo economico etc., l'orientamento ad oggi prevalente, in un'ottica peraltro di maggior rispetto del canone dell'offensività del reato, tende ad inquadrarlo nel genus dei beni finali, in quanto tale tutelabile ex se.

Ciò premesso, il primo problema che i reati ambientali pongono non è di certo sconosciuto alla dottrina penalistica, in quanto attiene alla dibattuta questione della compatibilità dei reati di pericolo presunto con il principio di offensività. Come noto, esso, nasce dalla circostanza che, in tali reati l'incriminazione si fonda su un giudizio di pericolosità formulato direttamente dal legislatore sulla base dell'id quod plerumque accidit e, pertanto, ben può accadere che vengano puniti comportamenti che, sebbene corrispondenti al modello legale, risultino in concreto inoffensivi poiché privi di quella pericolosità in vista della quale il legislatore ha, appunto, creato la norma penale.

Al fine di scongiurare o quantomeno limitare un simile rischio è stata prospettata, in via generale, la necessità di far leva sulla formulazione letterale della fattispecie incriminatrice dotando gli elementi utilizzati nella descrizione del fatto tipico di una "pregnanza semantica" tale da rendere difficilmente ipotizzabile che un fatto conforme a quello astratto non sia al contempo pericoloso per il bene tutelato. Tuttavia, nel settore del diritto penale dell'ambiente, la maggior parte delle fattispecie incriminatrici non presenta tale caratteristica ma, al contrario, le condotte risultano descritte attraverso l'uso di termini in sé sostanzialmente privi di reale capacità selettiva (es. immissione, scarico, smaltimento non autorizzato). In quest'ambito, poi, ancor più che in altri, il problema della compatibilità con il canone del reato come offesa a beni giuridici risulta ancora più accentuato dalla particolare struttura degli illeciti ambientali presenti nel nostro ordinamento caratterizzati da un frequente rinvio, nella definizione del comportamento vietato, a fonti diverse dalla norma incriminatrice e generalmente sublegislative (secondo la tecnica delle norme penali in bianco).

Invero, la necessità di dover contemperare la tutela dell'ambiente con altri interessi antagonisti d'indiscutibile rilievo collettivo e spesso di rango costituzionale, ha fatto sì che le fattispecie incriminatrici in materia ambientale siano per lo più aggregate a complessi amministrativi di disciplina e che gli illeciti da esse previsti si incentrino, fondamentalmente sull'inosservanza di disposizioni, generali o particolari, impartite dalla Pubblica Amministrazione; sull'inadempimento di determinate formalità quali, ad esempio, la richiesta del necessario provvedimento prescritto per l'esercizio di determinate attività ovvero sul superamento di determinate soglie di rischio stabilite da fonti sublegislative.

A fronte di fattispecie così costruite, gran parte della dottrina, anche se con argomenti differenti, è giunta alla conclusione che, in tali casi, il diritto penale non opererebbe in funzione della tutela di beni giuridici in senso tradizionale del termine, ma di mere funzioni amministrative sicché le relative incriminazioni si incentrerebbero sulla mera disobbedienza al precetto, realizzando così un *vulnus* al principio di offensività.

In realtà questa tesi, seppur per taluni aspetti condivisibile, pecca per la sua estrema generalizzazione, non riuscendo a cogliere le differenze riscontrabili tra le varie categorie di illeciti ambientali presenti nel nostro ordinamento.

Se infatti è un dato incontestabile che il diritto penale dell'ambiente sia connotato da una spiccata accessorietà nei confronti del diritto amministrativo, la valutazione del rispetto del principio di offensività si dovrà effettuare "caso per caso" attraverso un'analisi dettagliata delle ipotesi di reato, volta a verificarne la compatibilità con un diritto penale a tutela di autentici beni giuridici. Solo in tal modo sarà possibile appurare se la tutela penale sia incentrata esclusivamente sull'esigenza formale di osservare determinate prescrizioni (o autorizzazioni) ovvero se, in ossequio alla concezione realistica del reato e al principio di offensività, sia possibile scorgere un bene giuridico finale e preesistente di cui è necessaria l'esposizione a pericolo.

Ed allora, anticipando in parte le successive considerazioni e premettendo che, le ipotesi di illeciti ambientali costruiti dal legislatore tramite il ricorso allo schema del pericolo astratto sembrerebbero potersi giustificare solo qualora rendano visibile "sullo sfondo" il bene giuridico ambiente, al fine di garantire la necessaria offensività del fatto, sarà necessario che il comportamento vietato tipizzato dalla norma incriminatrice, in circostanze normali, sia effettivamente caratterizzato dall' attitudine a ledere tale bene posto che, solo in presenza di tale presupposto, il soggetto non verrebbe punito per una mera disobbedienza al precetto ovvero per una pericolosità soggettiva ma al contrario per l'idoneità offensiva delle condotte che a tale disobbedienza si accompagnano.

In tale ottica, il presente lavoro ha tentato di analizzare quali tra le fattispecie presenti nella materia de qua, sanzionano condotte in qualche misura

effettivamente dotate di attitudine offensiva nei confronti del bene finale ambiente e quali, invece, incriminano condotte inosservanti sostanzialmente neutre quanto a disvalore e, rispetto alle quali, la disobbedienza al precetto parrebbe riassumere effettivamente l'unico elemento fondante il ricorso alla sanzione penale posto che, come già osservato, la tutela della funzione amministrativa sembrerebbe potersi "difendere" solo se il controllo pubblico sia effettivamente finalizzato all'accertamento di quei requisiti di idoneità in assenza dei quali, secondo l'id quod plerumque accidit, l'attività controllata presenti un rilevante pericolo per il bene ambiente, e non anche quando detto controllo esprima la sola esigenza di garantire l'ordine e la regolarità del suo svolgimento.

Capitolo I

Il principio di offensività e la teorica del bene giuridico

1. Significato e rilevanza del principio di offensività

Il contenuto, il fondamento e la portata del principio di necessaria offensività traggono le loro origini dal dibattito concernente la stessa definizione di reato.

Per quanto i termini della questione siano da tempo sufficientemente noti, pare opportuno ricordare, in sede di considerazioni preliminari, che nella storia del diritto penale si sono contrapposte due diverse concezioni del reato, espressioni rispettivamente di un diritto penale a base oggettivistica e un diritto penale a base soggettivistica.

Nata con il preciso scopo di potenziare il più possibile l'intervento repressivo dello Stato e tipica manifestazione dei sistemi totalitari, la concezione soggettiva pura del diritto penale incentra il reato sulla mera volontà criminosa o sulla pericolosità del soggetto, imputandolo al suo autore a prescindere da precise estrinsecazioni lesive. In altri termini l'impostazione in questione tende a considerare reato i momenti meramente psichici, gli atteggiamenti volontari puramente interiori o i modi di essere della persona, con la precisazione che, anche se normalmente non si prescinde da un quid di esteriore, ciò non rileva di per sé ma come dato rivelatore di una atteggiamento interiore che deve essere colpito¹.

¹ E' necessario precisare che i caratteri del "diritto penale soggettivo puro" si differenziano a seconda che si tratti: 1) di un "diritto penale soggettivo repressivo" (o della volontà) che funziona essenzialmente come un sistema di norme-comando. Esso si incentra sulla volontà e pone al proprio centro la "colpevolezza" e non la lesione, non più essenziale per la esistenza del reato ma come mero sintomo della volontà criminosa; 2) di un "diritto penale soggettivo preventivo" (o della pericolosità) che funziona essenzialmente come un sistema di norme-garanzia contro i soggetti pericolosi. Esso, incentrandosi sulla pericolosità del soggetto, comporta l'irrogazione della sanzione in funzione non della colpevolezza, ma del pericolo che il soggetto rappresenta per l'ordine sociale. Un'accentuazione del momento soggettivo in funzione repressiva si ebbe, nella Germania nazista, col diritto penale della volontà, col diritto penale del sentimento e successivamente con la concezione finalistica della condotta e col diritto penale dell'atteggiamento interiore. Sul punto, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, per tutti F. MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, Cedam, Padova, 2011, 100 e 183 e ss. Sulle diverse concezioni del reato cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Corso di diritto penale, Giuffrè, Milano, 2001, 429 e ss. Gli autori ricostruiscono il fenomeno della soggettivizzazione ed eticizzazione del diritto penale, con riferimento alla dottrina tedesca degli anni Trenta, richiamando in particolare il pensiero di G. DAHM e F. SCHAFFSTEIN fondatori della c.d. Scuola di Kiel - secondo cui per l'esistenza del reato è sufficiente qualsiasi manifestazione o sintomo di una volontà delittuosa, così peraltro emarginando del tutto il bene

Per contro, la concezione oggettiva pura² si incentra sulla obiettiva lesione di determinati beni, sull'attribuzione del reato al soggetto agente sulla mera base del nesso di causalità tra condotta ed evento senza alcun riferimento all'imputabilità e colpevolezza nonchè sulla classificazione dei reati secondo l'importanza del bene leso.

Ebbene, mentre i sistemi oggettivi ed i soggettivi puri rappresentano soprattutto dei tipi ideali, nella realtà storica si riscontrano soprattutto sistemi penali misti³, in cui le istanze soggettivistiche e le istanze oggettivistiche – in proporzione variabile a seconda delle legislazioni – si combinano e si contemperano, contribuendo a definire un sistema penale ispirato ad istanze liberal-democratiche e teso ad accogliere fra le "garanzie" proprie del diritto penale il c.d. principio di offensività che identifica il reato come offesa ad un bene giuridico, e non come mera disobbedienza al precetto normativo⁴.

Ritenuto dalla dottrina prevalente un fondamentale canone di garanzia di tipo sostanziale, detto principio si fonda sul presupposto secondo cui deve considerarsi reato esclusivamente quel fatto umano che, non solo viola il precetto posto dal legislatore, ma che reca altresì offesa, tanto nella forma della lesione effettiva quanto nell'esposizione a pericolo, all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

Considerato quale corollario del principio di legalità, esso presuppone ed integra anche il principio di materialità del fatto in quanto, se da quest'ultimo discende un divieto di incriminare meri atteggiamenti interiori che non si esteriorizzino in un quid almeno oggettivamente pericoloso per un certo bene penalmente tutelato, la logica sottesa al nullum crimen sine iniuria garantisce altresì contro la

giuridico nella configurazione dei reati. Appare superfluo evidenziare che questo modo di concepire il sistema penale, e di cui il diritto penale c.d. "dell'atteggiamento interiore" costituisce una specifica manifestazione, fu decisamente funzionale e coerente rispetto al regime politico di quel periodo storico.

² In senso oggettivo era sostanzialmente orientato l'antico diritto penale germanico.

³ Come è quello delineato dal codice italiano del 1930 che si fonda su uno schema di diritto penale misto oggettivo-soggettivo orientato in senso sia repressivo che preventivo. Sul punto cfr. M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, Torino, 2006, 5.

⁴ Cfr. F. Mantovani, Diritto penale. Parte generale, cit.; 429; G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 430; H. H. Jescheck, I fondamenti filosofici del progetto tedesco di codice penale in paragone con quelli della riforma penalistica italiana, in Studi in onore di F. Antolisei, vol.II, Giuffrè, Milano, 1965, 135 e ss.; S. Moccia, Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca, Jovene, Napoli, 1984, 71 ss; G. Marinucci, Politica criminale e riforma del diritto penale, in G. Marinucci – E. Dolcini, Studi di diritto penale, Giuffrè, Milano, 1991, 45 e ss.

punizione di fatti materiali che, seppur corrispondenti alla fattispecie incriminatrice, risultino tuttavia in concreto inoffensivi dell'interesse dalla stessa tutelato.

Nell'ambito del diritto penale "dell'offesa" occorre tuttavia preliminarmente distinguere tra una concezione c.d. "realistica" – propria degli ordinamenti, come quello italiano, a legalità "formale" – secondo cui il reato deve essere inteso come fatto offensivo tipico e una concezione c.d. "sostanziale" – propria degli ordinamenti a legalità "sostanziale" – che, al contrario, concepisce il reato come fatto socialmente pericoloso, a volte anche a prescindere dalla sua necessaria previsione sotto uno schema tipico di reato.

Si tratta di una distinzione evidentemente decisiva, in quanto solo la concezione "realistica", autentica espressione del liberalismo penale, colloca il principio di offensività in una posizione di "subordinazione logica" rispetto a quello di legalità, nel senso che solo il fatto conforme al tipo legale e costruito dal legislatore nei termini di offesa all'interesse specifico tutelato dalla norma può considerarsi reato. In forza dell'operare congiunto dei suddetti principi, al cittadino è, pertanto, riconosciuta la duplice garanzia di non poter essere punito né per la semplice disobbedienza al precetto normativo né per la mera pericolosità sociale del proprio agire.

Diversamente, per la concezione sostanziale è reato tutto ciò e solo ciò che è, in misura rilevante, socialmente pericoloso (nullum crimen sine periculo sociali). In altri termini, il reato in concreto è il fatto storico che, previsto o non previsto dalla legge, conforme o difforme dalla fattispecie legale, si rivela pericoloso per la società, sicché ciò che contrassegna il fatto come reato è la sua concreta pericolosità sociale. Il perno su cui ruota detta concezione si sposta dunque dalla fattispecie descrittivo-legale all'antisocialità del fatto, con la conseguenza di trovarsi di fronte ad un diritto penale non più della tipicità, ma della "pericolosità dell'azione"⁵.

⁵ La criminosità del fatto pertanto non si ricava più soltanto dalla legge, ma da fonti normative extralegislative, sostituendosi o aggiungendosi il giudizio sostanziale di riprovazione sociale al giudizio di riprovazione legislativa. Su una nozione sostanziale di reato si fondava il diritto penale nazionalsocialista e su una nozione sostanziale "classica" di reato si fonda il diritto penale dei paesi socialisti. In primo luogo quello sovietico, ove tale nozione, che inizialmente servì per sostituire la stessa previsione legislativa dei singoli reati, dopo la codificazione del 1922-26 costituì la base per l'integrazione analogica del sistema di incriminazioni previste dalla legge. Il codice del 1926

Ciò, tuttavia, reca con sé un duplice ordine di inconvenienti: se da una parte, infatti, l'adottare una siffatta tesi determina la tendenza a far prevalere, nel giudizio di pericolosità del fatto, l'interesse della società e dei suoi valori rispetto a quello protetto dalla singola norma incriminatrice, dall'altra, comporta "un insopprimibile margine di indeterminatezza e di strumentalizzazione statuale"6.

Non essendo questa la sede più opportuna per poter indagare compiutamente le criticità che l'adesione all'una o all'altra delle esposte concezioni comporta, è invece sin da ora opportuno sottolineare che l'affermazione del principio di offensività sancisce la funzione del bene giuridico sia come vincolo per il legislatore, attesa, come si vedrà nel prosieguo, la sua valenza costituzionale, che come canone ermeneutico per l'interprete.

In altri termini, in ossequio a tale principio, mentre il legislatore sarà tenuto a configurare i reati come altrettante forme di offesa a un bene giuridico, nel senso che potrà attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che, secondo le comuni regole di esperienza, ne comportano la lesione o, quantomeno, l'esposizione a pericolo, l'interprete, dal canto suo, dovrà considerare "tipico" alla stregua di una norma

s

stabiliva infatti, all'art. 6, che "socialmente pericolosa si considera ogni azione od omissione, diretta contro lo Stato sovietico o contro l'ordine pubblico stabilito dall'autorità degli operai e contadini, come tappa verso lo Stato comunista" precisando che "non è ritenuta come delitto un'azione che, sebbene formalmente sottoposta ad un articolo della parte speciale di questo codice, tuttavia per la sua poca importanza e per la mancanza di conseguenze dannose, non sia socialmente pericolosa". Con le riforme intervenute nel 1958-60 in Russia e negli altri Stati dell'Europa orientale, volte a ristabilire il principio del nullum crimen, nulla poena sine lege, il diritto penale socialista, pur non abbandonando la concezione sostanziale, fa leva su di essa non più per estendere il campo della punibilità oltre i casi previsti dalla legge, ma per escludere l'illecito penale rispetto ai fatti tipici che, in concreto, presentano un grado minimo di pericolosità. Sicché la nozione di reato che ne deriva si fonda sull'unità organica degli elementi formali e materiali, essendo reato solo il fatto previsto dalla legge e socialmente pericoloso in misura rilevante. Per una puntuale ricostruzione delle concezioni formali e sostanziali del reato vedi, per tutti, F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 3 e ss.

⁶ Sul punto cfr. F. Mantovani, Diritto penale, cit., 183 ss; F. Bricola, Teoria generale del reato, in Noviss. Dig. It., volume XIX, Utet, Torino, 1973, 75 e ss.; G. Neppi Modona, Il Reato impossibile, Giuffrè, Milano, 1964, 193; P. Nuvolone, Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità in Trent'anni di dir. e proc.pen., vol. I, Cedam, Padova, 1965, 538 ss.; ID., I limiti taciti della norma penale, Cedam, Padova, 1972, 18 e ss. In particolare, di quest'ultimo A. è la considerazione secondo cui attraverso la contrapposizione tra azione formalmente tipica e azione non pericolosa per la comunità sociale, il principio di legalità e la certezza del diritto non sarebbero più ancorati alla legge, ma ai valori sostanziali immanenti nella società e in continua evoluzione. Di qui la possibilità di individuare limiti scriminanti e addirittura limiti esegetici della norma apparente nelle fonti extralegislative che il giudice, nel caso concreto, è chiamato a trovare.

incriminatrice e dunque punibile solo ciò che, in concreto, abbia effettivamente riprodotto l'offesa al bene giuridico che quella norma descrive⁷.

Appare dunque palese come fondamentale sia, nella disamina sull'offensività del reato, il concetto di bene giuridico che, anzi, ne rappresenta il punto di riferimento irrinunciabile. Difatti, non tutto ciò che risulta disfunzionale all'ordine sociale può essere punito, ma solo ciò che aggredisce determinati beni facenti capo ai singoli o alla collettività e la cui difesa è necessaria a garantire una pacifica e ordinata convivenza⁸.

Essendo quello di offesa un concetto di relazione, il quale può essere determinato solo individuando un certo interesse che si pretende sia leso o messo in pericolo dal comportamento descritto dalla fattispecie incriminatrice, è, dunque, primaria e indispensabile una corretta analisi della nozione, del ruolo e della funzione del concetto di "bene giuridico".

2. Il bene giuridico

Come anticipato, il tema dell'offensività è legato "a filo doppio" con quello del bene giuridico. Non è, pertanto, possibile parlare di costituzionalizzazione del principio, di suoi referenti nella normazione ordinaria, di reato impossibile o di soglia accettabile o meno di anticipazione della tutela penale se non dopo aver affrontato e tentato di "dipanare" quell'enorme "matassa" che è la teorica del bene giuridico.

Se si considera, inoltre, che la sua esatta delimitazione costituisce presupposto essenziale anche per poter trattare delle peculiarità del bene giuridico ambiente e delle problematiche in termini di offensività che la sua lesione o messa in pericolo

⁷ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 450 e ss.

⁸ M. CATENACCI, Offensività del reato, in Dizionario di diritto pubblico, S. CASSESE (diretto da), Giuffrè, Milano, 2006, 3902 ss, il quale ritiene che il motivo di tanta perentorietà risieda nella convinzione, propria della cultura illuministico-liberale, per cui l'assoggettamento a pena dei soli fatti che ledono o mettono in pericolo beni giuridici possa assai meglio di ogni altra condizione, realizzare l'aspirazione ad un diritto penale laico e secolarizzato, circoscritto ai soli fatti forniti di concreta e tangibile dannosità sociale, e perciò "immunizzato" da qualsiasi possibile contaminazione fra "reato" e "peccato" dal regredire della potestà punitiva verso la repressione di modi di essere o di pensare del soggetto.

⁹ A. MASSARO, Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. 85 del 2006, in Cass. Pen., n. 11, 2006, 3859.

comporta, appare sin da ora evidente l'importanza che la questione assume in riferimento all'oggetto specifico della presente trattazione.

Concetto vago e sfuggevole, ma di importanza fondamentale per la comprensione della gran parte degli istituti penalistici, si può dire che ancora oggi se ne indagano funzione e contenuti fondamentali: si pensi, in particolare, alla relazione esistente tra il bene giuridico e l'oggetto della tutela, ai rapporti tra il bene giuridico e l'offesa, o più in generale tra il bene giuridico e il fatto tipico, nonché, addirittura, al bene giuridico come limite alla potestà di penalizzazione¹⁰.

È proprio per l'elasticità che caratterizza tale nozione e che ne rende difficile l'aprioristica e immediata definizione che sembra più opportuno, in questa sede, procedere ad una ricognizione, seppur parziale e senza pretese di esaustività, di quello che si può definire il quadro storico e dottrinale della c.d. teorica del bene giuridico¹¹.

D'altronde, appare chiaro come nessuna scelta definitoria, più o meno dotata di valenza sistematica, sia realmente capace di offrire un contributo inequivoco di chiarificazione.

Definire il bene giuridico come "bene", "valore", "interesse"¹², "dato culturale", "unità funzionale" etc., rischia di risolversi in una mera questione terminologica priva di ogni valenza concettuale e inidonea a esplicare un'effettiva funzione selettiva¹³.

Armand Colin, Paris, 2º édition, 1952, 25 e ss. Emblematica ai nostri fini la frase "comprendre le prèsente par le passé" (trad. "comprendere e affrontare il presente attraverso la conoscenza del passato")

 ¹⁰ Cfr. F. Angioni, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, Giuffrè, Milano, 1983, passim.
 11 Cfr. M. Bloch, Apologie pour l'histoire ou métier d'historien, Cahier des Annales, 3. Librairie

¹² Cfr. M. GALLO, Appunti di diritto penale, vol. II, pt. I, Il reato, Giappichelli, Torino, 2007, 20 e ss., il quale, partendo dal presupposto secondo cui "l'ordinamento giuridico tuteli un bene soltanto in relazione ai bisogni, alla tensioni, alle aspettative di un soggetto", ritiene più corretto far riferimento, quanto all'oggetto della norma penale, non tanto al concetto di bene, quanto a quello d'interesse, implicando quest'ultimo il concetto di "relazione tra un soggetto e un oggetto di valutazione".

¹³ Per la ricostruzione delle concezioni del bene giuridico cfr. per tutti V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, 12 e ss.

Per completezza espositiva, è opportuno far riferimento anche alla ricostruzione di A. ROCCO, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena, Torino, 1913, 553 e ss., il quale identifica il bene giuridico (o interesse) con l'oggetto giuridico del reato, operando una importante distinzione tra: oggetto giuridico formale, inteso come il diritto dello Stato al rispetto delle norme da parte dei cittadino; oggetto giuridico sostanziale generico, inteso come l'interesse dello Stato a conservare le condizioni della propria esistenza e oggetto giuridico sostanziale specifico ossia l'interesse proprio del soggetto passivo del reato, come tale

In particolare, nel procedimento di individuazione degli oggetti che sono tutelati contro fatti offensivi, non si progredisce affatto se in luogo del concetto di bene giuridico si pongono quelli di valore, interesse etc., perché sotto questo profilo tali termini possono essere qualificati senza difficoltà come sinonimi del concetto unitario di bene giuridico e ne condividono, pertanto, la genericità.

È evidente infatti che, da un punto di vista strettamente letterale, l'espressione "bene giuridico" potrebbe arrivare a ricomprendere qualsiasi situazione di fatto o di diritto che in un certo momento storico appaia utile a scopi di stabilità e ordine sociale, ma è altrettanto chiaro che in tal modo quella stessa espressione finirebbe con il perdere qualsiasi capacità selettiva.

Se, dunque, si parte dal presupposto che il principale compito assegnato al bene giuridico è quello di porre un limite alla potestà punitiva, allora non vi è dubbio che tale capacità "selettiva" potrà considerarsi effettivamente realizzata solo quando i contorni concettuali risultino così netti da rappresentare un parametro di valutazione delle scelte legislative sufficientemente certo e affidabile¹⁴.

Posto che la dottrina del bene giuridico non sembra ancora approdata a risultati del tutto certi e condivisi, in questa sede, principalmente per ragioni di economia espositiva, l'indagine verrà avviata ripercorrendo anzitutto la contrapposizione tra le c.d. "concezioni critiche", secondo cui il bene giuridico è concepito come un valore concreto esterno e preesistente rispetto alla norma, la quale interviene esclusivamente a sua tutela, e le opposte "concezioni a-critiche" ("formali" o "sostanzialmente metodologiche") che, esaltandone la funzione dogmatica, equiparano il bene giuridico allo scopo della norma (rectius: ratio dell'incriminazione)¹⁵.

particolare al singolo reato, sicché ogni reato, in quanto offensivo di un determinato interesse individuale o collettivo, ha un proprio oggetto specifico.

Sul punto cfr. ancora M. GALLO, Appunti, cit., 21, il quale, aderendo alle critiche alla suddetta partizione già mosse da F. CARNELUTTI, Il danno e il reato, Cedam, Padova, 1926, 51, identifica l'oggetto giuridico del reato con il solo oggetto sostanziale specifico e, più precisamente, con l'interesse del soggetto passivo del reato tutelato dalla singola norma incriminatrice. Vedi anche M. TRAPANI, La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato", cit., 26, il quale sottolinea come "l'interesse specifico di protezione si individua facendo richiamo a tutti indistintamente gli elementi che compongono ciascuna astratta fattispecie criminosa".

¹⁴ M. CATENACCI, Bene Giuridico (voce), in Dizionario di diritto pubblico, S. CASSESE (diretto da), Giuffrè, Milano, 2006, 671 e ss.

¹⁵ Per una ricognizione delle dottrine sul bene giuridico cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 12 e ss.; M. DONINI, *Teoria del reato (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 145 nonché A. FIORELLA; *Il reato in generale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 790, il

In altri termini, mentre le prime assumono il bene giuridico a fondamentale categoria critica delle scelte di criminalizzazione, reclamando l'estromissione dal sistema penale dei reati privi di un'oggettività di tutela, esterna e predefinita rispetto alla fattispecie legale ritagliata dal legislatore, le seconde, al contrario, ravvisano un oggetto di tutela in ogni norma incriminatrice¹⁶.

Ora, prima di vagliare la fruttuosità dei diversi concetti elaborati dalla dottrina penalistica nella materia de qua, appare opportuno precisare che una "sicura" individuazione dell'oggetto dell'offesa si rivela di fondamentale importanza anche per due altre ragioni.

Anzitutto, si tratta di un'operazione irrinunciabile per chiarire se una certa fattispecie incriminatrice sia strutturata in termini di reato di danno o di pericolo, e ciò, a sua volta, rileva con riferimento al problema del grado di anticipazione della tutela realmente approntata con le singole fattispecie o del grado di anticipazione giuridicamente ammissibile o politicamente opportuna, posto che i concetti di lesione o pericolo sono concetti "relativi", nel senso che si concretizzano a seconda dell'oggetto che si assume come loro termine di riferimento¹⁷.

In secondo luogo la conoscenza del termine di relazione del fatto offensivo è anche necessaria, in termini di tecnica della tutela, per la scelta del modo più o meno astratto o concreto di tipicizzazione del fatto 18.

quale distingue tra concezione "empirico-fattuale", che concepisce il bene giuridico come valore effettivo, concreto e pre-dato rispetto alla norma, e concezione "metodologica" che, al contrario, lo identifica con "l'abbreviazione dell'idea di scopo" o "scopo della norma nella sua forma più ridotta" e opta decisamente per la prima delle esposte concezioni, mettendo in luce i punti critici di quella metodologica.

¹⁶ V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., 19 e ss. il quale evidenzia come l'esposta contrapposizione rappresenta una distinzione classica all'interno delle *Rechtsgutlehren* che corre in parallelo con la contrapposizione, sempre di matrice dottrinaria tedesca, tra un concetto di bene giuridico "trascendente il sistema" e un concetto, simmetrico e contrario, "intrasistemico". L'A. riporta quest'ultima distinzione al pensiero di W. Hassemer secondo cui, mentre aderendo alla prima concezione viene sottoposta ad analisi critica la stessa scelta degli oggetti di tutela da parte del diritto penale sostanziale, con la concezione "sistematica" o immanente il sistema, il concetto di bene giuridico ricalca solo un modello degli oggetti di protezione scelti da un determinato codice penale, senza poter mettere in discussione tale scelta.

¹⁷ Cfr. F. Angioni, Contenuto e funzioni, cit., 85 e ss. il quale sottolinea come un fatto possa essere qualificato contemporaneamente di lesione o di pericolo a seconda dell'oggetto di riferimento: così il furto è un fatto di lesione se si considera come oggetto della tutela e dell'offesa la detenzione della cosa sottratta; fatto di pericolo, invece, se si considera come oggetto dell'offesa la proprietà.

¹⁸ Ibidem. L'A. fonda questa seconda ragione sul presupposto che ci possano essere dei vincoli alla libertà del legislatore nella scelta delle modalità tecniche di costruzione della fattispecie, e che

Dette ragioni assumono ancora più importanza nel momento in cui si parametrano a quello che è l'oggetto specifico del presente lavoro - il bene ambiente - che, per le sue peculiarità, andrà indagato nei suoi rapporti con l'offesa, sia con riferimento al grado di anticipazione della tutela sia rispetto alla tecnica di tipizzazione che il legislatore predilige per la sua protezione¹⁹.

2.1. Le concezioni c.d. "critiche": il bene giuridico come dato prepositivo ed esterno alla norma.

Le concezioni critiche, muovendo dalla premessa di fondo secondo cui la funzione del diritto penale vada individuata nella tutela di beni giuridici, considerano questi ultimi come dati sostanziali, esterni rispetto alla norma e in grado di fungere da parametri di giudizio della stessa, con la conseguente illegittimità di tutte quelle norme in cui non è possibile ravvisare alcun "bene" protetto.

Il margine più netto di confronto critico è offerto dalle teoriche che identificano il bene giuridico con un dato necessariamente pre-positivo, ricavato dunque da una fonte esterna rispetto allo spazio di scelta del legislatore penale, in modo tale che la norma giuridica "gia' lo trovi, senza doverlo creare" 20.

Questo modo di intendere il bene giuridico, che si è sviluppato all'interno di quella corrente liberale venuta in auge con la rinascita dello stato di diritto e l'affermazione della democrazia, respinge dunque l'idea che un bene possa assumere consistenza giuridica per il tramite di una disposizione penale e afferma, invece, che vi può essere una legittima tutela penale solo se un bene della vita o un bene culturale esista già prima dell'atto legislativo che lo tuteli²¹.

quindi in ipotesi possano essere illegittime, sempre a seconda del bene oggetto della tutela, certe fattispecie con contenuto offensivo troppo astratto.

¹⁹ V. infra, cap. II.

²⁰ Cfr. V. LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, la cui costruzione è efficacemente riassunta da V. MANES, Il principio di offensività, cit., 19. Alla citata dottrina tedesca, infatti, si riconduce la paternità della dimensione critica del Rechtsgutsbegriff. Successivamente, tuttavia, l'adesione dello stesso Von Liszt ad uno stretto giuspositivismo lo condusse a rinnegare di fatto questa dimensione sociologica degli interessi tutelati.

²¹ Sul concetto liberale di bene giuridico è efficace il pensiero di un noto esponente della dottrina tedesca R. JÄGER, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, Stuuugart, 1987, 13, così come riportato da F. ANGIONI in Contenuto e funzioni, cit., 87. Secondo l'A., infatti, non solo "i beni giuridici sono situazioni permeate di valore che possono essere modificate dalla condotta umana e che perciò possono essere tutelate tramite prescrizioni penali contro tali modificazioni; in una parola sono situazioni offendibili, tutelabili", ma inoltre "la tutela di beni e la costituzione di

In altri termini, bene giuridico può essere solo ciò che anteriormente alla posizione della norma penale possa essere definito come tale, essendo già di per sé espressivo di una tavola di valori e entità che il legislatore si limita a recepire e tutelare, ma non anche a creare.

Sennonché è proprio sul requisito della pre-positività che si sono concentrate le critiche più decisive alla ricostruzione rapidamente riassunta. In particolare è stata rilevata l'infruttuosità sul piano dogmatico di un concetto, quale è quello liberale di bene giuridico, che non trova agganci sul piano del diritto positivo²².

Come autorevole dottrina ha sottolineato, tuttavia, detta critica pecca per la sua estrema rigidità in quanto non considera che anche un dato prepositivo può essere positivizzato e in questa veste assumere rilievo dogmatico²³. Anche il bene giuridico inteso secondo il concetto liberale può, pertanto, essere suscettibile di offesa e dunque possibile oggetto di fatti lesivi o pericolosi.

Nel panorama dottrinario più recente, è la c.d. "concezione personale" che si pone in un'ottica di continuità con le originarie concezioni del bene giuridico di matrice liberale.

Detta teorica concepisce il bene giuridico come l'interesse umano bisognoso di tutela penale, ossia quel bene che risulti necessario al pieno sviluppo del singolo assumendo,

beni sono preposizioni contrastanti e inconciliabili, poiché la tutela è ragionevolmente concepibile solo se un bene della vita o un bene culturale è preesistente alla norma giuridica". Da queste premesse l'A. ricavava gli argomenti per negare alla moralità e all'etica sessuale la dignità di beni giuridici, affermando la necessità di abolizione di gran parte dei reati contro la moralità pubblica.

Sui requisiti del concetto liberale di bene giuridico, nel medesimo senso, cfr. anche M. ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, Giuffrè, Milano, 2005, 299 ss.

²² L'assunto si basa sul sottointeso ragionamento che, essendo la dogmatica una disciplina avente per oggetto e per fondamento le norme positive assunte come dogmi, i concetti utilizzabili dogmaticamente sono solo quelli che si richiamano alle norme positive o hanno in esse riscontro e non invece i concetti meramente pre-positivi. Una siffatta critica si deve a H.–J. RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs, così come riportata da V. MANES, Il principio di offensività, cit., 21.

Sempre in chiave critica rispetto alla necessaria pre-positività del bene cfr. anche A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2003, 232, il quale, nel confutare la concezione critica del bene giuridico, ne individua, in primo luogo, il difetto di rimanere in una equivoca metà strada tra giuridico e pre-giuridico. "Se, infatti, 'bene' è ogni entità meritevole di tutela, bisogna stabilire dal punto di vista di chi giudicare questa meritevolezza di tutela. Ora, se il punto di vista è della legge, la concezione non è più "critica", ma si limita a recepire l'esistente; se, invece, il punto di vista è un altro, la concezione critica si rivela come un mezzo per introdurre surrettiziamente nella giurisprudenza componenti politiche estranee all'ordinamento".

²³ In tal senso F. Angioni, Contenuto e funzioni, cit., 87, il quale sottolinea come "nulla vieta che un bene prepositivo nel senso liberale, se è riconosciuta questa sua qualità di bene, possa essere positivizzato, ricevendo il crisma della tutela penale, ma una volta che sia positivizzato, l'originario suo carattere prepositivo non può certo impedire che il bene possa avere rilevanza, come ogni altro elemento o concetto positivo, sul terreno dommatico".

17

appunto, la "persona" a centro di riferimento e a parametro della legittimazione dell'intervento penale²⁴. La necessaria conseguenza di tale assunto che è possono essere considerati degni di protezione penale esclusivamente quei beni giuridici che siano al contempo determinati ed "afferrabili"²⁵.

Pertanto, i beni giuridici della collettività possono avere cittadinanza nel sistema penale solo se rappresentano una proiezione di interessi individuali, di cui sono direttamente funzionali, in netta contrapposizione con quelle concezioni che, al contrario, intravedendo in ogni bene giuridico un bene della collettività o dello Stato, corrono il rischio di accettare il diritto penale non come ultima, bensì come prima, se non sola, *ratio* della protezione di beni giuridici.

Sennonché, anche per l'esposta tesi sembrerebbe permanere il limite di fondo che contraddistingue la concezione liberale, ossia l'incertezza del parametro di riferimento, non essendo possibile individuare con certezza quali siano i beni direttamente afferenti alla persona o comunque necessari e funzionali alla libera autodeterminazione del singolo²⁶.

2.2. Le concezioni "formali" o "metodologiche": il bene giuridico come "dato interno alla norma" o come "scopo" di essa.

Da un punto di vista diametralmente opposto rispetto alle teoriche appena sintetizzate, la concezione metodologica concepisce il bene giuridico come sintesi dello scopo della norma, così perdendo ogni funzione di limite alle scelte di criminalizzazione e conservando, invece, un valore interpretativo o, al più, una funzione sistematica o classificatoria²⁷.

La formulazione originaria della concezione "personale" si deve a M. MARX, secondo cui sono assumibili come centri di protezione penale, e quindi come beni giuridici in senso materiale, solo quei beni o interessi che servono all'uomo per la sua libera autorealizzazione, ed è stata in tempi più recenti ripresa da W. HASSEMER, Grundlinien einer personal Rechtsgutslehere, in Jenseits des Funktionalismus, in FS-A. Kaufman, Heidelberg, 1989, 91, come citato da V. MANES, Il principio di offensività, cit., 23. Nel panorama dottrinale italiano, un richiamo ad una concezione personalistica nella selezione degli interessi meritevoli di tutela si deve a F. C. PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione di beni e criteri di criminalizzazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 453 e ss

²⁴ Cfr. V. Manes, Il principio di offensività nel diritto penale, cit., 20.

²⁶ Cfr. V. Manes, Il principio di offensività, cit., 24; V. anche E. Musco, Bene giuridico e tutela dell'onore, Giuffrè, Milano, 1974, 99 e ss.

²⁷ Si deve precisare che secondo l'orientamento in esame risulterebbe più corretto parlare di "interesse tutelato" e non di "bene" poiché "l'ordinamento tutela un bene soltanto in relazione ai

All'origine di tale tesi non vi è solo lo scetticismo derivato dalla consapevolezza dell'inconsistenza degli sforzi diretti al rinvenimento di un concetto "sostanziale" di bene giuridico con funzione critica, ma anche, e soprattutto, il riconoscimento dell'inutilità di un concetto generale di bene giuridico con funzione meramente sistematica ²⁸ -²⁹.

Se infatti è senz'altro possibile raggruppare gli interessi tutelati da singole norme in categorie superiori e dire, ad esempio, che la norma sul furto (624 c.p.) e quella sull'appropriazione indebita (646 c.p.) tutelano interessi patrimoniali, un simile raggruppamento – sulla base di in concetto di bene giuridico "di categoria" – sembrerebbe utile solo a fini sistematici dal momento che, in realtà, sarebbe possibile parlare di "interesse giuridico protetto" solo quando il comportamento che offende quell'interesse è giuridicamente sanzionato.

Se, quindi, l'interesse tutelato è quello alla cui offesa segue la sanzionabilità del comportamento che la realizza, se ne deve dedurre che alla definizione dell'interesse concorrono tutti gli elementi della fattispecie astratta³⁰, con la

bisogni, alla tensioni, alle aspettative di un soggetto: il concetto di interesse implica quello di relazione tra un soggetto e un oggetto di valutazione": così, M. GALLO, Appunti di diritto penale, vol. II, parte 1, cit., 20.

²⁸ Sulla ricostruzione delle concezioni metodologiche cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto*, cit., 20 e ss.

²⁹ Illustri esponenti della tesi in parola per la dottrina tedesca sono, tra gli altri, R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzen. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, 1919, 94; E. Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1930, 32; K. Binding, *Handbuch des Stradrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, 169, citati da F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 23 e V. Manes, *Il Principio di offensività*, cit, 25. In particolare, per Binding il bene giuridico è tutto ciò che agli occhi del legislatore ha valore per l'ordinamento giuridico e, dunque, tutto ciò alla cui inalterata e indisturbata conservazione ha interesse il diritto positivo.

Nello stesso senso, per la dottrina italiana, cfr. A. Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale., cit., 553 e ss. L'A. ribadisce fermamente l'impostazione dell'offesa al bene nell'economia dell'illecito, non concependo l'idea che una norma giuridica e un obbligo giuridico non servano alla tutela di un interesse o bene della vita e, al contempo, assume con chiarezza la necessaria prepositività del bene e la sua base sociologica. D'altra parte, tuttavia, la sua adesione ai postulati del giuspositivismo, lo conduce a riconoscere nel solo giudizio del legislatore la sede di valutazione di cosa possa essere bene giuridico. A tal proposito afferma: "accertare quale è il bene o l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo scopo che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione".

³⁰ Su questa linea la massima accentuazione è raggiunta da un "concetto formale omnicomprensivo di bene giuridico", che lo finisce per identificare con la totalità degli elementi di fattispecie. Alla definizione della struttura concorrono non solo gli elementi oggettivi, ma anche quelli soggettivi: così M. GALLO, *Appunti*, Vol. II, pt. 1, cit., 22. Per la dottrina italiana cfr. anche F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, 97 e ss. In particolare, l'A., pur rifiutando l'equazione di fondo dell'indirizzo metodologico – bene come scopo della norma – ne raccoglieva in realtà l'eredità nel momento in cui, pur tenendo ben distinti i due concetti, affermava che "entrambi hanno diritto di cittadinanza nel diritto penale" e che

conseguenza di una sostanziale sovrapposizione tra il concetto di interesse e quello di *ratio* della norma³¹.

Secondo quest'impostazione, dunque, l'interesse non esiste di per sé in quanto tale, ma acquisterebbe valore solo nel momento in cui venga considerato come oggetto dello scopo della norma penale.

Su tale via si può ritenere che il finalismo di ogni norma non possa che coincidere con la tutela di un interesse specifico ed autonomo, con il risultato che quest'ultimo debba essere considerato sussistente in ogni fattispecie incriminatrice e, soprattutto, che non possano esistere diverse norme penali poste a tutela di un medesimo interesse.

In quest'ottica ci sia concesso un parallelo con la teoria generale del negozio giuridico dal momento che il concetto di interesse e il suo rapporto con la fattispecie astratta può essere meglio compreso richiamando la nozione di causa del contratto: come infatti quest'ultima si identifica con la funzione economica individuale ricavabile da tutti gli elementi del negozio anche l'interesse giuridico condividerebbe la stessa funzione finalistica.

In tal modo opinando, come autorevole dottrina³² ha sottolineato, è lo stesso concetto di bene "giuridico", inteso come un *quid* preesistente all'esercizio dello *ius puniendi* da parte del legislatore e capace di vincolare le sue scelte di incriminazione, a risultare di per sé illogico, potendo un "bene" essere qualificato come "giuridico" solo se e nei limiti in cui l'ordinamento di una data società ne appresti la tutela, prevedendo per la sua offesa effetti giuridici sfavorevoli a carico dell'autore del fatto.

[&]quot;all'indagine sull'oggetto della tutela bisogna sostituire quella sullo scopo della norma incriminatrice, perché la seconda ha veramente carattere generale, nel senso che può estendersi a tutto l'ambito del diritto penale, e giova di più all'interpretazione della legge".

³¹ Cfr. M. GALLO, Appunti, vol. II, pt. 1, cit., 22.

³² M. Trapani, Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici, XIV Colloqui giuridico internazionale, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, 800, il quale, sottolineando come sia un dato di comune esperienza che persino i beni ritenuti fondamentali per l'esistenza di una data società, quali ad esempio la vita dei singoli individui, possano essere legittimamente offesi in presenza di talune condizioni, come accade nel caso della legittima difesa, dimostra come in dette circostanze il "bene" offeso non è "giuridico" (nel senso di giuridicamente tutelato), essendo piuttosto "giuridica", nel senso di conforme all'ordinamento, la sua offesa. La tutela penale del bene della vita, dunque, è rimessa sempre alla valutazioni politiche del legislatore storico, come è dimostrato dal fatto che ciascun ordinamento giuridico ne determina normativamente i momenti di "inizio" e di fine".

Tuttavia, la tesi metodologica, sia nella sua versione originaria che in quella più estrema, è stata oggetto di numerose critiche. In particolare, oltre alla frequente constatazione di essere imperniata da un positivismo senza limiti, si è osservato come la sua adozione riduca decisamente l'aggancio del bene giuridico con la realtà sociale, facendo perdere di vista quell'entità oggettiva, la cui protezione giustifica l'intervento penale. Logica conseguenza di tale assunto è il rischio di determinare il passaggio da una visione del reato come offesa al bene giuridico a quella del reato come offesa al dovere nonché di considerare il bene giuridico come mero doppione della fattispecie. Il superamento di quest'ultima obiezione passa attraverso una piena valorizzazione del ruolo dell'art. 49 comma 2 c.p. nel sistema³³ dal momento che, come si vedrà in seguito, non sempre la corrispondenza al tipo d'illecito coincide con l'offesa all'interesse tutelato.

2.3. La teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico

La sintesi delle principali concezioni sul bene giuridico rappresenta la premessa da cui partire per poter affrontare e comprendere quelle teorie che hanno indagato il bene giuridico in una prospettiva costituzionale.

Ispirato a una decisa vocazione critica, l'approccio costituzionale è stato lo strumento teorico per mezzo del quale si è cercato di circoscrivere lo sconfinato concetto di bene giuridico, ancorandolo a precisi riferimenti di diritto positivo³⁴.

Seppur anche nell'ambito della dottrina tedesca, tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta emersero prese di posizione accomunate dalla

_

³³ Vedi *infra* par. 3.

³⁴ Cfr. V. Manes, Il principio di offensività, cit., 43. Per la ricostruzione della prospettiva costituzionale cfr. anche F. Angioni, Contenuto e funzioni, cit, 23, dove, in particolare, si afferma che "in linea di principio l'approccio costituzionale presenta una virtù essenziale: con esso si batte la strada della funzione critica, ma si resta nel contempo sul terreno del diritto positivo e dunque vincolante. E ciò a differenza di ogni altra impostazione, che o non aveva di fatto finalità critica (...) o possiede si finalità e rilevanza critiche, ma è fondata su basi metagiuridiche non recepite nell'ordinamento giuridico, e perciò inefficace e non vincolante (..) Invece la Costituzione (italiana) ha in linea di principio sia forza vincolante che funzione critica. È vincolante perché è una Costituzione rigida e garantita, cosicché le leggi ordinarie devono essere conformi ad essa, pena la loro illegittimità e caducazione. E ha funzione critica per ragioni storiche e contenutistiche. Storicamente la Carta Costituzionale è il coronamento giuridico di un capovolgimento di regime politico ed è opera, approvata a larghissima maggioranza, di un'apposita assemblea costituente eletta dal popolo, mentre l'ordinamento penale è nella sua intelaiatura il prodotto del governo di un regime totalitario. Contenutisticamente, la Costituzione appronta e riconosce un complesso di valori che si pone in diversità o anche in contrasto con quelli che informano il codice penale".

considerazione di fondo per cui soltanto la Costituzione sarebbe stata in grado di fungere da criterio seriamente capace di vincolare le scelte di penalizzazione del legislatore ordinario, è nell'ambito della riflessione italiana che si è sviluppato il principale tentativo di assumere la Costituzione a fondamento stesso del diritto penale³⁵.

E' noto, infatti, come la chiave di volta nel cammino verso la ricerca di un bene giuridico che trovi fondamento e parametro nella Carta Costituzionale si deve, in Italia, a Franco Bricola, il quale, con la pubblicazione della "Teoria generale del reato", ha segnato una tappa fondamentale nella costruzione dell'arsenale concettuale del diritto penale.

Lo sforzo ricostruttivo di questo Autore è consistito, in estrema sintesi, nell'aver riconosciuto nella Costituzione un "codice" alla cui stregua poter condurre, da un lato, l'individuazione dei beni penalmente tutelabili e, dall'altro, la selezione delle tecniche di tutela ammissibili.

La portata innovativa risiede nell'affermazione secondo cui i beni giuridici di rilevanza costituzionale sono gli unici sostrati di valore che possono essere legittimamente oggetto di protezione penale, per cui è necessario ricercare dei parametri costituzionali atti a rappresentare i criteri selettivi dei fatti penalmente sanzionabili³⁶.

A tal fine, il dato normativo da cui muovere è costituito dall'articolo 13 della Costituzione che, sancendo il valore preminente della libertà personale, ha come conseguenza la necessaria subordinazione della sanzione penale alla violazione di un bene che, se non di pari grado rispetto al valore della libertà personale sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale³⁷.

³⁵ Per quanto concerne la dottrina tedesca, i più importanti tentativi teorici diretti a prospettare un concetto costituzionalmente orientato di bene giuridico si devono a W. SAX, Grundsätze der Strafrechtsplege, in Bettermann-Nipperday-Scheuner, Die Grundrechte, Bd 3, 2 Halbband, 1959, 909; C. ROXIN, Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe, ora in Strafrechtliche Grundlanenprobleme, 1973, 1 e ss.; H.-J.-Rudolphi, Die verschiedenen, cit., 159 e ss.; H. Otto, Rechtsgutsbegriff und Delikstatbestand, in H. MÜLLER DIETZ, Strafrechtsdogmatik und Krimimalpolitik, 1971, 10, così come riportata da G. FIANDACA, Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale, in Diritto penale in trasformazione, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano, 1985, 141 e ss.

³⁶ Cfr. anche V. MANES, Il principio di offensività, cit., 44.

³⁷ F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., 16 e ss., il quale afferma che "la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera in via effettiva e potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come extrema ratio". Da ciò consegue che "l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante".

Quanto al concetto di "rilevanza costituzionale" si precisa che esso non va inteso semplicemente come "non antiteticità del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale" 38.

A ciò si aggiunga che il perimetro della "rilevanza costituzionale", sempre secondo la ricostruzione in parola, è ben più ampio di quanto il mero dato lessicale lascerebbe presumere, potendo ricomprendere non solo i diritti del singolo, ma anche quei valori che sono obiettivamente tutelati³⁹. Nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti rientrerebbero inoltre anche quelle situazioni soggettive che, pur non contemplate espressamente dalla Costituzione, sono tuttavia consacrate in Convenzioni internazionali⁴⁰ e richiamate dalla formula "diritti inviolabili" di cui all'art. 2 Cost. ⁴¹, nonché tutti quei beni o interessi che, seppur privi di rilievo costituzionale esplicito, sono legati ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria, sicché "la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo" ⁴².

Il legislatore è, dunque, vincolato all'adozione della sanzione penale soltanto per fatti lesivi di valori costituzionali, nel senso di valori che trovano nella Costituzione il loro riconoscimento, diretto o indiretto.

La sottoposizione ad un siffatto limite – da intendersi chiaramente soltanto in negativo – merita, tuttavia, un'ulteriore precisazione: la scelta della sanzione penale non deve essere intesa quale obbligo imprescindibile, ben potendo il

-

³⁸ Ibidem.

³⁹ L'esempio riportato da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 17 e ss., è la tutela "obiettiva" del paesaggio di cui all'art. 9 comma 2 Cost.

⁴⁰ E l'ambiente è, senza dubbio, una di quelle situazioni soggettive consacrate in Convenzioni e Trattati internazionali. Senza pretesa di esaustività si pensi, ad esempio, alla Convenzione relativa alla conservazione della fauna e della flora allo stato naturale del 1933 (Londra); alla Convenzione internazionale per la prevenzione delle acque marine da idrocarburi del 1954 (Londra); alla Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e nazionale mondiale del 1972 (Parigi); alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (Montego Bay); alla Convenzione di Vienna sulla protezione dello strato di ozono del 1985 (Vienna); alla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 (New York) nonché alla Convenzione sulla protezione dell'ambiente tramite il diritto penale del 1998 (Strasburgo).

⁴¹ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 17 e ss. L'esempio a cui fa riferimento l'A., in tale differente ipotesi, è il diritto alla riservatezza.

⁴² *Ibidem*. În tal caso il riferimento esemplificativo è alla sicurezza del traffico. Si ritiene siano, pertanto, costituzionalmente legittime soltanto quelle incriminazioni che attengono ad aspetti della sicurezza del traffico che sono il presupposto necessario per la salvaguardia di altri beni, quali la vita o l'incolumità dei cittadini, dotati di rilievo costituzionale.

legislatore, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva – far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali 43 .

La tesi di Bricola, seppur innovativa non solo rispetto a quelli che fino allora erano stati gli approdi della dottrina italiana sul punto, ma anche rispetto a quelle teoriche costituzionalmente orientate di matrice tedesca, è stata tuttavia sottoposta a taluni rilievi critici⁴⁴.

In primo luogo, si è messa in discussione l'idoneità dell'art. 13 Cost. ad imporre limiti alla discrezionalità del legislatore penale ed, anzi, si è sostenuto che detta norma, prevedendo la possibilità che la libertà personale venga limitata "nei ... casi e modi previsti dalla legge", opererebbe un rinvio "in bianco" al legislatore, che potrebbe perciò configurare come reato fatti offensivi anche di beni non protetti dalla Costituzione⁴⁵.

⁴³ Si assumono per noti in questa sede, ma verranno ripresi successivamente, i passaggi fondamentali della ricostruzione di F. BRICOLA che, attraverso la valorizzazione della duplice finalità della pena (retributiva e soprattutto rieducativa: art. 27, comma 3, Cost.), della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), del principio di legalità del reato, vincolato, anzitutto, alla commissione di un "fatto" (art. 25, comma 2, Cost.), così come da un'interpretazione sistematica degli stessi alla luce della prioritaria significatività delle libertà garantite costituzionalmente, giungeva a riconoscere rango costituzionale al c.d. principio di necessaria lesività (o offensività) dell'illecito penale.

⁴⁴ Per le critiche all' "approccio costituzionale" di F. BRICOLA, si veda, in particolare, P. NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Cedam, Padova, 1982, 49 e ss. secondo il quale "se è indubbio che i beni espressamente tutelati dalla Costituzione (p.es. libertà di manifestazione del pensiero, libertà dell'arte, libertà religiosa, libertà di associazione, diritti inviolabili della personalità, diritto al lavoro, libertà di sciopero, diritto alla salute, libertà di iniziativa privata non in contrasto con l'utilità sociale, il buon costume ecc.) individuano interessi primari, è anche vero che essi non esauriscono per loro natura, gli interessi suscettibili di tutela penale. Certamente l'incriminazione della lesione di tali interessi sarà costituzionalmente legittima, ma non sarà illegittima l'incriminazione della lesione di altri interessi, purché non siano in contrasto con quelli garantiti dalla Costituzione. La Costituzione stessa, invero, nella sua struttura, lascia un largo ambito di operatività al legislatore ordinario, con due limiti: quello formale, della procedura di formulazione delle leggi, e quello, sostanziale, del contenuto non incompatibile con i principi costituzionali". Secondo l'A. pertanto dalla Costituzione discendono, per il legislatore penale, solo limitazioni in negativo, desunte, fondamentalmente, dal diagramma delle libertà costituzionali. E d'altronde questo pensiero risultava consequenziale al rigetto, da parte della dottrina maggioritaria italiana (cfr. F. MANTOVANI, Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Studi Mortati, IV, Giuffrè, Milano, 1977, 444 e ss.) della base concettuale su cui poggiava la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata, e cioè la circoscrizione al perimetro costituzionale dei beni giuridici meritevoli di tutela penale; una limitazione apparsa ai più eccessivamente condizionante (cfr. V. MANES, Il principio di offensività nel diritto penale, cit., 67 e ss.).

⁴⁵ Cfr. per tutti, G. FIANDACA, Il "bene giuridico", cit., 147 e ss. Nel medesimo senso anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 497. Tuttavia lo stesso F. BRICOLA ritiene detto rilievo infondato in quanto il rinvio dell'art. 13 Cost. alla "legge" " non è generico, poiché per principio generale in materia di interpretazione delle norme costituzionali, la legge che può introdurre un limite ad un diritto o ad una libertà costituzionalmente garantita deve sempre essere a sua volta posta a tutela di un valore costituzionale" (F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., 16).

Indubbiamente, però, il punto più problematico di questa ricostruzione riguarda l'individuazione dei beni costituzionalmente orientati che, soli, potrebbero essere protetti con la pena.

Difatti, il temperamento posto dallo stesso Autore tramite il ricorso allo schema della presupposizione necessaria è del tutto inidoneo a legittimare l'esistenza di norme incriminatrici che tutelano in forma autonoma quei beni che non sono menzionati nella Costituzione neanche implicitamente: norme cioè che tutelano determinati beni in se per sé, senza richiedere la concreta messa in pericolo di altri beni costituzionalmente rilevanti⁴⁶.

Questa valutazione risulta di fondamentale importanza non appena si passi a considerare, più nello specifico, la peculiarità del "bene ambiente" nel sistema delineato dalla Costituzione italiana.

Quest'ultimo, infatti, costituisce uno degli esempi più lampanti della ragionevolezza della critica in quanto, accogliendo la tesi del reato come offesa ai soli beni dotati di rilievo costituzionale, esso, essendo privo di un riscontro espresso all'interno della Carta Costituzionale, potrebbe ricevere protezione penale soltanto a condizione che l'oggetto effettivo della tutela sia la salute umana, garantita esplicitamente dall'art. 32 Cost. L'ambiente, detto altrimenti,

_

⁴⁶ Cfr. G. Fiandaca, Il "bene giuridico", cit., 147 e ss. e G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 497. Si è infatti osservato come non sempre il nesso di presupposizione necessaria a cui fa riferimento Bricola sussiste o risulta manifesto, né si può stabilire con certezza quando esso in concreto ricorra. A tal proposito, e a titolo esemplificativo, si fa riferimento ad un bene tradizionale come la "fede pubblica" privo di dignità costituzionale. Ebbene, se pure è vero che in taluni casi potrebbe essere concepito come strumentale alla tutela di altri beni costituzionali come l'economia, l'amministrazione della giustizia ecc., è altrettanto vero che in numerosi altri casi ciò che la legge reprime è l'offesa ai molteplici beni autonomi della fiducia dei cittadini nella genuinità e veridicità di questo o quel mezzo di prova; offesa la cui repressione non è subordinata alla messa in pericolo di altri beni menzionati nella Costituzione quali, per l'appunto, l'economia, il patrimonio, ecc.

In chiave critica rispetto alle c.d. letture costituzionalmente orientate anche M. TRAPANI, Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici, cit., 800, il quale confuta l'utilità di dette teorie come criterio di limite alle scelte di criminalizzazione sul presupposto della difficoltà, se non impossibilità, di individuare beni che, almeno implicitamente se non indirettamente, non trovino rilevanza a livello costituzionale. Da ciò fa discendere l'impossibilità logica "di vedere nel c.d. bene giuridico un possibile limite, addirittura di tipo normativo costituzionale, alla potestà di punire del legislatore ordinario, e quindi del potere politico". L'A., peraltro, ritiene che la sanzione penale sia legittima esclusivamente nei limiti in cui serva a tutelare i diritti fondamentali dei cittadini, identificati con quelli che tradizionalmente sono stati chiamati diritti "naturali".

potrebbe venire in considerazione solo come "bene strumentale" rispetto alla tutela della salute umana e non già come autonomo "bene finale" ⁴⁷.

Ciò, tuttavia, limiterebbe la tutela alle sole ipotesi in cui ci possa essere un danno alla salute, lasciando prive di ogni protezione penale tutte quelle condotte, senza dubbio più numerose, in cui il bene giuridico leso o messo in pericolo è esclusivamente l'ambiente o le sue componenti in se considerate.

Di regola, infatti, la tutela dell'ambiente non è affatto subordinata alla messa in pericolo di un bene costituzionale, come la salute, trattandosi di un bene che, seppur non menzionato nella Costituzione, reclama e riceve una protezione autonoma, nell'interesse non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future⁴⁸.

La questione è efficacemente sintetizzata dal dibattito, affrontato nel prosieguo, relativo a una concezione (solo) "antropocentrica" o a una concezione (anche) "ecocentrica" quali possibili fondamenti della tutela giuridica, anche diversa da quella penale, che il bene ambiente dovrebbe vedersi riconosciuta nel nostro ordinamento.

Tornando alla concezione costituzionalmente orientata del bene giuridico, delle due l'una: o si salva l'impostazione che limita ai beni di rilievo costituzionale la protezione penale, con conseguente estromissione di beni pur degni di protezione e la cui esigenza di tutela penale è viceversa pressoché unanimemente riconosciuta;

⁴⁷ Sulla distinzione tra beni "finali" e beni "strumentali", cfr. A. FIORELLA, Reato in generale (voce), cit., 791. Secondo l'A. un bene è "finale" solo quando la sua tutela si giustifica in sé: "così nessuno potrebbe mettere in dubbio che i beni come la vita e la libertà personale costituiscono veri momenti finali di tutela, proprio perché nessuno potrebbe contestare che è ragionevole tutela quella diretta alla vita e alla libertà in sé prese, a prescindere dagli ulteriori bisogni umani che esse valgono poi a soddisfare". Al contrario, un bene può dirsi "strumentale" quando è tutelato solo in vista di un' ulteriore entità, come ad esempio tutte le volte in cui si indica come bene il governo di questa o quella materia (economia, territorio ecc). Circa il rapporto di detti beni con l'offesa l'A. ricorre allo schema della "seriazione di beni giuridici" (v. infra cap. II).

⁴⁸ G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 499. Come osservano correttamente gli Autori, se si ritenesse che lo schema della presupposizione necessaria "fosse idoneo a dare consistenza alla categoria dei beni implicitamente garantiti dalla Costituzione, ne seguirebbe la pratica infecondità della tesi 'non c'è reato senza offesa a beni costituzionalmente rilevanti". Sempre in chiave critica, G. Contento, Corso di diritto penale, vol. I, Laterza, Bari, 2006, 21 e ss. Sul punto cfr. anche F. Angioni, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, cit., 196 L'autore ha tentato di dimostrare la rilevanza costituzionale implicita di taluni beni, tra i quali l'ambiente, ricorrendo al procedimento analogico. In altri termini, si è sostenuto che il bene ambiente potesse trovare tutela penale, pur non essendo menzionato all'interno della Costituzione, facendo leva sull'art. 9 Cost. che garantisce la tutela del paesaggio e del patrimonio artistico: "se dunque la Costituzione si è sentita chiamata a tutelare espressamente certi valori estetici fondamentali, almeno a pari ragione tutelerà valori di importanza sociale almeno uguale, come l'aria, l'acqua, il patrimonio faunistico e vegetale ecc. (..)".

oppure si accetta la tesi per cui anche i beni che non trovano copertura costituzionale possono essere tutelati penalmente, seppure con alcune limitazioni.

Ebbene, alla luce delle argomentazioni fin qui svolte, sembra più opportuno, soprattutto in termini di prevenzione generale, propendere per la seconda soluzione⁴⁹. Come efficacemente sostenuto, infatti, la non menzione di alcuni beni nella Carta costituzionale non riflette necessariamente un loro declassamento nella scala dei valori.

La ragione di tale affermazione risiede nella circostanza – di non poco rilievo – che ogni Costituzione, e in particolare la Costituzione repubblicana del 1948, essendo storicamente condizionata, non è in grado di menzionare quei beni la cui importanza è stata pienamente avvertita dalla collettività solo successivamente, come riflesso delle trasformazioni economico-sociali che hanno moltiplicato le aggressioni ad un determinato bene e hanno, al contempo, reso conoscibile le loro ripercussioni dannose⁵⁰.

Ancora una volta la sorte del bene ambiente assume valenza paradigmatica per valutare il senso delle presenti considerazioni.

Nessun dubbio, infatti, può sorgere attualmente sulla legittimità della sua tutela penale in Italia, nonostante esso, pur venendo in rilievo nelle Costituzioni varate

_

⁴⁹ Cfr. A. FIORELLA, *Il reato in generale*, cit., 792; A. PAGLIARO, *Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 231, secondo il quale la volontà di agganciare il diritto penale alla Costituzione per l'individuazione dei beni tutelabili significherebbe frenarlo irrimediabilmente, impedendogli di armonizzarsi con quelle esigenze di prevenzione generale e speciale che, al tempo della formazione della Costituzione, non erano neppure prevedibili. Sempre in chiave critica G. FIANDACA, *Il bene giuridico*, cit, 151. In particolare, l'A. sottolinea la difficoltà rinvenire nella Costituzione una gerarchizzazione sistematica dei beni o valori.

⁵⁰ Cfr. A. Pagliaro, Principi di diritto penale, cit., 231, il quale ritiene "non opportuno un divieto, per il legislatore ordinario, di emanare norme penali a tutela di beni non riconosciuti, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione", essendo possibile "che sorgano esigenze di prevenzione generale e speciale che al tempo della formazione della Costituzione non erano neppure prevedibili". Sul punto cfr. anche G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 499. Particolarmente significativa la riflessione sul condizionamento storico della Costituzione: "guardando al passato dà espresso risalto e munisce di solide garanzie beni, individuali o collettivi, che sono stati limitati o conculcati dalla legislazione precedente; proiettandosi verso il futuro, menziona espressamente i beni o i principi che dovranno essere più che in passato al centro dell'azione futura dei poteri dello Stato, come oggetti da tutelare o come obiettivi da realizzare". Pertanto, tutto ciò che in passato ha avuto un'adeguata tutela non ha bisogno di essere munito di espressa garanzia costituzionale. E ciò, secondo gli Autori, spiega come non solo la fede pubblica, ma addirittura la vita – bene che senza dubbio è meritevole della più ampia protezione – non siano espressamente nominati nella Costituzione.

dopo l'esplosione della c.d. "questione ecologica", non sia espressamente menzionato nella Costituzione italiana⁵¹.

D'altronde, a conferma del fatto che la Costituzione non può vincolare il legislatore nella scelta dei beni da tutelare penalmente alla cerchia dei beni costituzionalmente rilevanti, la stessa Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato che la Costituzione ha sì posto "il principio della più stretta riserva di legge in materia penale", ma in nessun modo ha vincolato il legislatore al perseguimento di specifici interessi. È proprio per tale ragione che la Consulta si è sempre "astenuta dal sindacare, salvo il limite dell'incompatibilità, l'oggetto prescelto di tutela"52.

Le considerazioni fin qui svolte meritano, tuttavia, una precisazione. La rilevanza costituzionale di un bene, seppur non vincolante ai fini delle scelte di criminalizzazione, è un sicuro indice dell' importanza di quel bene e, pertanto, rappresenta uno dei presupposti essenziali del ricorso alla pena: la "meritevolezza" della tutela penale.

Difatti, se è vero che meritevoli di pena possono essere anche i beni non menzionati nella Costituzione, è altrettanto vero che i beni costituzionalmente rilevanti lo sono incontestabilmente⁵³.

2.4. Segue: La Costituzione e la scelta dei beni giuridici: divieti e obblighi costituzionali di incriminazione.

Il rapporto tra Costituzione e scelte d'incriminazione è, in realtà, più complesso rispetto a quanto detto finora.

Una volta accertata la possibilità per il legislatore ordinario di accordare tutela penale anche a beni non previsti nel tessuto costituzionale, è necessario verificare se dalla Costituzione discendano o meno divieti o obblighi di incriminazione.

⁵¹ Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alla Costituzione portoghese del 1976 (art. 66: ambiente e qualità della vita); alla Costituzione spagnola del 1978 (art. 45) nonché alla Costituzione brasiliana del 1988 (art. 225).

⁵² Cfr. Corte Cost., 5 giugno 1978 n. 71, in *Giur. Cost.*, 1978, 1966; cfr. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 499 e F. BRICOLA, *Commentario della Costituzione*, sub art. 25, in G. BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1981, 272 e ss.

⁵³ G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 516.

Per quanto concerne il primo profilo, la dottrina maggioritaria ritiene che divieti di incriminazione derivino, innanzitutto, dai diritti di libertà in essa riconosciuti: il legislatore, pertanto, non potrà incriminare il puro e semplice esercizio di un diritto di libertà, a meno che non ne derivi l'offesa a altri beni costituzionalmente rilevanti⁵⁴, né potrà subordinarne l'esercizio a presupposti diversi rispetto a quelli già fissati dalla Costituzione⁵⁵.

Si ritiene, inoltre, che ulteriori divieti di incriminazione possano derivare da alcuni principi enunciati dalla Costituzione: il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sancito dall'articolo 3 comma 1 della Costituzione, ad esempio, preclude la possibilità di emanare norme contenenti comandi o divieti imperniati su discriminazioni per ragioni di sesso, razza, lingua ecc., sicché sarebbero soggette a declaratoria di illegittimità costituzionale quelle norme che, a presidio della purezza di una determinata etnia, vietassero il matrimonio con persone appartenenti a razze considerate inferiori⁵⁶.

In sintesi, è possibile affermare, utilizzando una formula ricorrente in dottrina, che il legislatore non può presidiare con la pena beni "incompatibili" con la Costituzione⁵⁷.

A questo punto appare scontato chiedersi se i "binari" entro cui il legislatore ordinario è obbligato a muoversi siano destinati a restringersi ulteriormente e,

_

⁵⁴ Esemplificative in tal senso le sentenze della Corte Costituzionale (Corte Cost. 4 maggio 1960, n. 29; Corte Cost. 27 dicembre 1974, n. 290, entrambe in *www.giurcost.org*) che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 502 c.p. (serrata e sciopero per fini contrattuali) e degli artt. 503 e 504 c.p., queste ultime nella parte in cui reprimevano il puro e semplice diritto di sciopero, riconosciuto dall'art. 40 della Cost. come diritto di libertà dei lavoratori.

⁵⁵ G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 516, il quale riporta il caso del diritto di riunione che la Costituzione riconosce come esercitabile senza preavviso alle autorità, a meno che non si tratti di riunione in luogo pubblico. Da ciò ne deriva l'illegittimità costituzionale di qualsiasi norma, anche incriminatrice, che imponga obblighi di preavviso o una previa autorizzazione. Su tali basi, peraltro, la Corte Costituzionale (Corte Cost. 15 dicembre 1958 n. 27; Corte Cost. 18 marzo 1957 n. 45; Corte Cost. 15 aprile 1970 n. 56), ha in più occasioni dichiarato l'illegittimità di una serie di norme incriminatrici che imponevano alla libertà di riunione limiti incompatibili con la disciplina costituzionale, quale l'obbligo di preavviso per le riunioni e per le cerimonie religiose in luoghi aperti al pubblico (art. 18 e 25 T.U.L.P.S.). Cfr. anche D. PULITANÒ, Bene giuridico e giustizia costituzionale, in Bene giuridico e riforma della parte speciale a cura di A. M STILE, Jovene, Napoli, 1985, 135 e ss.; F. PALAZZO, Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema), in A. PIZZORUSSO – V. VARANO (a cura di), L'influenza dei valori costituzionali sui beni giuridici contemporanei, Giuffrè, Milano, 1985, 592 ss.
56 G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 495. Come sottolineato dagli Autori,

anche il principio di eguaglianza tra i coniugi è stato valorizzato dalla Corte Costituzionale per dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme incriminatrici dell'adulterio e del concubinato.

⁵⁷ Cfr. P. NUVOLONE, La problematica penale della Costituzione, in Scritti in onore di Costantino Mortati, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1977, 491 e ss.

dunque, se la Costituzione, oltre ad imporre i limiti appena esaminati nella scelta dei beni da tutelare penalmente, contempli altresì obblighi espressi di incriminazione.

Ebbene, secondo l'orientamento più consolidato, non sussistono nel nostro ordinamento obblighi costituzionali di incriminazione, né espressi né tantomeno impliciti⁵⁸.

Ed invero, quando la Costituzione impone di "tutelare", "proibire", "reprimere" questo o quel fatto, non prescrive il ricorso alla pena, ma lascia al legislatore la scelta del mezzo di tutela, sia esso penale, civile o amministrativo. Da questo punto di vista sembrerebbe che la Costituzione⁵⁹ offra un criterio di preclusione all'intervento punitivo, riferendosi solo a ciò che potenzialmente si ritiene meritevole di tutela penale.

2.5. La tipologia dei beni giuridici

Ai fini di una corretta indagine sul contenuto del principio di offensività, non si può prescindere dal passare in rassegna quelle che sono le fondamentali tipologie di beni giuridici tutelati dalla legislazione penale italiana.

Una prima distinzione, che si fonda sulla natura del soggetto che ne è titolare, è quella tra beni individuali e beni collettivi.

I beni individuali sono quei beni che fanno capo a singole persone e che l'ordinamento, in linea di principio, riconosce e garantisce a tutti gli esseri umani. Si pensi, ad esempio, alla vita, alla salute, alla libertà personale o morale, all'onore, al patrimonio ecc.

Al contrario, i beni 'collettivi' sono quei beni la cui titolarità spetta allo Stato come espressione della collettività organizzata, ai singoli poteri o organi dello Stato e ad altri enti pubblici (c.d. beni istituzionali), ovvero la cui integrità rispecchia un interesse diffuso fra tutti i consociati o comunque fra cerchie ampie

30

⁵⁸ Cfr., fra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 512 e G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Zanichelli, Bologna, 2009, 222 e ss. Per una approfondita analisi dei principi politico-criminali che devono governare le scelte di incriminazione in un diritto penale della prevenzione vedi C.E. PALIERO, Il principio di effettività del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 430 e ss.

⁵⁹ Così, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., 222 e ss.

e indeterminate di soggetti (c.d. beni a titolarità diffusa)⁶⁰. A tal proposito, si deve dare atto della spiccata tendenza del diritto penale contemporaneo ad accordare la propria tutela ad una gamma sempre più ampia di beni collettivi, facenti, per l'appunto, capo a istituzioni, alla generalità dei consociati o a cerchie più o meno estese di soggetti.

Si pensi all'integrità del territorio, all'amministrazione della giustizia, all'incolumità pubblica, alla fede pubblica, all'economia nonché all'ambiente, tipico esempio, quest'ultimo, di bene a titolarità diffusa⁶¹.

Questa tendenza è stata imposta dalle numerose trasformazioni economichesociali ed istituzionali, dalle innovazioni tecnologiche, dalle modifiche intervenute in campo internazionale ecc., le quali, mettendo in luce nuovi beni, hanno stimolato nel legislatore la consapevolezza del loro valore nonché il bisogno di essere tutelati con la sanzione penale.

Altra importante distinzione nell'ampio genus dei beni giuridici, che si fonda sulle ragioni poste dal legislatore a fondamento della rispettiva tutela, è quella, alla quale si è già fatto rapido cenno, tra i "beni strumentali" (o intermedi) e i "beni finali".

In particolare, mentre i primi – ampiamente presenti tra i beni collettivi – vengono tutelati in quanto la loro integrità è strumento e condizione per la

_

⁶⁰ La suddivisione della categoria dei beni collettivi in beni 'istituzionali' e in beni 'a titolarità diffusa' è di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 541. Tuttavia, per completezza argomentativa si deve dare atto che, nella della dottrina amministrativa, si è soliti distinguere, nell'ambito delle posizioni soggettive che assumono una dimensione super individuale, tra interessi diffusi e interessi collettivi(cfr. per tutti, F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike, Roma, 2012, 29 e ss.): mentre i primi sono quegli interessi adespoti (ossia privi di titolari), non riferibili ad una pluralità determinata di individui ma, al contrario, comuni a tutti i soggetti di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente, i secondi – che nascono da un processo di soggettivizzazione degli interessi diffusi – sono comuni a più individui che si associano come categoria o gruppo omogeneo per realizzare i fini del gruppo stesso. Pertanto, l'interesse collettivo, pur essendo al pari dell'interesse diffuso un interesse super individuale, si connota per la sua riferibilità ad un gruppo non occasionale.

⁶¹ Per un'attenta disamina sulle diverse tipologie di beni giuridici cfr. G. MARINUCCI — E. DOLCINI Corso di diritto penale, cit., 541. Vedi anche A. DE VITA, I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale, Jovene, Napoli, 1999, 17 e ss. Si segnala, inoltre, la presenza di numerose norme incriminatrici introdotte recentemente a tutela di beni collettivi di nuova emersione: a titolo esemplificativo, seppur non esaustivo, l'art. 640 bis c.p. ("truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche") e l'art. 316 c.p. ("malversazione a danno dello Stato") a tutela del risparmio e degli interessi collettivi (opere o attività) al cui soddisfacimento tendono le sovvenzioni e i finanziamenti pubblici; l'art. 12 della legge 197 del 1991, Legge sull'antiriciclaggio del denaro ("carte di credito, di pagamento e documenti che abilitano al prelievo di denaro contante"), a tutela della fiducia nei consociati nella genuinità e veridicità di tali mezzi di pagamento.

sopravvivenza di uno o più beni ulteriori – i beni finali per l'appunto –, questi ultimi restano sullo "sfondo", nel senso che la loro effettiva lesione o messa in pericolo è irrilevante. In altri termini ciò che richiede la norma incriminatrice ai fini della punibilità è la sola offesa al bene strumentale.

Numerosi sono i beni strumentali emersi di recente nella legislazione italiana: si pensi, ad esempio, al controllo sulla gestione d'imprese ed enti economici esercitato da pubbliche istituzioni come la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap ecc.

In tutte queste ipotesi, ciò che forma oggetto della tutela penale è l'esercizio delle funzioni di vigilanza di istituzioni pubbliche caratteristiche delle economie avanzate, mentre l'ostacolo all'esercizio di dette funzioni è l'evento che le norme mirano a prevenire e sanzionare. Al contrario, risulta irrilevante il verificarsi o meno di eventi ulteriori che offendono o singoli patrimoni del pubblico, soci, creditori, risparmiatori, etc. compromessi dalla gestione degli enti economici sottoposti a vigilanza⁶².

Secondo un certo orientamento⁶³, inoltre, un esempio di beni strumentali sarebbe rappresentato proprio dall'insieme dei beni ambientali: l'acqua, il suolo, l'aria, i boschi, le foreste etc. sarebbero, dunque, penalmente protetti come condizioni e strumenti per assicurare l'integrità di altri beni, individuali e collettivi, quali la vita, la salute, il patrimonio dei singoli e di intere comunità, l'equilibrio climatico ecc.

In realtà, i beni ambientali ricevono una protezione autonoma in nessun modo subordinata al verificarsi di un pericolo o di un danno per i beni finali, la cui offesa resta al di fuori delle fattispecie legali.

32

⁶² Ad es. l'art. 134 comma 1 della Legge bancaria (d. lgs. 385 del 1993 e successive modificazioni) tutela l'esercizio delle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia sulle condizioni economiche delle banche e degli intermediari finanziari, reprimendo le false comunicazioni trasmesse dai gestori di quelle imprese "al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza".

L'art. 171 comma 1 del T.U. in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 58 del 1998) tutela le funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob, tra l'altro, sulle società di gestione di fondi comuni di investimento e sulle società di investimento a capitale variabile (Sicav), punendo i gestori di tale imprese che, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, trasmettono false comunicazioni sulle condizioni economiche di quegli enti o sulle attività svolte per conto degli investitori

La presenza nell'ordinamento di attività giuridicamente regolate che rappresentano l'esercizio di funzioni proprie di enti o organi pubblici è cresciuta negli ultimi anni a fronte dell'esigenza di governare e controllare processi economici complessi, sia nazionali che internazionali; da ciò la creazione delle istituzioni pubbliche sopra citate. Per garantire al meglio l'esercizio di queste funzioni contro tutte quelle condotte in grado di impedirle, ostacolarle o turbarle, il legislatore in numerosi casi è ricorso alla sanzione penale.

⁶³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 542.

La ragione di una siffatta tutela risiede nel fatto che il legislatore non può aspettare che si produca la morte o il pericolo di morte di una o più persone come conseguenza dell'immissione di sostanze cancerogene nell'acqua potabile o nell'aria, né tantomeno può attendere il distacco di una valanga o il verificarsi di altro disastro come effetto di opere di disboscamento. Salva ovviamente l'incriminazione di questi eventi che verrà comunque assicurata dalle norme che tutelano l'incolumità pubblica, è necessario che il legislatore intervenga anticipatamente, sanzionando penalmente già la purezza dell'acqua e dell'aria, il patrimonio boschivo etc., e ciò di regola avviene ricorrendo alla struttura dei reati di pericolo astratto⁶⁴.

I beni giuridici, peraltro, non sempre ricevono una tutela piena e incondizionata, ben potendo accadere – e spesso accade – che la loro protezione sia condizionata dalla presenza di interessi contrapposti, spesso dotati di rilievo costituzionale o, comunque, aventi un'importanza tale da non poter essere totalmente sacrificati a vantaggio di un altro interesse.

Le modalità con cui il legislatore giunge al contemperamento dei diversi interessi in gioco non è univoco⁶⁵.

Mentre in alcuni casi, infatti, il bilanciamento viene garantito attraverso la fissazione, in norme generali e astratte contenute in fonti legislative o sub-legislative, di limiti o soglie che devono essere rispettati nello svolgimento di determinate attività, con la conseguente subordinazione della sanzione penale al superamento o alla violazione di detti *standards*, in altre ipotesi, invece, il legislatore rimette la valutazione del conflitto alla valutazione di determinate autorità amministrative, espressa in singoli atti quali autorizzazioni, concessioni,

_

⁶⁴ Ibidem. Nello stesso senso cfr. anche T. PADOVANI, La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, in Dei delitti e delle pene, 1984, 117 e ss.

⁶⁵ Sulla contrapposizione degli interessi in conflitto cfr. anche T. PADOVANI, La problematica del bene giuridico, cit., 118 e ss., il quale, proprio con riferimento ai beni ambientali, osserva come sia l'Amministrazione a gestire in concreto il conflitto tra interessi contrapposti: ed infatti la salubrità dell'aria o la purezza dell'acqua, ad esempio, non costituiscono l'oggetto di una tutela assoluta alla quale chiunque operi nel contesto ambientale deve piegarsi, in quanto nella situazione conflittuale tra gli interessi della produzione industriale o agricola, della salute pubblica, della integrità fisica o anche degli interessi patrimoniali contrapposti, il contemperamento è in larga misura affidato all'Amministrazione a cui spetta il compito di ricercare il punto di equilibrio più adeguato. La sanzione penale, quindi, interviene a garantire il rispetto delle modalità stabilite per gestire il conflitto, essendo la punizione ancorata, non già al fatto di inquinare tout court, ma di farlo in assenza o in violazione di quell'atto (ad. es. la licenza) che l'amministrazione ha ritenuto sufficiente a tutelare i contrapposti interessi. Vedi amplius infra cap. II.

licenze etc., sicché il reato si configura come il compimento di una determinata attività in assenza o in contrasto con il prescritto provvedimento amministrativo. Lasciando da parte i problemi di compatibilità con il principio della riserva di legge in materia penale che siffatte tecniche di tutela comportano, anche in questo caso si deve dare atto che uno dei principali campi di materia caratterizzato da una tutela non assoluta dei beni giuridici è proprio quello ambientale⁶⁶.

Pur venendo dettagliatamente analizzato nel prosieguo della trattazione, è sin da ora opportuno sottolineare come ad una tutela incondizionata dei beni ambientali si oppongono molteplici interessi antagonistici, di indiscutibile rilievo collettivo e spesso di rango costituzionale, quali gli interessi dell'iniziativa economica, della produzione, della competitività in termini di costi etc.

La necessità di evitare il sacrificio dei suddetti valori, di pari dignità rispetto al bene ambiente, ha giustificato il ricorso da parte del legislatore a tecniche di tutela incentrate sia sulla fissazione di *standards* generali e astratti quali, ad esempio, i limiti di accettabilità delle varie sostanze inquinanti, sia sul rinvio a concreti provvedimenti amministrativi per l'individuazione delle tipologie o delle quantità di sostanze nocive accettabili⁶⁷.

Ebbene, dette tecniche di tutela, e più in generale l'ancoraggio della punibilità al superamento di determinate soglie quantitative o alla presenza di autorizzazioni amministrative, hanno condotto una parte della dottrina a ritenere che in tali casi

_

⁶⁶ Il problema della compatibilità con il principio della riserva di legge in materia penale si pone, da un lato, in quanto la rigida adesione alla stesso non permetterebbe a fonti diverse dalla legge formale il compimento di scelte politiche criminali, con la conseguenza che la fissazione, ad esempio, di limiti di tollerabilità in materia di inquinamento dovrebbe essere effettuata esclusivamente dal Parlamento; dall'altra parte, si pone nel momento in cui il rinvio al provvedimento della pubblica autorità per la determinazione di soglie limite non fosse preceduto da una legge che con chiarezza e precisione descriva la classe di provvedimenti amministrativi e i presupposti per la loro emanazione. Per un'analisi esaustiva dei problemi di compatibilità con il principio della riserva di legge delle tecniche di tutela penale dell'ambiente cfr. M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura 'sanzionatoria', Cedam, Padova, 1996, 252 e ss.

Cfr. anche D. Pulitanò, La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche, in AA.VV., Beni e tecniche della tutela penale, Franco Angeli Editore, Roma, 1987, 33 e ss.

⁶⁷ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 540. Gli autori correttamente osservano come "il punto di arrivo di questa conciliazione tra il bene giuridico e gli interessi tutelati è la configurazione di una serie di reati di pericolo astratto: il pericolo per i beni ambientali (..) non deve essere valutato in concreto dal giudice, ma desunto da parametri di pericolosità prestabiliti in via generale, ovvero dal singolo provvedimento amministrativo". Sui problemi di compatibilità tra il modello dei reati di pericolo astratto e il principio di offensività, in termini generali e con specifico riferimento al settore ambientale, vedi infra, cap. I par. 4 e cap II.

il diritto penale non agirebbe a presidio di beni giuridici, bensì a tutela di mere funzioni.

2.6. Tutela di "beni" versus tutela di "funzioni"

La questione che si pone in tutte queste ipotesi in cui la sanzione penale non si dirige direttamente alla tutela di un interesse, quanto piuttosto ai modi stabiliti per la gestione o la soluzione di una situazione conflittuale, è comprendere se la tutela penale prescinda dal bene giuridico e riguardi in definitiva mere funzioni. Ciò accade perché, in tali casi, la norma sembrerebbe non diretta alla repressione di condotte offensive di un interesse empiricamente afferrabile, in quanto il bene da tutelare non è individuabile *a priori* in termini assoluti, identificandosi piuttosto con il rispetto di una serie di limiti e condizioni volti ad assicurare il bilanciamento degli interessi potenzialmente confliggenti⁶⁸.

Come già precisato, si fa riferimento a tutte quelle fattispecie – soprattutto contravvenzionali – incentrate sull'inosservanza di disposizioni amministrative che impongono di farsi autorizzare all'esercizio di certe attività o di obbedire a ordini dell'Autorità, e che, in molti, ritengono finalizzate a garantire il corretto svolgersi di attività di governo⁶⁹.

La problematica si fa ancora più pregnante se si considera che, nei confronti di determinati beni – per lo più quelli a titolarità diffusa o ad ampio raggio –, la tendenza legislativa è nel senso di una tutela fortemente anticipata, caratterizzata dalla criminalizzazione di condotte ancora profondamente distanti dalla realizzazione effettiva di un'offesa⁷⁰.

⁶⁸ Per tutti T. Padovani, Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo, in Cass. Pen., 1987, 674, il quale sottolinea come in tutte le ipotesi in cui l'illiceità dipende dal difetto di un provvedimento abilitante della P.A. ovvero dal contrasto con esso, la norma sanzionatoria finisce con il dirigersi verso comportamenti in varia guisa strumentali rispetto alle finalità perseguite in ogni specifico contesto, così tutelando, piuttosto che beni giuridici, funzioni in cui sono coinvolti interessi e caratterizzate, ora dalla definizione in via amministrativa dell'interesse che nel caso concreto deve prevalere, ora dal contemperamento, sempre in via amministrativa, di una pluralità di interessi potenzialmente confliggenti.

⁶⁹ M. CATENACCI, Bene Giuridico (voce), cit., 677 e ss.

⁷⁰ S. MOCCIA, Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 345.

Ebbene, l'indagine sulla legittimità o meno della tutela di funzioni nell'ambito del diritto penale, e ancor di più quella sulla sua compatibilità con il principio di offensività, non ha condotto a risposte univoche.

Difatti, per alcuni, il rischio del ricorso a tale modus operandi è rappresentato dalla perdita della funzione delimitativa del bene giuridico e la sostituzione della equazione sanzione penale – realizzazione di un fatto socialmente dannoso con la differente formula sanzione penale – inosservanza di norme organizzative. L'ordinamento, in altri termini, rinuncerebbe alla repressione delle condotte immediatamente dirette all'offesa del bene, per abbracciare un sistema meramente dirigistico caratterizzato da una dettagliata regolamentazione a presidio del quale si colloca la sanzione penale, così ponendosi in contrasto con quelli che sono i canoni di un diritto penale di stampo liberale⁷¹.

Da ciò l'alta possibilità che l'illecito penale si trasformi in un illecito di mera trasgressione, essendo punita la sola violazione di un dovere anziché la lesione o messa in pericolo di un bene giuridico. Le funzioni amministrative, essendo espressione d'interessi della Pubblica Amministrazione, dovrebbero, dunque, più correttamente ricadere nell'ambito delle sanzioni amministrative⁷².

In senso contrario si è sostenuta la legittimità della tutela di funzioni, giudicandola sostanzialmente compatibile con il principio di offensività.

Il rilievo principale portato a sostegno di questa posizione è quello per cui, in realtà, anche detta tecnica d'intervento, ancorché finalizzata sulla protezione di interessi di stampo amministrativo, ha come punto d'approdo la tutela di veri e

⁷¹ *Ibidem.* L'A. ricorda che già in altre occasioni il bene giuridico è andato incontro a vere e proprie svalutazioni che hanno coinciso con l'affermarsi di sistemi autoritari. In particolare, si fa riferimento all'esperienza del tecnicismo formalistico di derivazione positivista e al sostanzialismo della scuola di Kiel (v. *supr*a par. 1). In entrambi i casi si è assistito a un'emarginazione del bene giuridico dalla teoria dell'illecito: con l'adesione al tecnicismo formale, esso è stato utilizzato in chiave meramente interpretativa nel sistema penale italiano; con la scuola di Kiel, invece, vi è stata la sua espulsione di fatto dal sistema tedesco, a favore di una prospettiva del reato come mera violazione di un dovere.

⁷² In estrema sintesi, "il diritto penale non tutela vittime, ma funzioni". Cfr. ancora S. Moccia, Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, cit., 349; M. Catenacci, Bene giuridico, cit., 677. Nel medesimo senso critico: F. SGUBBI, Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale, Il Mulino, Bologna, 1990, 16 e ss.; W. Hassemer, Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale, in Dei delitti e delle pene, 1984, 104. Contra: G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 552. Gli Autori mettono in evidenza come reati connotati dalla subordinazione della punibilità alla violazioni di prescrizioni amministrative, quali sono ad esempio i reati ambientali, lungi dall'essere "reati senza vittime" o "a vittima sfumata", risultano caratterizzati da "una vittimizzazione di massa, nel senso che, direttamente o indirettamente, offendono cerchie ampie, e non di rado vastissime, di persone".

propri beni. Pertanto, lungi dal rappresentare un "dato ontologico a priori"⁷³, essa riflette unicamente la scelta normativa del legislatore di tutelare determinati beni in via anticipata, demandando a specifiche Autorità il compito di bilanciare i contro-interessi presenti in quel determinato settore giuridico o il controllo sulle fonti di rischio che lo caratterizzano, in tal modo sottraendolo alla discrezionalità del giudice al fine di garantire una distribuzione nel rapporto tra poteri in favore del binomio legislativo-esecutivo⁷⁴.

Seguendo la linea argomentativa appena sintetizzata, è allora facilmente comprensibile che la compatibilità con il principio di offensività dipenderà dal grado di "vicinanza" della condotta tipizzata dalla fattispecie rispetto al bene finale, sicché, riprendendo l'esempio relativo alle norme incentrate sul modello autorizzativo, l'indagine dovrà essere focalizzata sulle potenzialità di rischio dell'attività soggetta a controllo – considerandola sia isolatamente che nella sua dimensione di "condotta seriale" – rispetto al bene (finale) in rilievo.

Sulla base di tali considerazioni, l'esposto orientamento ravvisa l'applicabilità di un simile modello strutturale, seppur adeguatamente calibrato, in determinati settori del diritto penale connotati da oggettività giuridiche superindividuali o a dimensione diffusa nonché dalla frequente irreversibilità degli effetti lesivi causati da talune condotte – ed anche in tal caso il riferimento obbligato è ad un bene quale l'ambiente –, con l'importante limite dato dall'impossibilità di penalizzare condotte meramente inosservanti della disciplina ordinatoria stabilita in via amministrativa, affidando alla norma il compito di creare, in sostanza, la stessa oggettività giuridica da tutelare: circostanza questa che si verifica qualora non sia individuabile "sullo sfondo" il c.d. bene giuridico finale⁷⁵.

⁷³ T. PADOVANI, Il destino sistematico e politico criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia, in AA.VV., Modelli ed esperienze di riforma dl diritto penale complementare (atti del Convegno di Modena 14-15 dicembre2001), Giuffrè, Milano, 2003, 159.

⁷⁴ V. Manes, Il principio di offensività, cit., 99.

⁷⁵ Ibidem. L'A. pur abbracciando dunque la tesi che ravvisa la compatibilità della c.d. "tutela di funzioni" con il principio di offensività, rileva come, al di fuori di contesti "eccezionali", la tutela della semplice funzione di controllo o di programmazione dell'autorità amministrativa rispetto a determinate attività "in sé neutre" e non qualificate da ulteriori note di offensività sul piano della tipicità oggettiva o soggettiva, sia in linea di principio "delegittimata al cospetto del principio di offensività perché di per sé incapace di esprimere una diretta connessione di lesività rispetto ad un bene finale meritevole di tutela penale, riducendosi alla semplice tutela di un programma di scopo di matrice pubblicistica", come tale in grado di offuscare ogni altro interesse eventualmente assunto come ratio della tutela. Per quanto concerne lo specifico settore dell'ambiente cfr. M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente: un problema di interazione fra tecniche di tutela, L. P. Grafiche, Pescara,

Ebbene, a fronte di queste ricostruzioni che, pur muovendosi su linee direttrici differenti, condividono l'idea di fondo per cui le funzioni amministrative, non essendo identificabili come veri e propri beni giuridici, non possono ricevere una protezione penale autonoma, vi è un'altra corrente di pensiero – di cui in questa sede occorre dare contezza – che al contrario ravvisa la perfetta equivalenza e interscambiabilità tra la categoria dei beni giuridici e quella delle funzioni.

Secondo l'opinione de qua, anche queste ultime sarebbero autentici beni giuridici e, in quanto tali, risulterebbero entità offendibili e capaci di essere tutelate penalmente, non diversamente dai beni che si incarnano in entità materiali⁷⁶.

3. Fondamento normativo del principio di offensività.

Una volta compreso quale è il contenuto dell'offesa, è possibile indagare il fondamento normativo del principio di offensività.

1992, 143, il quale sottolinea la necessità di un rigoroso accertamento dell'offensività della condotta sottoposta ad abilitazione amministrativa; ID., "Beni" e "funzioni" oggetto di tutela nella legge "Merli" sull'inquinamento delle acque, in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1996, 1219 e ss.; F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente, tutela di beni o tutela di funzioni? in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1097 e ss.; C. BERNASCONI, Il difficile equilibrio tra legalità ed offensività nella tutela penale dell'ambiente, in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 2003, 47 e ss.; A. MASSARO, Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?, 12, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2011. Sul punto vedi amplius cap. II.

⁷⁶ Per tutti G. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 551. Gli autori precisano che riconoscere alle attività giuridicamente regolate il connotato dell' "offensibilità" sta ad indicare soltanto che tali attività posseggono la capacità di essere tutelate penalmente come beni giuridici, mentre rimangono del tutto impregiudicati gli ulteriori due requisiti che il legislatore deve normalmente indagare per decidere se includere quell'attività nel novero dei beni da sanzionare penalmente: la meritevolezza e il bisogno di pena. Contra: M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 92 e ss., il quale ritiene che l'offendibilità possa essere riconosciuta soltanto a dati che abbiano una fisionomia "empirico-fattuale"; V. MANES, Il principio di offensività, cit, 103 e ss., il quale sottolinea che l'estensione della tutela penale ad oggettività giuridico strumentali era proprio uno degli impasse che la teoria dell'offensività voleva superare, escludendo dall'ambito di rilevanza penale beni di creazione legislativa. Nello stesso senso cfr. anche M. Donini - D. Castronuovo, La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti, Cedam, Padova, 2008, 241 e ss., i quali affermano che "la funzione di controllo produce un bene tanto quanto la lesione di quello stesso bene. È un tipico interesse strumentale, dove c'è un bene che è insieme il risultato e l'oggetto della funzione". In particolare, si è osservato, che la tutela di funzioni caratterizza prevalentemente gli illeciti contravvenzionali. Sul punto cfr. anche T. PADOVANI, Tutela di beni e tutela di funzioni, cit., 429, il quale propone la distinzione, come noto accolta dalla Circolare del 5 febbraio 1986 sui criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni, tra norme di carattere preventivo-cautelare, volte alla tutela anticipata di beni giuridici quali la vita, l'integrità fisica ecc e norme concernenti la disciplina di attività soggette ad un potere amministrativo, in vista del perseguimento di uno scopo di pubblico interesse.

La complessità di tale indagine deriva dalla circostanza che, a differenza di quanto accade per altri principi fondamentali del diritto penale quali il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole o il principio di legalità, il principio di offensività non trova una espressa enunciazione né a livello di normazione ordinaria, né a livello costituzionale.

In realtà, nonostante la mancanza di chiari referenti normativi da cui ricavare in maniera inequivocabile l'immanenza di un siffatto principio nell'ordinamento giuridico penale, è stato autorevolmente sostenuto che lo stesso trovi riconoscimento già all'interno del codice penale, e in particolare, nell'art. 49 comma 2 che, come noto, disciplina il c.d. reato impossibile, escludendo la punibilità dell'agente nell'ipotesi in cui tanto per l'idoneità dell'azione, quanto per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

La costruzione del reato impossibile quale istituto che esprime il principio generale dell'effettiva e necessaria offensività del fatto nasce dall'indiscussa esigenza logico-giuridica, e ancor prima equitativa, di adeguare le fattispecie incriminatrici astratte alla realtà degli accadimenti concreti e alle numerose varianti di condotte umane riconducibili ai modelli normativi.

A ben vedere, infatti, la tendenza alla generalizzazione a cui il legislatore è obbligato nel delineare le fattispecie incriminatrici reca con sé l'evidente rischio che fatti conformi al modello legale astratto si rivelino in concreto carenti di contenuto lesivo nei confronti dell'interesse tutelato dalla norma.

Se è pur vero che una siffatta eventualità può essere ridotta da una tecnica di formulazione della fattispecie particolarmente accorta, è altrettanto certo che non potrà essere completamente eliminata in quanto strettamente connaturata all'astrazione normativa⁷⁷.

Ebbene, pur condividendo dette premesse e conseguentemente la tesi che considera l'art. 49 secondo comma c.p. il naturale ancoraggio normativo della concezione realistica del reato, non si può prescindere dall'analisi delle diverse interpretazioni che negli anni hanno caratterizzato detta disposizione e che ne hanno, in modi differenti, limitato la sua portata di principio generale.

⁷⁷ G. NEPPI MODONA, *Il Reato impossibile*, cit., 262. In tal senso, il secondo comma dell'art. 49 c.p, garantendo le imprescindibili esigenze di adeguamento della norma alla realtà sociale in cui è chiamata ad operare, sarebbe espressione del c.d. principio della concezione "realistica" dell'illecito penale. In senso analogo anche M. GALLO, *Appunti*, Vol. II, parte II, cit., 90.

Come noto, infatti, secondo l'impostazione tradizionale, il reato impossibile per inidoneità dell'azione altro non sarebbe che il "doppione in negativo" dell'art. 56 c.p., configurando dunque un'ipotesi di tentativo inidoneo⁷⁸.

Secondo questa lettura, la funzione di tale norma non sarebbe tanto quella di escludere la punibilità per il tentativo inidoneo – soluzione cui si giungerebbe difatti già in forza della diretta applicazione dell'art. 56 – quanto piuttosto quella di far discendere dalla stessa l'applicabilità di misure di sicurezza⁷⁹.

Ragionando sulla base di tali considerazioni, risulta evidente la specularità delle situazioni disciplinate dagli art. 49 secondo comma e 56 c.p.: a seconda, infatti, dell'idoneità o dell'inidoneità degli atti rispetto alla realizzazione della fattispecie criminosa voluta dall'agente, il soggetto risponderà rispettivamente di tentativo ex art. 56 comma 1 ovvero, in applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p., non potendo essere punito, trattandosi di tentativo inidoneo, soggiacerà in caso di sua accertata pericolosità all'applicazione di una misura di sicurezza.

Per semplificare, se gli atti risultano idonei sarà integrata la fattispecie del delitto tentato, se per contro risultano inidonei sarà applicabile la disciplina del reato impossibile, risultando chiaro che l'idoneità e la non idoneità andrebbero accertati con il medesimo criterio, quello della c.d. prognosi postuma, ossia con un giudizio ipotetico *ex ante* ed in concreto, dovendo gli atti essere valutati con riferimento alla situazione di fatto in cui sono avvenuti e rispetto al momento in cui la condotta è stata posta in essere dall'agente⁸⁰.

La tesi esposta tuttavia non risulta pienamente convincente, in quanto non in grado di superare tutta una serie di obiezioni, testuali e sistematiche, che alla

⁷⁸ Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV° ed. a cura di L. CONTI, Giuffrè, Milano, 2003, 499 e ss.; M. Romano, *Commentario*, cit., 513.

⁷⁹ Il reato impossibile, insieme all'accordo criminoso e all'istigazione non seguiti dalla commissione del reato cui l'accordo o l'istigazione erano finalizzati, rientra nella categoria dei c.d. "quasi reati" ovvero di quelle fattispecie per le quali l'art. 202 comma 2 c.p. prevede, previa verifica della "pericolosità sociale" dell'agente, l'applicazione di una misura di sicurezza (in genere, la libertà vigilata). Sul punto vedi A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, cit., 421. Per una ricostruzione del reato impossibile cfr. anche G. PANUCCI, Il principio di necessaria offensività: dalla concezione realistica del reato ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, in Temi di diritto penale, a cura di M. TRAPANI e A. MASSARO, in corso di pubblicazione.

⁸⁰ G. LICCI, Reato putativo e reato impossibile in AA.VV., Commentario sistematico al codice penale, diretto da M. RONCO, vol. 2, tomo I, Zanichelli, Bologna, 2007, 783, il quale sottolinea la similitudine di ricostruzione con l'ordinamento tedesco, il quale al 3° comma del f § 23 StBG prevede il tentativo inidoneo, fattispecie punibile e collocata nella stessa disposizione sulla punibilità del tentativo. In particolare esso stabilisce che, se per grossolana incomprensione, l'autore non si sia reso conto che il tentativo non avrebbe potuto in alcun caso condurre alla consumazione, il giudice può discrezionalmente attenuare o condonare la pena.

stessa sono state mosse e che hanno rilevato come, in realtà, la simmetria tra le due norme sia solo apparente.

In primo luogo, si è fatto riferimento alla differente qualificazione del termine "evento" ⁸¹ presente nelle due norme: mentre infatti è affermazione quasi del tutto pacifica che l'evento di cui è richiesta la non verificazione per la configurabilità del tentativo⁸² vada inteso in senso naturalistico, l'evento impossibile di cui all'art. 49 comma 2 c.p., qualificato espressamente come "dannoso o pericoloso", fa evidentemente riferimento al concetto nella sua accezione giuridica. E ciò in quanto se così non fosse (ossia se l'art. 49 comma 2 c.p. facesse riferimento all'evento in senso naturalistico) non solo la norma resterebbe ingiustificatamente applicabile ai soli reati di evento⁸³, ma diverrebbe altresì inutile: l'impossibilità dell'evento naturalistico determinerebbe, infatti, già sotto il profilo oggettivo, la non completa realizzazione di un fatto penalmente rilevante per mancata integrazione di tutti gli elementi della fattispecie astratta, con conseguente non punibilità dell'autore per il reato che intendeva realizzare e che, di fatto, non ha realizzato; sempre che, ovviamente la condotta posta in essere non integri di per sé stessa tentativo, con conseguente diretta applicabilità dell'art. 56 c.p.84. Seppur già da questa prima obiezione sia possibile ravvisare l'incongruità della tesi tradizionale, è con il confronto letterale degli articoli 49 e 56 c.p. che si evince l'incapacità della stessa di chiarire il vero significato e lo scopo della norma.

_

⁸¹ Sul significato del termine "evento" e sulla contrapposizione tra "evento in senso giuridico" e "evento in senso naturalistico" cfr. M. GALLO, Appunti, cit., 91, secondo cui mentre con la prima locuzione si deve intendere "l'effetto naturale dell'azione, il risultato fisico, fisiologico o psichico del movimento corporeo dell'agente o quello che va imputato alla sua condotta omissiva in quanto non impeditiva degli effetti delle condizioni positive che lo hanno naturalisticamente cagionato: insomma la modificazione del mondo esterno rilevante per il diritto", con la seconda si fa riferimento all'offesa all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

⁸² Il delitto tentato, alla stregua della sua stessa definizione normativa, si sostanzia in un comportamento incompleto rispetto allo schema legale della norma incriminatrice di parte speciale, cioè in atti che non integrano l'azione tipica nei reati di mera condotta, ovvero in un'azione non seguita dall'evento naturalistico nei reati materiali, come ben dimostra la contrapposizione di cui alla clausola negativa dell'art. 56 c.p.: "se l'azione non si compie o l'evento non si verifica".

⁸³ Si noti infatti che dalla formula "generalissima" utilizzata dal legislatore per descrivere il reato impossibile valevole per tutti i "reati", siano essi delitti o contravvenzioni, discende *a fortiori* la configurabilità dell'evento in termini giuridici, stante la struttura di reati di mera condotta comune alla maggior parte degli illeciti contravvenzionali.

⁸⁴ Chiaro sul punto G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 263;

M. GALLO, Dolo (dir.pen) (voce), in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, 783.

Innanzitutto, configurando il reato impossibile come tentativo inidoneo non si comprenderebbe il motivo per il quale il legislatore avrebbe dovuto anticipare in forma negativa, e dunque come inidoneità, quanto l'art. 56 c.p., poco più avanti, provvede a definire in positivo, come idoneità.

Né sarebbe sufficiente a recuperare l'utilità sistematica della norma il fatto che la legge abbia previsto l'assoggettabilità dell'autore a misure di sicurezza, posto che, riferendosi l'art. 56 c.p. ai soli delitti e l'art. 49 comma 2 c.p. al "reato" in generale (comprensivo dunque anche delle contravvenzioni), si arriverebbe all'inaccettabile conclusione per cui, se ci fosse un tentativo di contravvenzione risultando gli atti commessi idonei alla sua realizzazione, l'autore andrebbe esente da ogni punizione ex art. 56 cp., riferendosi questa disposizione solo al tentativo di "delitto", mentre, qualora gli stessi atti fossero, viceversa, inidonei alla realizzazione dello stesso fatto contravvenzionale, e quindi in presenza di una ipotesi sicuramente meno grave, all'agente potrebbe essere applicata una misura di sicurezza ex art. 49 comma 2 c.p.. In tal modo un comportamento meno grave andrebbe irragionevolmente incontro a sanzione penale, al contrario di quello più grave cui non potrebbe applicarsi né la pena né la misura di sicurezza⁸⁵.

Ma il vero punctum dolens della tesi tradizionale che concepisce il reato impossibile come tentativo inidoneo è quello di non tenere in stretta considerazione il dato letterale delle due norme, posto che, mentre nell'art. 56 c.p. compare il termine "atti" idonei, nell'art. 49 comma 2 c.p. si parla di "azione" non idonea.

Sicché sarebbe difficile ipotizzare che alla differente formulazione utilizzata dal legislatore non corrisponda l'attribuzione di un significato diverso alle due disposizioni: mentre, infatti, gli "atti" necessari per l'integrazione del tentativo sono quelli che, per definizione, non approdano alla compiuta realizzazione dell'elemento oggettivo costitutivo di una fattispecie incriminatrice di parte speciale, al contrario, ai fini della configurabilità del reato impossibile, è necessario che l'agente abbia già realizzato una "azione" di per sé tipica. Il che può essere ragionevolmente spiegato solo ritenendo che detta "azione" – da intendersi come sinonimo di intero fatto oggettivo di reato – pur risultando conforme allo schema descrittivo di una norma incriminatrice di parte speciale,

42

⁸⁵ M. GALLO, *Appunti*, cit., 100. *Contra* M. ROMANO, *Commentario*, cit., 513, secondo il quale anche il reato impossibile andrebbe riferito ai soli delitti.

sia tuttavia in concreto, per un qualsiasi motivo, "inidonea" a cagionare – come richiede espressamente l'art. 49 comma 2 – l'"evento dannoso o pericoloso".

In altri termini, il reato c.d. impossibile farebbe, in realtà, riferimento ai casi in cui l'agente realizzi un fatto solo apparentemente corrispondente alla figura astratta di un reato, ma che risulti in concreto inoffensivo dell'interesse specificamente tutelato dalla norma incriminatrice⁸⁶.

All'autonomia di funzione dell'art. 49 secondo comma c.p. rispetto all'art. 56 c.p. corrisponde, peraltro, una diversificazione del giudizio di idoneità: mentre infatti, come già detto, la valutazione dell'idoneità degli "atti" nel delitto tentato presenta un contenuto dinamico ed ipotetico (giudizio ex ante in concreto: c.d. "prognosi postuma"), l'idoneità dell'"azione" nel reato impossibile dà luogo ad un accertamento statico, di carattere storico ed ex post, sull'essersi o meno verificata in concreto l'offesa dell'interesse tutelato, dal quale esula ogni considerazione di carattere potenziale o di previsione⁸⁷.

Ebbene, per evitare le anomalie sopra evidenziate, la conclusione è, come si è detto, pressoché obbligata: il reato impossibile per inidoneità dell'azione, lungi dal

-

⁸⁶ Esemplificativi in tal senso gli esempi riportati da G. PANUCCI, Il principio di necessario offensività, cit., ai fini della distinzione tra reato impossibile e tentativo. L'A., dopo aver riportato il classico esempio del furto di acino d'uva, considera le diverse ipotesi in cui un soggetto venga sorpreso di notte in piedi su un masso appoggiato su un muro di una villa, mentre cerca di raggiungere con le mani il bordo del muro senza, tuttavia, riuscirvi perché troppo alto e quella in cui, diversamente, il medesimo soggetto venga sorpreso mentre sta salendo su una scala che ben gli consentirebbe di oltrepassare il muro. Ebbene, nel primo caso, non solo non viene integrata la fattispecie di violazione di domicilio di cui all'art. 614, ma neanche quella di tentativo di violazione, in quanto gli atti compiuti dall'agente, pur potenzialmente diretti a commetterlo, risultano in concreto del tutto inidonei all'introduzione nella villa. Di conseguenza, in tale ipotesi, la non punibilità dell'agente discenderà non già dall'applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p., che postula un'azione conforme ad una data fattispecie incriminatrice, bensì dal fatto che nel nostro ordinamento, alla luce dell'art. 56 c.p., la soglia minima di rilevanza penale è rappresentata dal compimento di "atti idonei" oltre che "diretti in modo non equivoco" a commettere un delitto. Diversamente, nella seconda ipotesi gli atti sono sia diretti in modo non equivoco che idonei all'integrazione del reato di cui all' art. 624 c.p., con la conseguente punibilità dell'agente a titolo di tentativo - e sempre che sia altresì presente il dolo - secondo il combinato disposto degli articoli 56 e 624 c.p.

⁸⁷ Cfr. F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit. 73, secondo il quale il giudizio diretto ad accertare se si è verificata l'offesa deve essere impostato con riguardo all'interesse protetto dalla specifica norma incriminatrice. Detta considerazione muove dall'assunto – già sottolineato da M. GALLO, Dolo (dir.pen.)(voce), cit., 783 – secondo cui il vero interesse oggetto di tutela deve essere individuato attraverso tutti gli elementi risultanti dallo schema descrittivo, con la conseguenza che ad ogni norma corrisponde uno specifico e peculiare interesse tutelato. L'A. sottolinea inoltre come l'indagine diretta ad accertare se il fatto conforme al tipo sia altresì offensivo dell'interesse tutelato deve essere limitata alla fattispecie in sé e per sé considerata, a prescindere dalla valutazione di circostanze esterne alla realizzazione del tipo descrittivo, e ciò al fine di evitare che nella valutazione dell'offesa possano rientrare considerazioni metagiuridiche, morali-economiche o sociali, e ciò in ossequio al principio di stretta legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost.

riferirsi alle ipotesi di tentativo inidoneo, acquista una portata applicativa e un significato autonomo rispetto all'art. 56 c.p., rappresentando un fatto storico integralmente conforme al tipo, ma in concreto inoffensivo.

La disposizione in questione, più esattamente, traduce nel diritto positivo il principio che subordina la costruzione dell'illecito all'effettiva lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato, così dimostrando la piena adesione del codice penale vigente alla c.d. "concezione realistica del reato" che, per l'appunto, concepisce quest'ultimo come fatto non solo conforme allo schema descrittivo previsto dalla norma incriminatrice, ma altresì capace di esprimere il momento di disvalore, ossia l'offesa per cui il fatto stesso è stato qualificato come reato dal legislatore⁸⁸.

Da ciò deriva che, nel nostro ordinamento, il requisito dell'offesa non è necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre ad avere tutti i requisiti di tipicità richiesti dalla norma incriminatrice, si riveli, anche nel caso concreto, carico di quel significato lesivo in forza del quale il legislatore ha previsto la sanzione penale⁸⁹.

Per utilizzare una terminologia ormai sufficientemente diffusa, è ben possibile che si realizzi uno "scarto" tra semplice conformità del fatto al modello legale ed effettiva lesione dell'interesse tutelato, posto che, anche in presenza di tecniche legislative di formulazione delle fattispecie particolarmente progredite, non è totalmente eliminabile l'eventualità che le infinite modalità e circostanze che accompagnano il fatto concreto possano rendere lo stesso sostanzialmente non

-

⁸⁸ Cfr. NEPPI-MODONA, Il reato impossibile, cit., 264. Nello stesso senso, M. Gallo, Dolo (dir.pen.)(voce), cit., 786; ID., I reati di pericolo, in Foro pen., 1969, 8, e più recentemente ID., Appunti, vol. II, parte II cit., 101 e ss.; ; F. Bricola, Teoria generale del reato, cit., 72 e ss. Sul principio di offensività vedi altresì, con differenti impostazioni: F. Mantovani, Il principio di offensività., cit., 182 e ss.; G. Vassalli, Considerazioni sul principio di offensività, in Studi Pioletti, Giuffrè, Milano, 1982, 659; A. Fiorella, Il reato, cit., 796; C. Fiore, Il reato impossibile, Jovene, Napoli, 1959, 22.

⁸⁹ Cfr. M. GALLO, Appunti, vol. II, cit., 101, che precisa come "il requisito dell'offesa non è considerato come necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche nel caso concreto e non unicamente in astratto, carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche". In altri termine per l'A. l'offesa rappresenta il contenuto del reato. In maniera parzialmente difforme F. Mantovani, Diritto penale, cit., 184, secondo cui l'offesa, appartenendo alla tipicità, è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie, sicché essa rappresenterebbe un requisito ulteriore di tipicità.

lesivo degli interessi tutelati, pur non intaccandone la conformità al modello legale 90.

L'art. 49 secondo comma c.p., così interpretato, costituirebbe dunque il fondamento codicistico del principio di offensività, imponendo pertanto al giudice di concludere il processo con formula assolutoria piena ogni qualvolta il fatto commesso dall'imputato, pur essendo conforme alla fattispecie prevista astrattamente dal legislatore, risulti in concreto inidoneo a ledere o mettere in pericolo l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

L'impostazione in parola ha ricevuto, peraltro, l'avallo della giurisprudenza la quale, in numerose occasioni, ha utilizzato il paradigma del reato impossibile per escludere l'offensività, e dunque la punibilità, di taluni comportamenti che, ancorché corrispondenti al modello legale, erano palesemente privi di ogni significato lesivo. 91

La non punibilità del falso "grossolano", "inutile" o innocuo" della truffa commessa con artifici e raggiri talmente scoperti da rendere avvertita anche la

_

⁹⁰ F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., 73, il quale sottolinea come detta possibilità di scarto tra conformità e lesività non si presenta con la medesima intensità presso tutte le fattispecie penali, ma varia a seconda del criterio utilizzato dal legislazione nella formulazione dei modelli legali: è molto rara nelle fattispecie casualmente orientate; frequente nelle fattispecie a forma vincolata, di mera condotta, in cui la descrizione del modello legale si mantiene in termini piuttosto ampi e generici; minima infine in quelle fattispecie a forma vincolata, sia di mera condotta che a evento naturalistico, in cui la tipicizzazione del fatto illecito è estremamente minuziosa e dettagliata. Pertanto, il dato tendenziale è quello per cui più si rispetta l'esigenza di tassatività della fattispecie espressa dall'art. 25, comma 2 Cost., più diminuisce la possibilità di applicare l'art. 49, comma 2 c.p. Sempre sull'incidenza della formulazione della fattispecie sulla configurabilità del reato impossibile cfr. G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 264, il quale sottolinea la difficoltà di applicare il principio sancito dall'art. 49, comma 2 c.p. anche nelle ipotesi in cui lo schema astratto contiene elementi che implicano necessariamente una valutazione in termini di disvalore nei confronti dell'interesse protetto, come accade ad esempio nelle fattispecie in cui si richiede che i mezzi usati abbiano una particolare attitudine in relazione all'offesa contenuta nel reato (art. 367 c.p.: simulazione delle tracce di un resto in modo che si possa iniziare un procedimento penale per accertarle), posto che in tali casi l'integrazione degli elementi costitutivi del modello legale comporta automaticamente la lesione dell'interesse, avendo il legislatore anticipato già a livello astratto quei requisiti che normalmente intervengono nella successiva valutazione in concreto circa l'effettiva lesione dell'interesse tutelato.

⁹¹ Fondamentale sul punto Corte Cost. 26 marzo 1986 n. 62, in CED Cass., 1986, n. 12302 secondo cui "poiché nel nostro ordinamento vige il principio di offensività, alla cui luce – sia esso, o meno, di rango costituzionale – ogni interpretazione di norme penali va condotta, è compito del giudice, e non obbligo del legislatore, stabilire, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell'art. 49, comma secondo, c.p. (c.d. reato impossibile), se una concreta fattispecie sia idonea o meno ad offendere i beni giuridici tutelati dalle normative in discussione, al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante; entro la quale al giudice stesso spetta, comunque, graduare la pena in ragione della gravità del reato e delle circostanze".

 $^{^{92}}$ I reati contro la fede pubblica sono, senza dubbio, il tradizionale campo di applicazione del reato impossibile, posto che non tutte le condotte di falsificazione si rivelano in concreto idonee a ledere

persona più ingenua, della calunnia formulata mediante accuse paradossali, della simulazione di reato in cui la cui non verosimiglianza del fatto sia talmente palese da escludere anche la mera possibilità che inizi un procedimento penale, della coltivazione di sostanze stupefacenti completamente inidonea a raggiungere qualsivoglia efficacia drogante⁹³, sono tutti esempi di come la giurisprudenza ha sentito la necessità di "correggere" in sede giudiziaria il c.d. scarto tra legalità meramente "formale" e offensività.

Anticipando sin da ora quanto sarà dettagliatamente analizzato nel prosieguo della trattazione, un altro campo in cui la giurisprudenza ha fatto uso dell'art. 49 secondo comma c.p. al fine di escludere la punibilità del soggetto agente per condotte tipiche ma inoffensive è quello dei reati ambientali.

In generale, infatti, nonostante la maggior parte di essi siano stati formulati con la tecnica propria dei reati di pericolo, in più occasioni si è richiesto l'accertamento in concreto dell'idoneità delle condotte, di volta in volta poste in essere, alla lesione o messa in pericolo del bene ambiente.

L'esigenza di evitare di sanzionare comportamenti in realtà non offesivi in quell'ottica di adeguamento della norma giuridica alla realtà sociale si è resa evidente, in particolare, in tutte quelle fattispecie a tutela dell'ambiente ove la punizione è ancorata al superamento di determinate soglie quantitative o limiti tabellari.

l'interesse alla veridicità e genuinità dei mezzi di prova. Per tale ragione si è posto il problema di distinguere le ipotesi di falsità meritevoli di sanzione penale dai casi di falsità c.d. tollerabile, facendo ricorso alle categorie del falso grossolano, innocuo e inutile. In particolare il "falso grossolano", le cui ipotesi più frequenti a livello giurisprudenziale si rinvengono con riferimento al falso nummario e alla contraffazione di segni distintivi, si ha quando la contraffazione o alterazione è talmente riconoscibile da poter essere percepita da chiunque (cfr. Cass. Pen., sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3336 in Riv. Pen., 2001, 273, in cui si precisa che la contraffazione grossolana, non punibile ex art. 49 co. 2 c.p., è solo quella che si concreta in un'imitazione così ostentata e macroscopica per il grado di incompiutezza da non poter trarre in inganno nessuno. Nello stesso senso, ma con riferimento alla contraffazione di segni distintivi, cfr. Cass. Pen., sez. II, 3 aprile 2008, n. 16821, in CED Cass., 2008 n. 239783). Il c.d. "falso innocuo", invece si ha quando la contraffazione o l'alterazione, seppur astrattamente idonea ad ingannare, non è in concreto in grado di ledere l'interesse protetto. Il cd. "falso inutile", invece, differisce dalle situazioni esaminate in precedenza in quanto configura un'ipotesi di reato impossibile per inesistenza dell'oggetto e non per inidoneità dell'azione, che si ha quando la falsità investe un atto o una parte di essa privi di valenza probatoria.

93 Vedi per tutte Cass. Pen. S.U., 24 aprile 2008 nn. 28605 e 28606, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1521 secondo cui "ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile".

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie contravvenzionale di pericolo prevista dall'art. 674 c.p., a cui la giurisprudenza ha ricondotto, avvalendosi di un'interpretazione "estensiva" del verbo "gettare" e del termine "cose", la condotta di chi emette nell'ambiente onde elettromagnetiche di cui si lamenti la pericolosità. 94

Ebbene, lasciando da parte le problematiche legate al rispetto del principio di legalità, sub specie del divieto di analogia in materia penale che detta interpretazione ha sollevato nonché quelle relative ai rapporti con l'illecito amministrativo di cui all'art. 15 della Legge-quadro n. 36 del 2001⁹⁵,

-

⁹⁴ Per sancire l'astratta configurabilità del reato di getto pericoloso di cose nell'ipotesi di emissione di onde elettromagnetiche, si è fatto riferimento a un duplice argomento, logicosistematico, l'uno, e naturalistico, l'altro. In primo luogo, la suprema Corte ha sottolineato che il vigente codice penale si è posto il problema dell'inquadramento dell'energia, dettando la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 624 c.p., con la quale ha equiparato, agli effetti della legge penale, l'energia elettrica e le altre energie aventi valore economico alle cose mobili. Alla stregua di tale norma, si possono inserire, nella categoria concettuale delle cose mobili, anche gli oggetti non materiali che siano dotati però di una loro individualità fisica, suscettibili di misurazione e utilizzazione, come appunto le energie. Sarebbe proprio la nozione di cosa penalmente rilevante che consentirebbe di attribuire all'art. 674 c.p. un significato più ampio di quello originariamente conferitogli, idoneo a ricomprendere anche il fenomeno dell'elettrosmog. Tale soluzione sarebbe confermata, dal punto di vista naturalistico, dalla considerazione che l'energia elettromagnetica è dotata di una sua fisicità, ben potendo essere misurata, utilizzata per gli scopi più diversi e fatta oggetto di appropriazione, risultando "altrettanto reale della sedia su cui ci si accomoda". Una volta ammesso che le onde elettromagnetiche possono essere comprese nel concetto di cosa, la giurisprudenza ha poi ritenuto che la condotta consistente nel propagare o diffondere le onde elettromagnetiche possa integrare gli estremi della condotta tipica, in particolare di quella di getto, atteso che il termine 'gettare' è di ampia portata e indica non solo l'azione di chi lancia qualcosa in qualche luogo, ma anche quella del mandar fuori, emettere, espellere. (Cfr. Cass., sez. I, 14 ottobre 1999 e Cass., sez. I, 13 ottobre 1999, in Foro it., 2001, con nota di AMENDOLA, Inquinamento elettromagnetico, d.m. 381/98 e art. 674 c.p. Successivamente questo orientamento è stato recepito dalla pressoché unanime giurisprudenza di merito e di legittimità: Cass. pen., sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, in Cass. pen., 2009, 96 con nota di L. GIZZI, La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?; Cass., sez. III, 15 aprile 2009 in CED Cass., n. 243431).

⁹⁵ La legge-quadro 36 del 2001, nel dettare un'organica disciplina del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico, ha introdotto un apposito apparato sanzionatorio amministrativo, volto a reprimere le principali violazioni delle prescrizioni da essa dettate. In particolare, l'art. 15 comma 1 prevede una sanzione amministrativa per chiunque, salvo che il fatto costituisca reato, "nell'esercizio o nell'impiego di una sorgente o di un impianto che genera campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici supera i limiti di esposizione e i valori di attenzione di cui ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri previsti dall'art. 4 comma 2(..)". Con l'introduzione di detta fattispecie si è posto il problema dei rapporti tra essa e l'ipotesi disciplinata dall'art. 674 c.p.: in particolare, si è trattato di accertare se fra le due norme sussista un concorso apparente (con la conseguenza che una sola fra le disposizioni che sembrano idonee a sanzionare il fatto di colui che provoca emissioni elettromagnetiche superiori ai limiti di legge e idonee a offendere o molestare le persone, trovi applicazione) ovvero debba affermarsi un concorso tra reato e illecito amministrativo, con conseguente applicabilità di entrambe. Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria ha negato possa ritenersi sussistente il concorso apparente in quanto non ipotizzabile un rapporto di specialità (ex

l'orientamento giurisprudenziale maggioritario⁹⁶ ha ritenuto non sufficiente, ai fini dell'applicabilità della sanzione penale, il mero superamento dei limiti tabellari stabiliti da fonte sublegislativa, essendo necessaria anche la verifica della concreta attitudine della condotta a ingenerare una situazione di pericolo per la salute umana.

In altri termini, ai fini della configurabilità della suddetta fattispecie contravvenzionale è necessario l'accertamento in concreto, e caso per caso, dell'idoneità delle onde propagate ad offendere, o quantomeno molestare, le persone ad esse esposte⁹⁷, in quanto il mero superamento dei valori soglia non è indice dell'idoneità offensiva della condotta.

artt. 15 c.p. e 9 della Legge n. 689/1981) tra le due fattispecie "dal momento che esso presuppone la ricorrenza di più norme che disciplinano la stessa materia e la presenza, in una di esse, di elementi specifici idonei a differenziarla da quella concorrente, onde evitare che condotte equivalenti siano punite, anche con sanzioni diverse da quelle penali, due o più volte. Nell'ipotesi in esame, invece, non sarebbe applicabile il principio di specialità, perché le disposizioni previste dall'art. 674 c.p. e dall'art. 15 della legge n. 6/2001 non solo sono dirette alla tutela di beni giuridici differenti, ma presuppongono anche il verificarsi di eventi diversi. Infatti, nel citato art. 15 la condotta è punita con sanzione amministrativa solo se vengono superati i limiti previsti dalla legge, mentre nell'ipotesi dell'art. 674 c.p. la condotta è punibile, a prescindere dal superamento di detti limiti, per il solo fatto di aver cagionato offesa o molestia alla persona, tutelando le due norme diversi beni giuridici: la disposizione della legge speciale l'interesse dello Stato all'osservanza di specifici parametri dettati per la materia dell'inquinamento elettromagnetico, e quella del codice penale la salvaguardia della pubblica utilità" (così Cass. pen., sez. I, 14 marzo 2002, in Cass. pen., 2003, 465; Cass. Pen., sez. I, 31 gennaio 2002, in Dir. pen. proc., 2002, 448, con nota di E. CALCAGNO Elettrosmog: illecito penale o amministrativo?. In dottrina, per tutti: L. RAMACCI, Manuale di diritto penale dell'ambiente, Cedam, Padova, 2009, 480. In senso critico, nei confronti della giurisprudenza che ammette il concorso tra art. 15 della legge n. 36/2001 e art. 674 c.p. Vedi L. GIZZI, Il getto pericoloso di cose, Jovene, Napoli, 2008, 175.)

96 Cfr. a tal proposito Cass. pen., sez. III, 26 settembre 2008, cit., 969. Nello stesso senso anche anche Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2002, in *Riv. amb.*, 2002, 752.; Cass. Pen., sez. IV, 24 aprile 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 luglio 2011, con nota di L. GIZZI, *Inquinamento elettromagnetico e responsabilità penale: la Cassazione sul caso Radio Vaticana*; *Contra*: Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 1994, in *Cass.pen.*, 1995, 3346; Cass. Pen., sez. I, 31 gennaio 2002, cit., 1489, secondo cui il pericolo di nocività delle emissioni elettromagnetiche deve ritenersi sussistente per il solo fatto che, nel caso concreto, siano stati superati i limiti fissati dalla normativa vigente in materia di inquinamento da campi elettromagnetici senza che sia necessaria alcuna ulteriore prova che il disturbo o il disagio si siano realmente verificati.

97 Il motivo di tale interpretazione risiede, non solo nell'esigenza di evitare un'interpretazione abrogante dell'art. 15 della L. 36 del 2001 cui diversamente opinando si andrebbe incontro, ma soprattutto nella circostanza che, altrimenti, si introdurrebbe una presunzione di pericolosità nell'emissione di onde elettromagnetiche superiori ai limiti normativamente previsti ingiustificata, posto che le soglie normativamente fissate, in mancanza di certezze scientifiche in ordine ai rischi connessi all'esposizione ai campi elettromagnetici, hanno uno scopo meramente precauzionale. Trattandosi di un reato di pericolo concreto, infatti, il superamento dei valori-soglia non è indice dell'idoneità offensiva della condotta. Il pericolo per la pubblica incolumità, al contrario, deve essere accertato in concreto, tenendo conto di tutte le circostanze fattuali – quali, a titolo esemplificativo, le caratteristiche del luogo ove è posta la sorgente che genera campi elettromagnetici, la presenza di persone esposte e la loro tipologia, i tempi di esposizione, le modalità di funzionamento dell'impianto, le condizioni climatiche – e non può essere desunto

3.1. Le critiche alla concezione "realistica" del reato

L'esposta tesi che ravvisa nell'art. 49 secondo comma c.p. l'affermazione della concezione realistica del reato ha suscitato motivi di perplessità e di critica sotto molteplici punti di vista.

Si è in primo luogo obiettato che l'art. 49 secondo comma c.p. non offre alcun criterio attraverso cui accertare l'offensività o l'inoffensività di un comportamento conforme al tipo descrittivo, limitandosi ad enunciare una prescrizione a carattere generale, dalla quale esorbita ogni riferimento alla natura degli interessi tutelati⁹⁸.

Per risolvere l'impasse si apre all'interprete un'alternativa: o rintracciare l'interesse tutelato sulla base della descrizione normativa delle singole figure di illecito oppure sostenere il rinvio dell'art. 49 secondo comma c.p. a criteri extranormativi⁹⁹.

Ebbene, ritenendo la seconda soluzione inaccettabile in quanto contrastante con il principio della certezza del diritto e fonte di possibili arbitrii da parte del giudice nell'individuazione dell'interesse protetto, il ricorso alla prima sembrerebbe escludere *a priori* la possibilità di scarto tra tipicità e offensività poiché, se l'interesse tutelato deve essere dedotto dall'intera struttura della fattispecie, risulterebbe una contraddizione logica ritenere un fatto conforme ad essa ma non lesivo dell'interesse¹⁰⁰. Difatti, nel momento in cui il legislatore configura una determinata fattispecie astratta al fine di tutelare uno specifico interesse dalla particolare modalità di aggressione in cui si sostanzia quel tipico reato

automaticamente dalla violazione dei limiti quantitativi, entro cui la normativa di settore consente le emissioni inquinanti.

⁹⁸ Chiaro sul punto F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 28. Cfr. anche G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile* (voce), cit., 267. In altri termini, che il danneggiamento di cose di nessun valore o il falso grossolano non siano lesivi dell'interesse tutelato sarebbe una conseguenza non deducibile dall'art. 49 comma 2 c.p., posto che, in tale norma, non vi è alcun riferimento al bene protetto dall'art. 635 c.p. e dagli artt. 476 e ss. c.p.

⁹⁹ F. STELLA, La teoria del bene giuridico, cit., 29. L'A. fa riferimento ad un giudizio operato alla stregua di norme sociali, di civiltà o di costume.
100 Ibidem.

risulterebbe impossibile, già sul piano logico, ammettere la configurabilità di un fatto "conforme alla fattispecie" e tuttavia inoffensivo¹⁰¹.

In altri termini, l'offesa all'interesse protetto sarebbe essa stessa requisito necessario di tipicità, con la conseguenza che un fatto inoffensivo risulterebbe non punibile perché atipico o "apparentemente tipico", senza che vi sia la necessità di "scomodare" l'art. 49, comma 2 c.p. ai fini dell'esclusione della sanzione penale. 102 A ben vedere, però, un simile rilievo critico pecca sotto alcuni profili: tralasciando di considerare che l'art. 49 secondo comma c.p., essendo un principio di teoria generale del reato, non ha la funzione di concorrere a individuare la natura degli interessi tutelati dalle singole norme incriminatrici di parte speciale, esso non tiene in debita considerazione la "specifica dimensione sociale concreta che l'interesse assume in sede di valutazione di lesività" 103.

Come precedente visto, difatti, il modello legale non è mai in grado di scontare tutte le varianti del caso concreto in quanto la generalità e l'astrazione sono le caratteristiche naturali dell'attività di regolazione: esse consentono al legislatore di disciplinare una serie di fattispecie applicabili ad un numero indeterminato di casi futuri e ad un numero indeterminato di persone, utilizzando il criterio dell'id quod plerumque accidit. Sicché non può escludersi la presenza, nella realtà fattuale, di comportamenti che, ancorché a livello formale riproduttivi dello schema descrittivo di una data norma incriminatrice, risultino in concreto inoffensivi dell'interesse dalla stessa tutelato.

_

¹⁰¹ In chiave critica rispetto alla concezione realistica cfr. anche M. ROMANO, Commentario, cit., 514 e ss. L'A. afferma che la configurabilità di un fatto conforme alla fattispecie incriminatrice e ciò nonostante non punibile, ex art. 49 comma 2 c.p., in quanto concretamente inoffensivo non è sostenibile neanche sotto il profilo dogmatico. Difatti, le fattispecie criminose sono create dal legislatore con la descrizione di elementi costitutivi pensati, tuttavia, globalmente come "unità offensiva" dannosa o pericolosa nei confronti di un bene giuridico che si vuole tutelare. Pertanto, è indubbio che la conformità al tipo coincida con il contenuto sostanziale d'illiceità secondo la valutazione del legislatore, con la conseguente impossibilità di configurare un fatto tipico, ma inoffensivo.

¹⁰² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale, cit., 479; G. FIANDACA, Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione giurisprudenziale e prassi giudiziaria, in Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale, a cura di A. M. STILE, Jovene, Napoli, 1991, 67; F. STELLA, La teoria del bene giuridico, cit., 29 e ss.; P. NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Cedam, Padova, 1982, 419; A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, cit., 434. Per un quadro delle critiche formulate da una parte della dottrina alla concezione realistica dell'illecito vedi anche, con particolare chiarezza, G. PANUCCI, Il principio di necessaria offensività, cit

¹⁰³ L'espressione è di G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 268.

La critica alla concezione realistica pecca poi sotto un altro profilo, nel momento in cui non tiene conto della distinzione esistente tra il concetto di "corrispondenza formale al modello legale" da intendersi come realizzazione fattuale di tutti gli elementi descrittivi e normativi individuati dalla norma incriminatrice e quello di "tipicità", da intendersi, invece, come conformità alla fattispecie considerata ¹⁰⁴. Posta in questi termini, dunque, la possibilità di accettare la distinzione tra i concetti di "conformità esteriore al tipo" e offensività propugnata dalla concezione realistica diventa uno "pseudo-problema".

Affermare, infatti, che il fatto inoffensivo non è sussumibile nella fattispecie astratta (*rectius*: non è conforme alla fattispecie astratta) – assunto, questo, non messo in discussione dai fautori della concezione realistica – equivale a dire che detto fatto inoffensivo è sostanzialmente "atipico" 105.

Da ciò deriva la necessità di dover considerare l'offesa come un requisito ulteriore di "tipicità" del fatto con il conseguente venir meno di quello "scarto" tra offensività e tipicità che è l'oggetto principale delle critiche alla concezione realistica del reato¹⁰⁶.

Ad essere sottoposta a rilievi critici, tuttavia, non è stata solo la concezione realistica del reato, bensì anche la ricostruzione dei rapporti tra gli articoli 49 e 56 c.p. utilizzata per ancorare la necessaria offensività del fatto all'istituto del reato impossibile.

È stato difatti osservato come possano venire in rilievo determinate situazioni in cui nello sviluppo dell'*iter criminis* vengano posti in essere atti idonei, ma il

¹⁰⁴ Cfr. C. Fiore, Il principio di offensività, in Indice Penale, 1995, 284; G. Vassalli, Considerazioni sul principio di offensività, cit., 670; M. Gallo, Appunti, cit., vol. II, pt. II, 97 e ID., Appunti, cit., vol. II, pt. I, 29 e ss. Quest'ultimo A. ricomprende nel concetto di antigiuridicità formale, da intendersi quale situazione di contrarietà rispetto alla norma incriminatrice, sia la corrispondenza del fatto al modello legale, sia la concreta realizzazione dell'offesa. Pertanto, affinché un fatto possa ritenersi corrispondente alla fattispecie astratta, e dunque "tipico" nel senso sopra visto, è necessario che lo stesso corrisponda allo schema descritto dal legislatore e che sia al contempo concretamente offensivo dell'interesse protetto.

¹⁰⁵ Il concetto di "atipicità" va inteso, come già detto, come non sussumibilità del fatto all'interno della fattispecie incriminatrice e non anche come mancata corrispondenza del fatto al modello legale.

¹⁰⁶ Cfr. G. PANUCCI, *Il principio di necessaria offensività*, cit., il quale sottolinea altresì come l'adesione all'impostazione che ravvisa nell'offesa un requisito ulteriore della tipicità dovrebbe comportare, sul piano processuale, l'adozione della formula assolutoria "il fatto non sussiste" piuttosto che "il fatto non costituisce reato".

modello criminoso unitariamente considerato si riveli in concreto privo di significato offensivo¹⁰⁷.

In tali casi, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione di non poter ricorrere né alla disciplina del reato consumato (stante l'inoffensività del fatto), né a quella del delitto tentato (dato che l'accertamento della conformità al tipo descrittivo preclude la possibilità di punire a titolo di tentativo), con la conseguenza che, in presenza di un comportamento di pari gravità o addirittura di gravità maggiore di quello punibile a titolo di tentativo, ci "si dovrebbe rassegnare a ripiegare sullo schema del reato impossibile" 108.

In realtà anche questa obiezione è superabile.

Come si è infatti sottolineato, in tali situazioni soccorre la riserva di punibilità prevista dal terzo comma dell'art. 49 c.p., nel caso in cui nel fatto ricorrano gli elementi costitutivi di un reato diverso¹⁰⁹.

Posto che il delitto tentato costituisce un diverso e autonomo titolo di reato rispetto a quello previsto dalla norma incriminatrice di parte speciale, non vi sono ostacoli a ritenere che il richiamo al "reato diverso" da parte delle suddetta disposizione comprenda anche il tentativo del reato che l'agente voleva realizzare e che in concreto si è risolto in un caso di mera conformità del fatto al modello legale.

Da ciò deriva che gli atti idonei realizzati durante lo svolgimento dell'iter criminoso andranno puniti, sempre che sussistano tutti gli altri presupposti, a

52

¹⁰⁷ Per una puntuale ricostruzione cfr. G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 271. L'esempio riportato dall'A. è quello di chi appresta una stampigliatura accuratissima per contraffare una firma, e poi fa uso di una stampatrice difettosa o inadeguata, per cui il falso risulta facilmente riconoscibile. In tal caso, osserva l'A., si perverrebbe alla insostenibile conclusione di qualificare il fatto come reato impossibile per inidoneità dell'azione, pur essendo stati realizzati atti idonei, quali la predisposizione di una stampiglia accuratissima, lasciando cosi impunito un fatto che riveste la medesima, se non maggiore gravità, di un delitto tentato. Sul punto cfr. F. STELLA, La teoria del bene giuridico, cit., 25.

¹⁰⁸ F. STELLA, La teoria del bene giuridico, cit., 25. L'A. sottolinea come non sia possibile uscire da questo impasse in quanto, da una parte, è escluso che si possa pensare ad un giudizio di idoneità ex art. 49 comma 2 c.p., che implichi un accertamento ex ante della inidoneità della condotta a produrre l'evento naturalistico o giuridico, in quanto ciò equivarrebbe a negare che detta norma ricomprenda nel suo ambito tutte le ipotesi in cui il fatto si sia rivelato, secondo un giudizio ex post, concretamente inoffensivo; dall'altra parte, non si può neanche sostenere che nelle ipotesi considerate, pur non esistendo il delitto consumato, esiste il delitto tentato: ragionando in questo modo si sarebbe costretti a circoscrivere l'applicabilità dell'art. 49 comma 2 c.p. ai casi di "atti idonei" e a negare, conseguentemente, che il termine "azione" possa essere inteso nel senso di "fatto formalmente conforme al tipo descrittivo".

¹⁰⁹ G. NEPPI MODONA, voce Reato impossibile (voce), cit., 269.

titolo di tentativo, con il conseguente assorbimento della misura di sicurezza prevista per il reato impossibile nella pena del delitto tentato¹¹⁰.

3.2. Il reato impossibile per inesistenza dell' oggetto.

Nel quadro della ricostruzione del ruolo dell'art. 49 comma 2 c.p. e, in particolare, della sua rilevanza quale fondamento positivo del principio di offensività, non ci si può limitare alla sola analisi del reato impossibile per "l' inidoneità dell'azione", posto che la disposizione fa espresso riferimento anche alla diversa ipotesi in cui l'evento dannoso o pericoloso risulta impossibile per "l'inesistenza dell'oggetto".

L'interpretazione di quest'ultimo inciso non è stata univoca, essendosi sul punto contrapposte diversi ricostruzioni ermeneutiche.

Secondo un primo orientamento, oggi tuttavia minoritario, con "inesistenza dell'oggetto" il legislatore avrebbe fatto riferimento all'oggetto "giuridico" del reato, ovvero a tutte quelle situazioni in cui verrebbe a mancare del tutto, in concreto, l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

Alla base di tale interpretazione vi è la considerazione per cui sarebbe incoerente, da un punto di vista logico-sistematico, attribuire alle due figure del reato impossibile (*sub specie*: " inidoneità dell'azione" e "inesistenza dell'oggetto") funzioni e significati totalmente differenti¹¹¹.

Al contrario, detta lettura consente di attribuire all'intero 49 comma 2 c.p. (e non solo al reato impossibile per "inidoneità dell'azione") il ruolo di fondamento giuridico-positivo del principio di offensività in concreto, avendo il legislatore tipizzato i due casi in cui è esclusa la punibilità dell'agente per il carattere inoffensivo del fatto realizzato.

A favore dell'interpretazione dell'inesistenza dell'oggetto dell'azione come mancanza del bene giuridico da offendere cfr. G. CONTENTO, Corso di diritto penale, Laterza, Bari, 2006, 622-623 e V. SERIANNI, voce Reato impossibile, in Enc. Giur. vol. XXVI, Treccani, 1991, 6. Sul punto cfr. anche G. LICCI, Reato putativo e reato impossibile, in AA.VV., Il Reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto (opera diretta da M. RONCO), Zanichelli editore, Bologna, 2011, 799.

¹¹⁰ Il tema è stato approfondito anche da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 79, il quale, pur non ritenendo la riserva di punibilità di cui all'art. 49 comma 3 c.p. operante nel caso di reato tentato avente il medesimo *nomen iuris* di quello che si voleva realizzare, osserva che non vi sono ostacoli alla punibilità a titolo di delitto tentato di atti idonei e diretti in modo non equivoco, inglobati in un fatto conforme al tipo descrittivo, sulla base di un interpretazione non formalistica dell'art. 56 c.p., in cui la positiva valutazione *ex ante* dell'idoneità degli atti non è preclusa da una successiva valutazione *ex post* di inidoneità dell'azione complessivamente considerata.

In altri termini, la non punibilità deriverebbe dall'impossibilità dell'evento dannoso o pericoloso, in un caso (reato impossibile per inidoneità dell'azione), perché il fatto, pur essendo formalmente conforme al modello tipizzato dalla norma incriminatrice, risulta in concreto inidoneo a realizzare l'offesa all'interesse da questa protetto quantomeno secondo quel grado "minimo" di "apprezzabilità" richiesto dall'ordinamento; nell'altro caso (reato impossibile per inesistenza dell'oggetto), in quanto, mancando del tutto nella situazione concreta l'interesse oggetto di protezione, una sua offesa sarebbe *a priori* logicamente inipotizzabile¹¹².

Sennonché detta tesi presta il fianco a due importanti rilievi critici: da una parte, si è sottolineato il gravoso compito a cui andrebbe incontro l'interprete nel dover applicare la fattispecie del reato impossibile per inesistenza dell'oggetto, stante la difficoltà di individuare i parametri con cui valutare la assoluta mancanza in concreto dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice; dall'altra, si è osservato come, identificando l'"oggetto" dell'inesistenza con l'interesse protetto dalla norma incriminatrice, ciò renderebbe del tutto pleonastico il riferimento normativo all'"impossibilità dell'evento dannoso o pericoloso", posto che, se l'interesse tutelato è inesistente, risulterebbe, come detto, a priori escluso qualsiasi profilo di offesa nei suoi confronti e, dunque, l'evento "dannoso o pericoloso" sarebbe necessariamente "impossibile" 113.

Ebbene, alla luce di tali obiezioni, ci sembra che l'unica strada percorribile sia quella di dare all'inciso "inesistenza dell'oggetto" un significato differente da quello di inesistenza dell'"oggetto giuridico" del reato e, specificatamente, di dovere, al contrario, identificare detto "oggetto" – in armonia con l'orientamento dottrinale maggioritario – con "l'oggetto materiale" del reato¹¹⁴.

¹¹² Cfr. G. Panucci, *Il principio d necessaria offensività*, cit., il quale, esemplificando, propone il caso del venditore che sia anche effettivo proprietario della cosa venduta. In tal caso l'alienazione di quest'ultima, ancorché compiuta in circostanze tali da far sospettare la sua illegittima provenienza, non è in grado di integrare la contravvenzione di cui all'art. 712 c.p., poiché in concreto non sussiste l'interesse tutelato dalla norma, ossia quello alla neutralizzazione della circolazione di cose provenienti da reato.

¹¹³ Cfr. G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 267.

¹¹⁴ Anche sotto la vigenza del codice Zanardelli, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle ipotesi di mancanza dell'oggetto in grado di escludere la punibilità a titolo di tentativo (es. tentato omicidio su un cadavere erroneamente ritenuto persona esistente) si riferiva ai casi in cui l'oggetto veniva in considerazione nella sua dimensione materiale, costituente cioè il punto di incidenza dell'attività criminosa.

Si avrà dunque reato impossibile per inesistenza dell'oggetto ogni qual volta verrà accertata l'insussistenza della cosa o della persona su cui cade l'attività dell'agente.

Se questa è, dunque, la premessa da cui partire, occorre poi comprendere l'esatta portata del concetto di "inesistenza", in quanto solo la sua esatta delimitazione permette di distinguere i casi di reato impossibile dai casi di tentativo.

A tal proposito, la dottrina dominante ha distinto le ipotesi d'inesistenza "assoluta" dell'oggetto materiale in *rerum natura* da quelle in cui invece vi è una non presenza solo "occasionale", accidentale o temporanea, di esso al momento e nel luogo in cui la condotta criminosa è realizzata¹¹⁵.

Ebbene, seppur in entrambi i casi l'oggettiva mancanza dell'entità fisica su cui cade l'azione impedisce di fatto la consumazione del reato, le due situazioni vanno tenute distinte.

Mentre, difatti, l'esclusione della punibilità derivante dall'applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p. si avrà solo nell'ipotesi in cui la cosa o la persona su cui l'azione insiste o non sia mai esistito in natura o abbia cessato di esistere, la punibilità a titolo di tentativo si avrà ogni qual volta dette entità fisiche risultino semplicemente assenti occasionalmente al momento dell'attività criminosa, ma pur sempre "esistenti" in natura 116.

Alla luce di tali premesse si può, dunque, osservare come la mancanza dell'oggetto intervenga in termini differenti nei due istituti, posto che, se così non fosse, il reato impossibile per inesistenza dell'oggetto sarebbe un istituto del tutto inutile

¹¹⁵ Si pensi al caso di Tizio che agisce al fine di pugnalare Caio, mentre colpisce i cuscini che quest'ultimo ha messo al suo posto oppure al caso del ladro che, al fine di impossessarsi del portafoglio della vittima, introduce la mano nella sua tasca, trovandola tuttavia vuota. In tutti questi casi, l'oggetto esiste *in rerum natura*, ma vi è una situazione di assenza occasionale. Sennonché, essendovi una oggettiva non riconoscibilità dell'assenza del corpo della vittima o del portafoglio da parte dell'agente, sussisterebbe comunque quell' "idoneità" degli atti che legittima la punibilità a titolo di tentativo.

Per contro, qualora la mancanza dell'oggetto materiale fosse oggettivamente riconoscibile, la condotta si sarebbe rivelata di per sé inidonea, con la conseguenza non punibilità neanche ex art. 56 c.p. (c.d. tentativo inidoneo): così Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2003, n. 3854, in CED Cass., n. 223560.

¹¹⁶ In tal senso G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 266; M. ROMANO, Commentario, cit., 516; M. GALLO, Appunti, cit., vol. III, Le forme di manifestazione del reato, 95 e ss. Anche in giurisprudenza la tesi prevalente è quella secondo cui l'inesistenza dell'oggetto idonea ad escludere la punibilità dell'agente è quella in rerum natura, assoluta e originaria, essendo irrilevante il dato della mancanza semplicemente temporanea o accidentale della stessa (cfr. Cass. Sez. VI, 11 marzo 1996, n. 8171, in CED Cass. n. 205559; Cass., sez. I, 26 novembre 1991, n. 3405, in Cass.pen., 1994, 314).

nel nostro ordinamento, potendo tutte le situazioni in cui manca l'oggetto della condotta già essere ricondotte sotto il paradigma dell'art. 56 c.p.¹¹⁷.

Il diverso atteggiarsi della mancanza dell'oggetto materiale ha importanti conseguenze sul piano dell'accertamento. Difatti, mentre secondo l'orientamento dominante l'idoneità degli atti nel tentativo deve essere valutata attraverso un giudizio ex ante (c.d. prognosi postuma) e a base parziale, ossia relazionata momento in cui la condotta è stata posta in essere e tenendo in considerazione solo le conoscenze dell'uomo medio ovvero quelle eventualmente maggiori dell'agente concreto, l'inesistenza dell'oggetto ai fini del reato impossibile richiede, al contrario, un accertamento ex post circa la sua effettiva mancanza, accertamento da condursi non solo sulla base di tutte le circostanze già conosciute, ma anche di quelle emerse dopo lo svolgimento dell'azione¹¹⁸.

A questo punto la conclusione su quale sia il ruolo del reato impossibile per inesistenza dell'oggetto appare pressoché scontata: esso funge da correttivo al criterio sull'idoneità degli atti nel tentativo formulato *ex ante* e, dunque, da limite alla punibilità a titolo di tentativo.

E ciò in quanto, applicando il solo criterio della prognosi postuma, si arriverebbe alla paradossale conclusione per cui, pur essendo l'oggetto materiale dell'azione inesistente in *rerum natura*, si dovrebbe comunque sostenere l'idoneità degli atti, e dunque l'integrazione del tentativo, qualora, sulla base di un giudizio *ex ante*, l'agente non potesse essere a conoscenza del fatto che essi in realtà fossero diretti verso un'entità fisica non esistente¹¹⁹.

Volendo esemplificare: si pensi al caso di un soggetto che spari da lontano contro il corpo di un uomo che sembra addormentato, ma che in realtà ha cessato di vivere per un collasso cardiaco intervenuto nel sonno.

In tal caso, pur essendo l'oggetto inesistente in *rerum natura*, conducendo l'indagine sulla base di un giudizio *ex ante*, stante l'impossibilità di riconoscere al momento della condotta il decesso del soggetto, si dovrebbe concludere per

¹¹⁷ G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 266.

¹¹⁸ In senso differente, i fautori della tesi che ravvisa nel reato impossibile il doppione in negativo del tentativo sostengono la necessità di una verifica *ex ante* dell'inesistenza dell'oggetto. Secondo tale giudizio prognostico, si configurerebbe un reato impossibile quando la presenza dell'oggetto appaia, all'inizio dell'azione, inverosimile, mentre si avrebbe tentativo quando la presenza sia verosimile.

¹¹⁹ Per tutti G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 267.

l'idoneità dell'azione dell'agente e la conseguente punibilità dello stesso a titolo di tentativo. Sennonché – ed è qui che si evince l'importante ruolo svolto della norma contenuta nella seconda parte dell'art. 49 comma 2 c.p. – detta punibilità è esclusa in quanto sulla base di una verifica ex post, data la totale inesistenza dell'oggetto materiale, viene meno la possibilità che sia messo in pericolo il bene tutelato dalla norma incriminatrice (la vita di un soggetto già morto)¹²⁰.

Ebbene, non si può non osservare come una siffatta interpretazione dell'inesistenza dell'oggetto consente di attribuire un significato unitario all'art. 49 comma 2, escludendo in entrambi i casi da esso disciplinati, di fatto, la non punibilità dell'agente innanzi alla commissione di fatti concretamente inoffensivi.

4. Il fondamento costituzionale del principio di offensività.

Appurato che l'art. 49 comma 2 c.p. è una norma tesa a consacrare la struttura "necessariamente lesiva" del reato, così rappresentando il fondamento codicistico del principio di offensività, si tratta ora di stabilire se detto principio abbia altresì un rilievo costituzionale.

Ebbene, la dottrina¹²¹ e la giurisprudenza¹²², ormai pressoché all'unanimità, riconoscono la matrice costituzionale del principio di offensività, desumendola da differenti norme della Carta Costituzionale.

Innanzitutto, si è fatto leva sugli articoli 25 comma 3 e 27 comma 3 della Costituzione e sulla conseguente distinzione tra le pene e le misure di sicurezza: sanzionare con pena un fatto privo di contenuto lesivo significherebbe compromettere detta distinzione, assegnando alla pena quella funzione preventiva

121 Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, sia pure con diverse argomentazioni, cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 360 e ss.; F. Mantovani, Il principio di offensività, cit, 449; G. Fiandaca – E. Musco, Diritto penale, cit., 15 e ss.; M. Gallo, I reati di pericolo, in Foro pen., 1969, 8; F. Bricola, Teoria generale del reato, cit., 82 e ss.

¹²⁰ In altri termini, è escluso che si realizzi l'offesa tipica del tentativo, vale a sire la messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma che descrive la corrispondente fattispecie consumata. In tal senso G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 265; F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 463; A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, cit., 423; M. GALLO, Appunti, cit., vol. III, Le forme di manifestazione del reato, 95 e ss.

¹²² Cfr. in proposito, Corte Cost. 24 luglio 1995 n. 360, in Cass. Pen., 1995, 2820; Corte Cost. 11 luglio 2000, n. 263, in Giur. Cost., 2000, 2064; Corte Cost. 17 luglio 2002 n. 354, in Foro it., 2003, 2923; Corte Cost. 7 luglio 2005 n. 265, in CED Cass., 2005, n. 29512. Nello stesso senso, nella giurisprudenza di legittimità, in particolare, cfr. Cass. S.U. Pen., 10 luglio 2008, nn. 28605 e 20606, in Dir. pen. e proc., 2008, 1521.

che è propria delle misure di sicurezza. L'autore, difatti, non verrebbe punito per la commissione di un fatto, ma per un mero atteggiamento personale di disobbedienza o per la sua pericolosità sociale, posto che la sanzione verrebbe irrogata a fronte di una condotta inidonea a determinare quel pericolo in vista del quale il fatto stesso è previsto come reato¹²³.

In secondo luogo, si è fatto leva sull'art. 25 comma 2 della Costituzione che, nel subordinare la sanzione penale alla commissione di un "fatto", starebbe ad indicare la necessità di ancorare la punibilità dell'agente ad una condotta conforme alla fattispecie incriminatrice e al contempo lesiva dell'interesse dalla stessa tutelato, e non anche alla mera disobbedienza al precetto.

L'aggancio costituzionale è stato ravvisato inoltre negli articoli 13 e 27 comma 3 Cost.: dall'art. 13, che tutela la inviolabilità della libertà personale, deriva che essa potrà subire limitazioni mediante la sanzione penale soltanto come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango; dall'art. 27 comma 3 invece in quanto, essendo presupposto della rieducazione del condannato la percezione dell'antigiuridicità del proprio comportamento, la condanna per mere violazioni di doveri non offensive di alcun bene frusterebbe la funzione rieducativa della pena¹²⁴.

Prendendo le mosse dai citati referenti normativi, la dottrina ad oggi maggioritaria giunge ad affermare l'implicita costituzionalizzazione del principio

¹²³ M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 8; G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 271.

Contra F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., 82. L'A. pur condividendo le conclusioni, ritiene non convincente l'iter argomentativo attraverso cui vi si perviene, obbiettando che questo non tiene in considerazione la finalità rieducativa della pena sempre richiamata dall'art. 27 comma 3 Cost., che si aggiunge, in una configurazione multifunzionale della pena, alla sua ineliminabile funzione retributiva. E tale duplice funzione della pena agisce sulla struttura del reato. Pertanto "non si può far leva esclusivamente sulla funzione retributiva della pena per avvalorare la concezione del reato come fatto necessariamente lesivo. Da un lato l'assunto considera come non scritto l'art. 27, 3° comma; dall'altro una funzione meramente retributiva della pena, se esclude la possibilità di colpire un mero status personale o un mero atteggiamento in funzione sintomatica di pericolosità, non esclude la possibilità di colpire simili stati o atteggiamenti di disobbedienza in funzione di un giudizio di riprovevolezza." In altri termini, per evitare che la pena si riduca ad una funzione da un lato di mera reazione retributiva ad un atteggiamento di disobbedienza, dall'altro di mera rieducazione a fronte di semplici atteggiamenti soggettivi indici di pericolosità, il fatto di reato deve costituire il presupposto di una pena capace di svolgere entrambe le funzioni. Deve cioè trattarsi di un fatto che lede o pone in pericolo l'interesse tutelato.

¹²⁴ Sui referenti costituzionali del principio di offensività cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 83, il quale sottolinea come anche principi costituzionali quali sono quelli della tolleranza ideologica, di tutela delle minoranze e di protezione della persona non possono non essere in antitesi con una concezione del reato che, sottolineando l'aspetto della mera infedeltà o della disobbedienza, trascura il momento dell'effettiva lesione dell'interesse protetto.

di offensività e ne ravvisa l'operatività su un duplice piano: da un lato, come criterio di conformità legislativa dei fatti punibili, vincolando il legislatore, già a livello di fattispecie astratta, a costruire i reati da un punto di vista strutturale come fatti che incorporano un'offesa a uno o più beni giuridici; dall'altro, come criterio giudiziario-interpretativo che impone al giudice in sede applicativa di qualificare come reati soltanto quei fatti che siano idonei anche in concreto a offendere beni giuridici¹²⁵.

Sennonché, si rende opportuno aprire una breve parentesi tesa a sottolineare come il rispetto di tali vincoli, ed in particolare di quello discendente dal principio di offensività non è sempre facile. Difatti, la possibilità di attribuire al singolo comportamento così come tipizzato dal legislatore un significato offensivo può essere ostacolata dalle caratteristiche strutturali di determinati interessi da proteggere e dalle conseguenti forme di aggressione: in particolare, più il bene o interesse da tutelare è di ampio spettro, tanto più risulterà difficile per il legislatore incentrare l'incriminazione di condotte singole su di un'offesa specifica e circoscritta¹²⁶.

Ciò è quello che avviene, ad esempio e per quel che in questa sede ci interessa, proprio nel campo dei reati ambientali, dove la c.d. "super-individualità" del bene ambiente e l'impossibilità di essere leso o anche messo in pericolo da una singola condotta ha posto al legislatore non pochi problemi relativi alla scelta del modello di tipizzazione legislativa da adottare per la sua tutela e alla conseguente compatibilità con il principio di offensività.

Nonostante detta difficoltà, il duplice ruolo, nei termini sopra illustrati, del principio in questione è stato ormai da tempo recepito dalla giurisprudenza della

_

¹²⁵ Per completezza argomentativa, così come sottolineato da G. NEPPI MODONA, Reato impossibile (voce), cit., 271, è opportuno precisare che la costituzionalizzazione del principio di offensività ha incontrato riserve anche tra gli autori che aderiscono alla concezione realistica del reato (v. G. VASSALLI, Considerazioni sul principio di offensività, cit., 659 e ss.; G. ZUCCALÀ, Sul preteso principio di necessaria offensività, in AA. VV, Studi in memoria di Giacomo Delitala, III, Milano, Giuffrè, 1984, 1689 e ss.) L'A. peraltro pone in evidenza come, ai fini dell'applicazione del reato impossibile per inidoneità dell'azione, la costituzionalizzazione del principio non ha comunque un rilievo determinante, in quanto svolgerebbe i suoi effetti in vista della dichiarazione di illegittimità costituzionale di fattispecie a livello astratto non offensive, senza tuttavia interferire con la pratica applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p. ai casi in cui il fatto risulta in concreto inoffensivo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. In altri termini, la costituzionalizzazione del principio di offensività sembrerebbe rivelarsi più un monito per il legislatore che per l'interprete, avendo quest'ultimo comunque a sua disposizione la disciplina del reato impossibile.

¹²⁶ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, 222 e ss. Vedi anche V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 209 e ss.

Corte Costituzionale e, più recentemente, anche da quella della Suprema Corte di Cassazione.

Difatti, la Corte Costituzionale, dopo un iniziale atteggiamento di ritrosia, non solo ne ha riconosciuto la valenza costituzionale, ma ne ha altresì distinto i due piani dell'offensività "in astratto" e "in concreto", in tal modo precisando che, mentre nella prima ipotesi, essendo la stessa fattispecie astratta carente sotto il profilo di offensività, potrà venire in rilievo una questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 3, 25 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione, nel secondo caso sarà il giudice investito della questione a dover valutare se la condotta posta in essere, oltre ad essere conforme alla fattispecie astratta, sia altresì idonea a mettere in pericolo o ledere l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

La Consulta si è occupata in più occasioni della compatibilità di alcune norme incriminatrici con il principio di offensività.

A tal proposito, sono degne di approfondimento, seppur breve, sia la questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 707 c.p. 127 ("Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli") sia le pronunce, della giurisprudenza costituzionale prima, e di quella di legittimità poi, aventi ad oggetto il delitto di coltivazione di sostanze stupefacenti di cui al d.P.R. n. 309 del 1990.

Per quanto concerne la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito alla fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 707 c.p., la Corte, ritenuto detta norma perfettamente compatibile con il principio di offensività in astratto, posto che i suoi elementi costitutivi consentono di affermare che la norma è volta a tutelare, sotto forma di esposizione a pericolo, un interesse penalmente rilevante (il patrimonio)¹²⁸.

128 Cfr. Corte Cost. 7 luglio 2005 n. 265, in CED Cass., 2005, n. 29512; Corte Cost. 20 giugno 2008 n. 225, in CED Cass., 2008, n. 32642 e n. 32613. Quest'ultima pronuncia in particolare ha specificato che "la sentenza n. 265 del 2005 ha già chiarito che la fattispecie non è in contrasto con il principio di offensività in astratto, poiché non configura una responsabilità per il modo di essere dell'autore, ma mira a salvaguardare il patrimonio rispetto a situazioni di pericolo normativamente tipizzate, richiedendo tre requisiti: una particolare qualità del soggetto attivo (persona già condannata in via definitiva per delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la

¹²⁷ La fattispecie di cui all'art. 707 c.p. è un reato di pura condotta caratterizzato da una forte anticipazione della tutela penale, posto che l'offesa consiste nella messa in pericolo del patrimonio. Essa mira a prevenire, sotto forma di reato di pericolo, la commissione di ulteriori reati contro il patrimonio, mediante l'incriminazione di comportamenti che ne rappresentano la premessa idonea.

È stato, tuttavia, osservato come la particolare configurazione della norma lascia aperta la possibilità che si verifichino casi in cui alla conformità del fatto al modello legale non corrisponda l'effettiva messa in pericolo dell'interesse tutelato. Pertanto, il giudice chiamato a fare applicazione della norma sarà tenuto ad accertare in termini particolarmente rigorosi la sussistenza del requisito dell'offensività in concreto, dovendo verificare che la condotta posta in essere esponga effettivamente a pericolo l'interesse protetto dalla norma incriminatrice¹²⁹.

Degna di plauso, per i principi di diritto in essa affermati e, ancor di più, per il riconoscimento del principio costituzionale di offensività e del suo duplice ruolo, è anche la nota sentenza¹³⁰ con cui Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 73 comma 1 del d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui non prevede che anche la coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti venga punita solo con sanzioni amministrative se finalizzate all'uso personale della sostanza ed, in particolare ¹³¹, sulla pretesa violazione del principio di offensività del suddetto articolo, nella parte in cui prevede l'illiceità penale della condotta indipendentemente dalla quantità di principio attivo contenuto nel prodotto della coltivazione.

Il giudice delle leggi, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, ha specificato che la fattispecie incriminatrice di coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti non viola il principio di offensività "in

prevenzione di delitti contro il patrimonio), il possesso di oggetti idonei a vincere congegni posti a difesa della proprietà, e l'incapacità del soggetto di giustificare la destinazione attuale di tali strumenti".

¹²⁹ A tal fine dovrà verificare la specifica attitudine funzionale degli strumenti o forzare serrature nonché valutare – soprattutto quando gli strumenti con cui l'imputato è colto in possesso non denotino di per sé tale univoca destinazione – le circostanze e le modalità di tempo e di luogo che accompagnano la condotta, dalle quali desumere l'attualità e la concretezza del pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio.

¹³⁰ Corte Cost. 24 luglio 1995 n. 360 in Foro it., 1995, I, 3083.

¹³¹ La questione nasce dal fatto che, a seguito del referendum abrogativo del 1993 che ha comportato l'eliminazione del parametro quantitativo della dose media giornaliera, il discrimine tra illecito penale e illecito amministrativo è dato dalla finalità dell'uso personale della sostanza stupefacente. Ne consegue che oggi l'acquisto per uso personale di sostanze stupefacenti è comportamento illegale (perché vietato dall'art. 75 del T.U., che lo sanziona in via amministrativa), ma in ogni caso penalmente irrilevante. Correlativamente la norma incriminatrice contenuta nell'art. 73 del T.U. citato va interpretata nel senso che le condotte ivi descritte (limitatamente all'importazione, acquisto e illecita detenzione) sono riferite in via esclusiva all'ipotesi in cui emerga la destinazione ad uso di terzi, e non personale, delle sostanze stupefacenti detenute o acquistate. Il citato referendum abrogativo non ha invece riguardato la coltivazione delle piante indicate dall'art. 26 del medesimo T.U., destinata così a conservare illiceità penale anche se non finalizzata alla spaccio.

astratto", posto che essa, depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli casi nella stessa sussumibili, prevede una condotta (quella di coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanze stupefacenti) che ben può valutarsi come "pericolosa" ovvero idonea ad attentare al bene giuridico protetto – la salute dei singoli assuntori – poiché diretta ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili e, dunque, la materia prima esistente, così creando maggiori occasioni di spaccio¹³².

Sennonché, la stessa Corte precisa che sarà compito del giudice di merito valutare che lo specifico fatto dedotto in giudizio realizzi in concreto quell'offesa tipizzata dalla legge nella fattispecie incriminatrice e che, dunque, la quantità di sostanza stupefacente coltivata sia assolutamente idonea a mettere in repentaglio il bene giuridico tutelato (salute), dovendosi, in caso contrario, ritenere la condotta non punibile ex art. 49 comma 2 c.p. 133.

I principi espressi dalla Corte Costituzionale, ancorché solo alcuni anni dopo, sono stati ripresi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³⁴, le quali, chiamate a

2 Così Corto Cost 24 luglio

¹³² Così Corte Cost. 24 luglio 1995 n. 360, cit., 3083, in cui si precisa: "si tratta quindi di un tipico reato di pericolo, connotato dalla necessaria offensività proprio perché non è irragionevole o arbitraria la valutazione prognostica – sottesa alla astratta fattispecie criminosa – di attentato al bene giuridico protetto. E – come già questa Corte ha avuto occasione di rilevare – non è incompatibile con il principio di offensività la configurazione di reati di pericolo presunto; né nella specie è irragionevole od arbitraria la valutazione, operata dal legislatore nella sua discrezionalità, della pericolosità connessa alla condotta di coltivazione".

¹³³A tal proposito La Corte Costituzionale pone come esempio di carenza di offensività in concreto il caso della coltivazione di un'unica pianta da cui potersi estrarre sostanza stupefacente, ma in un quantitativo così esiguo di principio attivo da essere insufficiente, ove assunto, a determinare un apprezzabile stato drogante.

¹³⁴ Cass. S.U. Pen., 24 aprile 2008, n. 28605 in *CED Cass.* n. 239921 e in *Cass. pen.* 2008, 4513, con nota di S. BELTRANI, *Coltivazione 'domestica' di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco.*

Le Sezioni Unite della Cassazione con le suddette sentenze n. 28605 e 28606 del 2008 risolvono il contrasto emerso nella giurisprudenza di legittimità circa la rilevanza penale della coltivazione domestica di stupefacenti destinati ad uso esclusivamente personale, affermando che "costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso esclusivamente personale", con l'unico limite del reato impossibile per inidoneità dell'azione.

Due gli orientamenti che si erano contesi il campo prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite: per l'orientamento prevalente, la condotta di coltivazione doveva ritenersi sempre penalmente illecita indipendentemente e a prescindere dalla sua destinazione finale dal momento che né in base alla ratio né in base al dato letterale è possibile distinguere tra la coltivazione a fini commerciali o a fini personali (in tal senso tra le altre cfr. Cass. pen., 16 gennaio 2008, CED. Cass. n. 239036; Cass. pen., 28 novembre 2007, in Guida al dir., fasc. 9, 62; Cass. pen., 14 aprile 2005, in Giust.pen. 2007, II, 11. In senso contrario, il diverso e minoritario orientamento, nel distinguere tra coltivazione in senso tecnico agrario e coltivazione domestica, riteneva che quest'ultima fosse inquadrabile nel più ampio genus della "detenzione" di cui all'art.75 comma 1 T.U. e pertanto non soggetta a sanzione penale qualora finalizzata all'esclusivo uso personale (cfr. fra le altre Cass.

pronunciarsi sulla rilevanza penale della coltivazione anche ad uso personale, hanno altresì indagato il problema del rapporto tra la fattispecie di coltivazione e il principio di offensività affermando che, sotto il profilo dell'offensività "in concreto", spetterà al giudice di merito valutare se la condotta, di volta in volta contestata all'agente ed accertata in sede processuale, pur conforme al modello legale tipizzato dal legislatore, sia di fatto inoffensiva, ossia inidonea anche in grado minimo a ledere o mettere in pericolo l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

E detta situazione, a cui consegue l'applicazione della disciplina del reato impossibile per inidonietà dell'azione, si verificherà, con specifico riferimento all'art. 73 comma 1 del T.U., ogni qual volta la sostanza ricavabile dalla coltivazione non sia in grado di produrre un effetto stupefacente tale da porre in pericolo il bene della salute dei potenziali assuntori della sostanza.

5. L'anticipazione della tutela penale.

Una volta appurato che il nostro ordinamento concepisce il "reato" come quel fatto conforme al modello descritto dalla norma incriminatrice, ma altresì offensivo di quell'interesse¹³⁵ che la legge intendeva presidiare con il precetto penale violato, si pone l'ulteriore problema – sul quale dottrina e giurisprudenza ormai da lungo tempo si confrontano – di quale sia la soglia di legittimo arretramento dell'intervento penale o, in altri termini, quale sia il grado di anticipazione della tutela penale compatibile con il principio di offensività.

Prima di procedere all'analisi della *vexata quaestio* della legittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto/presunto¹³⁶, la cui disamina è essenziale per poter

pen., 21 settembre 2007 n. 40712 in *CED Cass.*, n. 237645; Cass. pen., 15 maggio 2007, n. 17983, in *Riv. Pen.* 2008, 326)

Per un'attenta disamina delle argomentazioni adottate dalle Sezioni Unite cfr. anche S. Lo Forte, La rilevanza penale della condotta di coltivazione domestica di stupefacenti: profili, limiti di punibilità e possibile inoffensività in concreto nelle ipotesi di efficacia drogante minima, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2012.

¹³⁵ O quegli interessi, nel caso si tratti di reati plurioffensivi.

¹³⁶ Si precisa si da ora che, seppur per l'orientamento dottrinale maggioritario - che in questa sede si accoglie - la categoria dei reati di pericolo presunto coinciderebbe con quella dei reati di pericolo astratto, sicché i termini "astratto" e "presunto" vengono spesso utilizzati come sinonimi (così M. ROMANO, Commentario, cit., G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, in AA .VV, Beni e tecniche di tutela penale, Giuffrè, Milano, 1987, 50; A. PAGLIARO, Principi, cit., 245; CATENACCI, I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale, in Studi Marinucci, Giuffrè, Milano, 2006, 1416 e ss.),

affrontare la tematica dei reati ambientali, trattandosi di illeciti pressoché interamente strutturati sulla base di una siffatta tecnica di tutela, è utile chiarire quali sono le note che caratterizzano gli illeciti penali impernianti sull'arretramento della soglia di tutela. ¹³⁷

Come già anticipato, il diritto penale moderno prende in considerazione non solo i risultati lesivi della condotta che si sono verificati, ma anche quei risultati lesivi che potevano derivarne.

E ciò in quanto, ai fini della protezione dei beni giuridici, può non risultare sufficiente ancorare la sanzione penale alla verificazione del danno, rendendosi invece necessaria l'incriminazione della messa in pericolo, con conseguente anticipazione della punibilità¹³⁸.

Ed infatti, sotto il profilo della tipologia di offesa tipizzata dal legislatore, si è soliti distinguere a seconda che l'evento giuridico del reato consista in un nocumento effettivo all'interesse protetto dalla norma incriminatrice (c.d. reati di "danno") ovvero in una sua esposizione a pericolo, intendendosi per "pericolo" una situazione caratterizzata da "un'apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto" (c.d. reati di "pericolo")¹³⁹.

Quest'ultima tipologia d'illecito è pertanto caratterizzata da un'anticipazione della tutela penale poiché si perfeziona prima ed a prescindere dalla verificazione

altra parte della dottrina ha ritenuto più idoneo distinguere i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo presunto ove la distinzione tra questi ultimi due risiede nel fatto che, mentre nei primi il pericolo è presupposto o modalità di realizzazione della condotta da accertarsi ex ante al momento di realizzazione della stessa e dunque "astraendo" da talune circostanze, ossia quelle successive alla condotta o comunque non conoscibili al momento di essa, nei secondi esso viene considerato dal legislatore attraverso una presunzione assoluta di pericolosità (juris et de iure) che, in quanto tale non ammette prova contraria. (così M. GALLO, I reati di pericolo, in Foro pen., 1969, 4. Per l'A. sono invece reati di pericolo concreto effettivo, quelli con riferimento ai quali il pericolo, costituendo il risultato della condotta, va accertato dal giudice tenendo conto di tutte le circostanze presenti al momento in cui quel risultato si assume come prodotto).

¹³⁷ Per completezza argomentativa è utile ricordare che i reati di pericolo non rappresentano l'unica categoria di illeciti con cui viene realizzata un'anticipazione della tutela penale. Difatti, tra le forme di protezione anticipata dei beni giuridici la dottrina maggioritaria riconduce anche i reati a dolo specifico, il tentativo nonché i delitti di attentato: cosi, fra gli altri, G. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1986, 692 e ss. e G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 573.

¹³⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 203. Cfr. anche G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., 50, il quale ritiene che il ricorso all'anticipazione della tutela penale potrà considerarsi tanto più esente da obiezioni quanto più elevato è il rango del bene esposto a rischio.

¹³⁹ M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 2. Sul problema della qualificazione del pericolo vedi ampiamente F. Angioni, Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva, Milano, 1994, 9 ss.,

di un danno, posto che il legislatore reprime fatti che minacciano l'esistenza o il godimento di un determinato bene giuridico¹⁴⁰.

Si è soliti distinguere, all'interno del più ampio genus dei reati di pericolo, tra reati di pericolo "concreto" e reati di pericolo "presunto" (o "astratto") ¹⁴¹, a seconda del soggetto che è chiamato a formulare il relativo giudizio e delle modalità con cui quest'ultimo deve essere formulato ¹⁴². Mentre alla prima categoria appartengono quei reati in cui il pericolo è elemento costitutivo di fattispecie e la cui esistenza deve essere accertata dal giudice nel singolo caso concreto, nella seconda possono annoverarsi tutti quegli illeciti in cui è lo stesso legislatore, in sede di tipizzazione legislativa, ad aver presunto, sulla base di una regola scientifica o di comune esperienza, che al compimento di una determinata azione si accompagni l'insorgere di un pericolo ¹⁴³: sicché, una volta accertata la conformità della condotta al modello legale, il giudice è dispensato dallo svolgere indagini circa la concreta messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice ¹⁴⁴. In questi ultimi dunque il pericolo tende a coincidere con la ratio dell'incriminazione ¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2012, 206. Sul punto va precisato che la distinzione tra reati di danno e reati di pericolo muove dal presupposto che l'interesse la cui violazione fornisce il contenuto del reato è l'interesse c.d. di categoria. Allorché però si riconosca che ogni singola norma incriminatrice tuteli uno o più interessi specifici e, correlativamente, ogni reato rappresenta l'offesa di uno (o più) di tali interessi, allora si deve concludere che ogni offesa penalmente rilevante è un'offesa di lesione: così M. GALLO, *Appunti*, vol. II, cit., 102 e ss.

¹⁴¹ Vedi supra nota 136.

¹⁴² In tal senso cfr. M. ROMANO, Commentario, cit., 338 e ss; G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, cit., 50; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Manuale di diritto penale, cit, 208 e ss.; M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale, cit., 1416 e ss.

¹⁴³ A fini esemplificativi, un esempio classico di illecito riconducibile al *genus* dei reati di pericolo concreto è quello previsto dall'art. 423 comma 2 c.p., ove l'incendio di cosa propria è punito solo "se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica". Al contrario, la dottrina maggioritaria riconduce nell'alveo dei reati di pericolo astratto la fattispecie di cui all'art. 423 comma 1 c.p. in quanto la condotta diretta a cagionare un incendio (di cosa altrui) è considerata dal legislatore come fonte di pericolo *in re ipsa* per la pubblica incolumità, senza la necessità che il giudice accerti caso per caso la pericolosità di quella condotta.

¹⁴⁴ Cfr. G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, cit., 50, il quale evidenzia come in realtà la bipartizione reati di pericolo "astratto" – reati di pericolo "concreto" sia da sola insufficiente a dare conto del modo d'atteggiarsi dell'estremo del pericolo nella realtà normativa, posto che nella legislazione sarebbero rinvenibili delle zone limite, la copertura delle quali richiederebbe la configurazione dogmatica della categoria mista dei reati di pericolo "astratto-concreto": "concreto perché il pericolo rappresenta un requisito espresso del modello criminoso, in quanto tale oggetto di accertamento nel singolo caso; astratto perché l'accertamento va effettuato astraendo da alcune circostanze di fatto presenti nella situazione data".

 $^{^{145}}$ M. Gallo, I reati di pericolo, cit., 1, il quale evidenzia che in questa categoria di illeciti la prova della non effettività del pericolo non sarebbe ammessa, "si che potrebbe verificarsi il caso che l'azione

È opportuno precisare che detta dottrina¹⁴⁶, nell'adottare la suddetta bipartizione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo presunto, tende a far coincidere questi ultimi con la categoria dei reati di pericolo astratto, utilizzando le due terminologie come sinonimi.

Come già accennato, una siffatta equiparazione non è unanimemente condivisa, posto che per altro autorevole orientamento¹⁴⁷ la categoria dei reati di pericolo

debba essere punita anche se non cagiona quel pericolo, l'impedimento del quale costituisce la ratio della norma penale"

147 Per la distinzione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto vedi M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 4 (vedi supra nota 136); F. MANTOVANI, Diritto penale, cit. 208 il quale obietta come la bipartizione in questione rischi di generare una confusione tra i concetti di "astrazione" che è generalizzazione e "presunzione" che è finzione del pericolo. Secondo l'A, mentre nei reati di pericolo astratto "il pericolo non è requisito tipico, ma è dato dalla legge come insito nella stessa condotta, perché ritenuta pericolosa, ed il giudice si limita a riscontrare la conformità di essa al tipo legale. Ciò in quanto trattasi di tipi di fattispecie che per loro natura precludono la possibilità, ex ante e, talora, ex post, di controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi del'evento lesivo", come avviene nel caso dei reati a tutela di beni danneggiabili con "condotte seriali" (ad. es. attività inquinanti), stante l'impossibilità di escludere che la singola condotta tipica, anche se da sola inidonea a pregiudicare l'interesse tutelato, possa innescare, con altre condotte, il pericolo di consistenti danni per lo stesso; nei reati di pericolo presunto, invece "il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto juris et de jure, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza", come accade, ad esempio, nei reati urbanistici, ove, per far scattare la presunzione di pericolo per la salvaguardia del bene del territorio e dell'ecosistema, bastano la costruzione senza concessione o in violazione delle prescrizioni della Pubblica Amministrazione. Il che sembrerebbe avvalorare la ricostruzione dei reati di pericolo presunto come vere e proprie "finzioni" di pericolo, trattandosi di comportamenti che, neppure sulla base di regole di esperienza, possono evidenziare, presumendolo, l'esistenza di un pericolo, anche solo ai fini di una semplificazione dell'accertamento processuale. Sempre in senso contrario all'equiparazione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto anche F. ANTOLISEI, Manuale, cit., 266, il quale riconduce detta identificazione ad un inammissibile equivoco, ammettendo la sola categoria dei reati di pericolo presunto. A tal proposito, l'A. evidenzia che, se il pericolo è probabilità di un evento temuto, non si può concepire una species di pericolo in cui tale probabilità manchi del tutto. Da tale considerazione deriva che, nei casi in cui è il legislatore ad effettuare a monte il giudizio di pericolosità, il pericolo non deve considerarsi astratto, ma presunto, in quanto semplicemente non necessita dell'accertamento da parte del giudice. Favorevole alla distinzione tra pericolo astratto e pericolo presunto, anche se in una prospettiva del tutto diversa, M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale, cit., 1420 nota 12, il quale sottolinea come, pur potendo le due terminologie essere utilizzate indifferentemente, esse non rappresentano due sinonimi, bensì lo stesso fenomeno visto da due versanti diversi: il pericolo è "astratto" poiché, nel qualificare come pericolosa una certa tipologia di condotta, il legislatore fa propria l'astrazione generalizzante di una legge scientifica o di una regola d'esperienza secondo cui ad ogni singola condotta di quel tipo si accompagna l'esposizione a pericolo di un certo bene giuridico; questo pericolo astratto diventa poi "presunto" sul piano processuale allorché debba procedersi all'accertamento del reato: "accertamento che, proprio perché il fatto da accertare rientra nella classe di condotte già qualificate a monte come "pericolose", fa "presumere" la realizzazione del pericolo su cui si fonda la punibilità ed esonera così gli autori istituzionali incaricati di perseguire i reati dalla necessità di fornire la prova del pericolo."

¹⁴⁶ Così M. Romano, Commentario, cit., G. Fiandaca, La tipizzazione del pericolo, cit., 50 ss.; A. Pagliaro, Principi, cit., 245.

presunto e quella dei reati di pericolo astratto presentano caratteristiche tali da rendere necessaria la loro trattazione come categorie dogmatica autonome.

In tale ottica, si è ritenuto più idoneo operare una tripartizione tra i reati di pericolo concreto, astratto e presunto dove la distinzione tra questi ultimi due risiede nel fatto che, mentre nei reati di pericolo astratto il pericolo è presupposto o modalità di realizzazione della condotta da accertarsi ex ante al momento di realizzazione della stessa ¹⁴⁸, nei reati di pericolo presunto esso, viene considerato dal legislatore attraverso una presunzione assoluta di pericolosità (juris et de iure) che, in quanto tale non ammette prova contraria. Una volta chiarita la distinzione tra le diverse tipologie di reati di pericolo presenti nel nostro ordinamento, è necessario appurare quale debba essere la tecnica di accertamento del pericolo che il giudice deve adottare ogni qualvolta quest'ultimo si configuri quale elemento costitutivo del fatto.

Difatti, mentre nei reati di pericolo astratto (ritenendo in tale sede di dover propendere per la tesi della bipartizione fatta propria dalla dottrina maggioritaria), la responsabilità di individuare quali siano le condotte idonee a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato incombe sullo stesso legislatore, sulla base di leggi statistiche o di comuni regole di esperienza, i reati di pericolo concreto presuppongono la preventiva determinazione sia della base del giudizio e del momento in cui effettuarlo, sia del relativo criterio di accertamento, con ciò intendendosi la legge scientifica o la regola di esperienza in base alla quale si possa fondatamente ritenere che alcuni fatti recano il rischio di provocare eventi lesivi.

Ed è proprio questa "delega all'organo giudicante" a costituire uno dei fattori che, rendendo incerta l'applicazione di tale modello di illecito, hanno favorito il ricorso alle forme di presunzione di pericolo¹⁴⁹.

Procedendo con ordine, ci si deve chiedere in primo luogo quale sia il "momento" che il giudice deve prendere in considerazione nel verificare se l'interesse tutelato sia stato effettivamente messo in pericolo dalla condotta dell'agente. Sul punto la tesi prevalente¹⁵⁰ ritiene ci si debba affidare ad un giudizio prognostico ex ante: il

¹⁵⁰ Sulla necessità di un giudizio *ex ante* cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 561 e ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 205, il quale evidenzia che, per quanto concerne la base del giudizio prognostico, è maggiormente rispondente al principio di offensività l'adesione

¹⁴⁸ Così M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 4 (vedi supra nota 136).

¹⁴⁹ Cfr. G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, cit., 57 e ss.

giudice, dunque, dovrà riportarsi idealmente al momento della condotta e verificare, utilizzando il massimo delle conoscenze disponibili in base alla comune esperienza, più quelle ulteriori eventualmente note all'agente, se in tale momento era *probabile* il verificarsi dell'evento di danno.

In linea generale è possibile affermare che l'accertamento giudiziale risulterà tanto più semplice, quanto più il giudice disponga per il caso concreto di leggi di esperienza rigorose e oggetto di frequente verificazione¹⁵¹.

Si deve tuttavia dare atto di quell'orientamento che differenzia il momento in cui deve essere effettuato il giudizio, a seconda del ruolo che il pericolo riveste all'interno della fattispecie astratta ¹⁵².

È stato infatti osservato che la posizione del pericolo nella struttura degli illeciti in cui esso è configurato come elemento costitutivo, e che pertanto deve essere accertato in concreto dal giudice, non è riconducibile ad un unico modello, potendosi distinguere fattispecie in cui lo stato di pericolo qualifica la condotta o il presupposto di quest'ultima o l'oggetto materiale della stessa (c.d. reati a condotta pericolosa)¹⁵³, da fattispecie in cui il pericolo riveste il ruolo di evento naturalistico o di condizione obiettiva di punibilità in quanto collegato come effetto alla condotta (c.d. reati di evento pericoloso)¹⁵⁴. Ebbene, posto che il criterio di accertamento del pericolo è necessariamente influenzato dal ruolo e dalla

alla tesi della "base totale ex ante" (si devono cioè considerare tutte le circostanze esistenti e non solo quelle conosciute dall'agente o generalmente conoscibili). L'A. peraltro ritiene che la probabilità dell'evento vada determinata secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico, utilizzandosi cioè le leggi naturali, statistiche e le massime di comune esperienza (c.d. metro del giudizio) e che il grado di detta probabilità sia dato dalla probabilità relativa, non essendo sufficiente la mera possibilità, né necessaria la certezza; G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, cit., 57, il quale, tuttavia, pur affermando la maggiore idoneità del giudizio ex ante, ritiene non condivisibile il parametro della "base totale" in quanto conferirebbe al giudizio di pericolo una misura di "concretezza" poco compatibile con la perseguita funzione preventiva.

¹⁵¹ G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, cit., 57; F. ANGIONI, Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, cit., 257 e ss.

¹⁵² L'orientamento in questione è di M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 2, ma è stato seguito da altri Autori che, per l'appunto, hanno distinto il criterio di accertamento del pericolo a seconda che si il pericolo qualifichi la condotta o il risultato della stessa. A tal proposito cfr. anche M. ROMANO, *Commentario*, cit., 339.

¹⁵³ Esempi di reati a condotta pericolosa possono essere: l'art. 677 c.p. dove il pericolo costituisce il presupposto della condotta; l'art. 441 c.p. in cui il pericolo qualifica la condotta; l'art. 444 ove qualifica l'oggetto materiale (vedi *supra* nota 136)

¹⁵⁴ Un esempio in cui il pericolo costituisce evento naturalistico del reato è l'art. 434 .p., mentre riveste il ruolo di condizione obiettiva di punibilità nell'art. 431 c.p.

posizione che lo stesso riveste all'interno della fattispecie¹⁵⁵, si è rilevato che, mentre nei c.d. reati a condotta pericolosa, dovendo il giudice pronunciarsi sulla pericolosità dell'azione, l'accertamento dovrà essere condotto ricorrendo al criterio della prognosi postuma (giudizio *ex ante*)¹⁵⁶, nei c.d. reati a evento pericoloso, dovendosi valutare un risultato dell'azione, il giudizio dovrà essere svolto alla stregua di tutti le circostanze effettivamente presenti al momento in cui detto risultato si è prodotto, anche se successive alla condotta.

5.1. Il difficile cammino verso la legittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto

Nonostante le citate problematiche legate al giudizio di accertamento del pericolo, il modello dei reati di pericolo concreto non solleva particolari problemi dal punto di vista del rispetto del principio di offensività, posto che, come già detto, è lo stesso legislatore a subordinare l'assoggettabilità a pena all'accertamento, da parte del giudice di merito, della concreta pericolosità della condotta realizzata dall'agente. In conformità alla visione del reato come fatto tipico e offensivo, dunque, la punibilità è ancorata alla verifica dell'offesa all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice violata¹⁵⁷.

Diversa, e senza dubbio più complessa dal punto di vista della coerenza con il principio di offensività del reato, è invece la problematica relativa ai reati di pericolo presunto (o astratto che dir si voglia), nei quali è ben possibile che la condotta astrattamente pericolosa, incriminata in quanto tale dal legislatore, si riveli innocua nel caso concreto, con il conseguente rischio di punire anche fatti concretamente inoffensivi¹⁵⁸.

¹⁵⁵ M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 3, il quale evidenzia come "una cosa è accertare un pericolo che, preesistendo o no alla condotta tipica, non va oltre questa; altra, e ben diversa, cosa è accertare se da una determinata condotta sia o no derivato uno stato di pericolo".

¹⁵⁶ Ibidem. L'A. evidenzia che detto accertamento consiste nel verificare se al momento della condotta sussisteva o meno la possibilità dell'evento dannoso, assumendo come base del giudizio soltanto le circostanze che in base all'esperienza erano conoscibili al momento dell'azione, oltre a quelle conosciute dall'agente. Pertanto, tutte le altre circostanze verificatesi o conosciute solo ex post non hanno alcuna rilevanza nella qualifica della condotta vietata.

¹⁵⁷ Nel caso in cui il giudice di merito riscontrasse l'assenza di pericolosità del fatto commesso, l'imputato andrà assolto ex art. 530 comma 1 c.p.p. con la formula "perché il fatto non sussiste", in quanto il pericolo in questo caso è elemento costitutivo del fatto tipico.

¹⁵⁸ G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, cit., 59 e ss.

Il problema della legittimità costituzionale di tale categoria di reati nasce o, più correttamente, diviene oggetto di un dibattito sempre più acceso sia dottrinale che giurisprudenziale, soprattutto grazie alla progressiva emersione di numerosi beni superindividuali in settori politico-criminali di "recente conio" (ambiente, economia pubblica, trattamento dei dati personali etc.), il cui carattere immateriale e la conseguente impossibilità di lesione in senso naturalistico, ha reso necessaria, anzi si può dire obbligata, la scelta di ricorrere a tale forma di tutela, essendo alquanto difficile, per non dire impossibile, costruire la fattispecie penale attorno a un danno o ad una messa in pericolo effettiva dell'oggetto di protezione. Senza pretesa di esaustività, è possibile affermare che la forma del pericolo presunto (astratto) si rivela, ad esempio, l'unica strada percorribile nel caso in cui lo stato delle conoscenze scientifiche, pur lasciando sospettare la generale pericolosità di una classe di comportamenti, non sia in grado né di affermare né di negare con certezza che la singola condotta sia concretamente pericolosa, posto che in tal caso il ricorso allo schema del pericolo concreto comporterebbe, nella maggior parte dei casi, l'impossibilità per il giudice investito della questione di giungere ad pronuncia di condanna, che, in quanto tale, deve necessariamente poggiare su un'affermazione di responsabilità "al di là di ogni ragionevole dubbio". 159

Sempre di "scelta obbligata" a favore del modello di illecito di pericolo presunto si ritiene doversi parlare anche nel caso in cui il bene da tutelare rientri nell'alveo dei c.d. beni collettivi ossia di quelle entità che, per il loro carattere superindividuale e per le loro notevoli dimensioni, possono essere lese soltanto da c.d. "attività seriali", ossia dal cumularsi di una molteplicità di azioni criminose dello stesso tipo.

La singola condotta difatti, salvo che non assuma dimensioni gigantesche, non sarebbe in grado di creare un pericolo concreto per i beni collettivi, con la conseguenza che, se il legislatore si dovesse attenere allo schema dei reati di danno

¹⁵⁹ Ancorare la sussistenza del reato alla verifica in concreto del pericolo legato al comportamento vietato significherebbe pertanto agevolare l'imputato, imponendo in capo al giudice e all'organo requirente una vera e propria *probatio diabolica*.

o di pericolo concreto, la tutela penale di beni giuridici di tale importanza verrebbe irragionevolmente confinata ad ipotesi eccezionali¹⁶⁰.

Si pensi, ad esempio, proprio alla tutela dei beni ambientali.

Senza entrare nella specifica questione della compatibilità dei reati ambientali con il principio di offensività, che verrà analizzata nel prosieguo della trattazione, è sufficiente per ora evidenziare che, derivando i danni all'ambiente dagli effetti "cumulativi" di una serie di azioni tra loro differenti, in sede processuale risulterebbe estremamente difficile provare il nesso di causalità tra una singola condotta inquinante e l'evento dannoso. Pertanto, al fine di evitare che l'interesse alla salvaguardia dell'ambiente rimanga privo di una qualsivoglia tutela penale, l'unica via percorribile è offerta dallo schema dei reati di pericolo presunto, il quale consente al legislatore di incriminare quelle condotte, la cui normale pericolosità deriva – in base a consolidate regole di esperienza – dal possibile cumularsi con altre condotte¹⁶¹.

Ebbene, nonostante in tutti questi casi non vi sia altro modo per approntare una tutela penale effettiva a determinati beni giuridici, nella realtà ben può accadere che alla presunzione di pericolosità effettuata in astratto dal legislatore non corrisponda un'effettiva pericolosità in concreto.

In altri termini è possibile che, nonostante la conformità della condotta al modello legale, l'interesse protetto dalla norma incriminatrice non subisca né una lesione, né una messa in pericolo, sicché si finirebbe per ancorare la sanzione penale alla violazione di un mero dovere di obbedienza al precetto con la conseguente punibilità non del fatto, ma dell'autore per la pericolosità mostrata attraverso la disobbedienza al comando legislativo 162.

¹⁶⁰ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 568, i quali riportano, come esempi eccezionali in cui una singola condotta è stata in grado di ledere un bene collettivo (*rectius*: diffuso) come l'ambiente, i disastri di Seveso e Chernobyl.

¹⁶¹ A titolo esemplificativo, si pensi alla purezza dell'acqua di un grande fiume che, senza dubbio e salvo ipotesi eccezionali, non può essere compromessa dalle sostanze inquinanti occasionalmente fuoriuscite dagli impianti di una piccola impresa, ma soltanto dal combinarsi di questo accadimento con altri dello stesso tipo, precedenti, concomitanti e successivi. Sul punto cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 568; C. PEDRAZZI, Problemi di tecnica legislativa, in AA.VV., Comportamenti economici e legislazione penale, Giuffrè, Milano, 1979, 32 e ss; F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 298 e ss; G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale, cit., 177.

162 E ciò in palese contrasto con gli articoli 27 comma 3 e 25 commi 2 e 3 della Costituzione, che – letti sistematicamente – assegnano, con ogni evidenza, funzioni differenti alla pena e alle misura di sicurezza. Sul punto cfr. M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 8 secondo cui "nell'assenza di ogni e qualunque pericolosità concreta della condotta, la pena avrebbe qui una funzione puramente e

Ma, allora, delle due l'una: o si salva il principio di offensività e, pertanto, reati così strutturati dovrebbero essere soggetti a declaratoria d'illegittimità costituzionale, con il risultato di rinunciare alla protezione penale di taluni fondamentali interessi, oppure si sceglie una soluzione interpretativa in grado di recuperarne la compatibilità con il canone del nullum crimen sine iniuria e che, in un'ottica di rivalutazione delle ragioni di politica criminale sottese all'adozione di una siffatta tecnica di tutela, sia idonea a accordare a quegli interessi, data la loro importanza, una tutela penale a largo raggio.

La questione è stata affrontata sia in dottrina che in giurisprudenza in maniera differente.

Anzitutto, si può dire ormai superato quell'orientamento particolarmente rigoroso che sosteneva l'illegittimità costituzionale di tale categoria di reati, quantomeno nei casi in cui alla presunzione di pericolo fosse riconosciuto carattere assoluto, arrivando dunque a legittimare il solo utilizzo della tecnica del pericolo concreto¹⁶³. In tal modo opinando, infatti, il rischio di vuoti di tutela penale per beni di così pregnante importanza, quali ad esempio sono i beni collettivi, si rivelerebbe oltremodo alto, per non dire certo.

semplicemente preventiva e nei confronti dei terzi, e nei confronti dell'agente. Rispetto a quest'ultimo,

semplicemente preventiva e nei confronti dei terzi, e nei confronti dell'agente. Rispetto a quest'ultimo, infatti, la ragione determinante la pena non sarebbe il comportamento realizzato, bensì un atteggiamento personale che violando una regola di obbedienza lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale. In altre parole, non si punirebbe il fatto, bensì l'autore. Come tutto ciò si concili con un sistema costituzionale che, dando espresso rilievo alla distinzione fra pene e misure di sicurezza, assegna all'uno e all'altro tipo di sanzione compiti e finalità ben distinti, non è facile spiegarlo. Delle due, insomma l'una: o si ritiene che sempre, e non in via meramente presuntiva, il fatto lesivo deve presentare caratteristiche di effettiva lesività, o si profila una questione di legittimità costituzionale che non potrebbe essere risolta se non nel senso del contrasto tra le norme che prevedono reati c.d. di pericolo presunto e gli artt. 25 e 27 della Costituzione. Assai significativa, al riguardo, può essere la considerazione che proprio attraverso l'art. 49, inteso come valvola dell'ordinamento per i casi in cui l'offesa non appaia realizzata, le esigenze di prevenzione speciale, che indubbiamente hanno una loro validità, sono fatte salve dal disposto dell'ultimo comma, che consente la sottoposizione dell'imputato prosciolto a misure di sicurezza".

163 Cfr. F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., 86; V. PATALANO, Significati e limiti della dommatica del reato di pericolo, Jovene, Napoli, 1975, 67 e ss; A. CAVALIERE, Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, in G. GIOSTRA – G. INSOLERA (a cura di), Costituzione, diritto e processo penale, Giuffrè, Milano, 1998, 161 e ss. Più articolata la posizione, poi ripresa dalla dottrina successiva, di M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 7 e ss., secondo cui l'unica strada percorribile per rendere compatibili i reati di pericolo presunto con il principio di offensività è quella di considerare valevole la presunzione di lesività della condotta corrispondente al modello legale tutte le volte in cui non risultano presenti elementi da cui desumere la concreta inoffensività della stessa. In altri termini, ancorché implicitamente, l'A. suggerisce di attribuire alla presunzione legislativa del pericolo valore "relativo", ossia valevole fino a prova contraria. Una volta fornita tale prova, la non punibilità discenderebbe dall'applicazione dell'art. 49 comma 2 c.p.

Né si può d'altra parte, come pure è stato proposto da una parte della dottrina ¹⁶⁴, "minimizzare" il problema e, dunque, tollerare il *vulnus* al principio di offensività, per l'asserita esiguità delle fattispecie di pericolo presunto presenti nel nostro ordinamento, posto che, come è stato correttamente osservato, la questione dei fatti apparentemente tipici ma in realtà inoffensivi "è un problema che ha a che fare con la struttura e non certo con la quantità dei reati di pericolo presunto e pertanto, quand'anche di quei reati si verificasse una scarsa consistenza numerica, non per questo la questione potrebbe dirsi meno grave o urgente" ¹⁶⁵.

La soluzione migliore sembrerebbe, pertanto, essere quella di ritenere una siffatta tecnica di tutela ammissibile in astratto, stante la dimostrata indispensabilità che la stessa riveste nei confronti di taluni beni giuridici, e al contempo quella di ricercare "strumenti operativi" in grado di verificare, in sede processuale, la piena rispondenza di una condotta apparentemente tipica alla prognosi di pericolosità sottesa all'incriminazione, in tal modo arginando il rischio di illegittimità costituzionale per violazione del principio di offensività.

E la realizzazione di un tale obiettivo può essere assicurata, da una parte, attraverso la diligenza del legislatore nel descrivere in modo pregnante le note offensive della condotta tipica¹⁶⁶, dall'altra, qualora ciò non avvenga per negligenza del legislatore o in quanto non sia tecnicamente possibile, attraverso la

¹⁶⁴ Questa è la tesi sia di – almeno una parte di – quegli A. che distinguono nettamente tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto (in tal senso cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, passim; F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 203 e ss.). Contra, vedi viceversa la posizione di M. GALLO, cit. alla nota precedente, che pure distingue nettamente dal punto di vista strutturale, come abbiamo visto, i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo presunto, sia della diversa dottrina che riqualifica in termini di pericolo concreto una serie di fattispecie nelle quali la messa in pericolo del bene tutelato sarebbe elemento sottinteso del fatto di reato (in tal senso cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 563 e ss.).

¹⁶⁵ M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale, cit., 1420.

¹⁶⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale, cit., 183; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 564. Si pensi al caso dei reati di disastro ferroviario (430 c.p.) o di epidemia (438 c.p.), termini che di per sé hanno un significato così pregnante da consentire già sul piano letterale la selezione come fatti penalmente rilevanti dei soli comportamenti concretamente pericolosi, tant'è che la giurisprudenza, su tali basi, ha ritenuto che, mentre con il termine "disastro" si può far riferimento solo a quell'accadimento dannoso di non comune gravità che incide su uomini e cose e tale da esporre a pericolo un numero indeterminato di persone, con il termine "epidemia" si deve far riferimento non a qualunque malattia infettiva, ma soltanto quella che, per facile propagazione dei suoi germi, espone a pericolo in un unico contesto di tempo la salute di un gran numero di persone. Del pari, anche la pregnanza del termine "incendio" di cui all'art. 423 comma 1 c.p. ("incendio di cosa propria") ha portato la giurisprudenza a ritenere necessaria ai fini della configurabilità di tale fattispecie "la vastità, la violenza, la capacità distruttiva e diffusibilità del fuoco" (Corte Cost. 27 dicembre 1974 n. 286, in Giur. Cost., 1975, 2966).

predisposizione di strumenti di "garanzia" esperibili in sede processuale e affidati al singolo giudice investito della questione¹⁶⁷.

Alla luce di queste premesse sembrerebbe potersi affermare che i reati di pericolo presunto non pongono alcun problema di legittimità costituzionale qualora, fondandosi su precise regole scientifiche o di esperienza, vengano concepiti dal legislatore come fattispecie dirette a tutelare un determinato interesse da quell'esposizione a pericolo che, secondo l'id quod plerumque accidit, deriva dalla condotta incriminata, così conformandosi al principio di offensività c.d. "in astratto" 168.

Il problema resta, dunque, quello di conciliare una siffatta tecnica di tutela con il principio di offensività c.d. "in concreto", in modo da evitare la punibilità di fatti che, pur essendo conformi alla fattispecie astratta, non riproducano in concreto la pericolosità ipotizzata dal legislatore, risultando quindi inoffensivi.

Dette considerazioni hanno, peraltro, trovato l'avallo della Corte Costituzionale, la quale ormai da tempo afferma, quantomeno in linea teorica, la compatibilità con il principio di offensività dei reati di pericolo presunto sulla base della considerazione per cui la scelta della tecnica di tutela (reato di danno, di pericolo concreto o presunto), sempre che la condotta incriminata risulti offensiva dell'interesse che si vuole proteggere, è rimessa alla sola discrezionalità del legislatore ed è, pertanto, sindacabile in sede di legittimità costituzionale solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, come accade ad esempio nel caso in cui il giudizio di pericolosità operato dal legislatore non appaia fondato né su leggi scientifiche, né su massime d'esperienza 169.

A questo punto, si tratta solo di comprendere come evitare il rischio di punire una condotta solo per la sua conformità al modello legale, senza che nella realtà vi sia stata alcuna esposizione a pericolo dell'interesse tutelato.

Come già anticipato, si deve escludere la possibilità di attribuire valore assoluto alla presunzione di pericolo, in quanto se così fosse, l'interprete non avrebbe

¹⁶⁷ M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale, cit., 1424 e ss.

¹⁶⁸ Cosi G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale, cit., 206; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 421; A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, cit., 430 e ss.; G. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale, cit., 695; M. ROMANO, Commentario, cit., 342. Sulla compatibilità dei reati di pericolo presunto con il principio di offensività cfr. anche G. PANUCCI, Il principio di necessaria offensività, cit.

 ¹⁶⁹ Corte Cost. 27 marzo 1992 n. 133, in Giur. It., 1995, I, 118; ID., 24 luglio 1995 n. 360, in Cons. Stato, 1995, II, 1252, ed ancora ID., 11 luglio 1991 n. 333, in Foro it., 1991, I, 2628.

alcuno spazio per poter verificare se il fatto concretamente posto in essere rispecchi effettivamente la presunzione di pericolosità effettuata a monte dal legislatore.

Una simile evenienza, infatti, si porrebbe in netto contrasto con il principio di offensività in concreto poiché costringerebbe il giudice ad addivenire ad una sentenza di condanna pur in presenza di un fatto concretamente inidoneo a recare quell'offesa posta dal legislatore alla base dell'incriminazione.

Allo stesso modo, anche l'attribuzione al giudice del potere-dovere di verificare la reale pericolosità di una condotta anche là dove quest'ultima è già presunta come pericolosa comporta degli inconvenienti: se da una parte, infatti, si finirebbe per far coincidere la categoria dei reati di pericolo presunto con quella dei reati di pericolo concreto¹⁷⁰, dall'altra verrebbero del tutto trascurate le ragioni che giustificano l'adozione di una siffatta tecnica legislativa e che consistono nella necessità di non pregiudicare la punizione di condotte notoriamente pericolose con l'imposizione di un riscontro probatorio della loro concreta pericolosità particolarmente difficile, se non addirittura impossibile da produrre¹⁷¹.

Se dunque anche nei reati di pericolo presunto il principio di offensività vieta di prescindere completamente dalla pericolosità in concreto e se, tuttavia, l'accertamento di tale pericolo da parte del giudice non può giungere fino a compromettere la funzione politico-criminale svolta da tale categoria di reati, ci sembra che l'unica strada percorribile al fine di conciliare i reati di pericolo presunto con il canone dell'offensività in concreto sia quella, già avanzata in passato sia dalla dottrina tedesca che italiana e recentemente ritornata in auge, di conferire alle "presunzioni di pericolo" un valore "relativo", sicché si dovrà concludere nel senso della lesività del fatto corrispondente al modello legale "ogni qual volta manchino elementi dai quali possa desumersi la divergenza tra l'aspetto formale e sostanziale dell'illecito" 172.

Ciò significa, in sede processuale, una semplificazione della regola di giudizio e quindi dell'obbligo di motivazione da parte del giudice: nel senso che non sarà

¹⁷⁰ Cfr. F. BRICOLA, Teoria del reato, cit., 86; M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto, cit., 1436.

¹⁷¹ M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto, cit., 1436.

¹⁷² In particolare cfr. M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 7. In senso analogo cfr. anche A. MANNA, Beni della personalità e limiti della tutela penale, Cedam, Padova, 1989, 164; C. Fiore, Il principio di offensività, cit., 280; M. TRAPANI, La divergenza, cit., 82 e ss.

onere del p.m., ai fini dell'affermazione di responsabilità del prevenuto, fornire la prova - "positiva" - della presenza del pericolo nella situazione concreta, non essendo appunto il pericolo elemento del fatto tipico, ma onere dell'imputato, se si vuole pervenire alla sua assoluzione, dare la prova della sua assenza tramite una "prova contraria". Più esattamente, ricadendo sull'imputato il peso (appunto, l'"onere") della mancata prova – "negativa" – della assenza in concreto del pericolo, bene afferma il giudice l'esistenza del fatto presunto dalla legge come pericoloso sulla base della prova della semplice integrazione del modello di illecito descritto dal legislatore, salvo che dagli atti del giudizio non emergano elementi probatori – si noti: da qualunque parte processuale apportati¹⁷³ – da cui possa desumersi che il pericolo, presunto dal legislatore, era viceversa, nella situazione concreta, inesistente ¹⁷⁴. Il riconoscimento della facoltà per le parti processuali di provare l'insussistenza in concreto della presunzione di pericolo, facoltà che, per l'imputato, costituisce - attraverso lo strumento tecnico del c.d. onere di "allegazione" - espressione del suo diritto costituzionale di difesa, lungi dal comportare un'inammissibile inversione dell'onere della prova, consente di introdurre nel processo una c.d. "prova negativa" 175 ossia una prova tesa a

¹⁷³ E' infatti opportuno rappresentare come l' art. 358 c.p.p. rubricato "attività di indagine del pubblico ministero" stabilisce che "il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini". Ed invero, essendo il pubblico ministero un soggetto sostanzialmente "indifferente" al risultato del processo e costituendosi come rappresentante dello Stato e, dunque, come organo di giustizia, è obbligato a raccogliere qualsiasi elemento in grado di consentire la corretta ricostruzione della verità processuale, anche quando ciò significa rilevare circostanze e fatti favorevoli all'indagato, dai quali può emergere l'innocenza dello stesso.

¹⁷⁴ M. CATENACCI, I reati di pericolo presunto, cit., 1436 il quale, sulla scorta di quanto già prospettato da autorevoli settori della dottrina italiana, ritiene che l'unica via percorribile, ai fini della compatibilità dei reati di pericolo presunto con il principio di offensività, sia quella di relativizzare le presunzioni di pericolo "non imponendo al Pubblico Ministero di provare la presenza del pericolo nella situazione concreta, ma semmai consentendo all'imputato di dimostrarne attraverso l'ammissione ad una sorta di 'prova liberatoria' cui egli possa far ricorso allorché lo ritenga utile ai fini della propria difesa". Ciò, secondo l'A., servirebbe a riequilibrare sotto il profilo della parità delle parti una situazione processuale altrimenti sbilanciata a favore dell'accusa. Difatti, una volta ammessa la prova della pretesa insussistenza del pericolo questa non potrà essere ignorata dal giudice, il quale sarà chiamato a valutarne fondatezza e attendibilità, sempre ovviamente sulla base del suo libero convincimento e in base alla massima dell' "oltre ogni ragionevole dubbio". Si consenta tuttavia di sottolineare in questa sede come, detta soluzione, sicuramente corretta per quanto concerne la relativizzazione della presunzione di pericolo in ambito processuale, sembrerebbe peccare nel momento in cui non tiene in debita considerazione la circostanza che la prova dell'inesistenza del pericolo nella situazione concreta, stante soprattutto il disposto dell'art. 358 c.p.p., può derivare anche dall'attività del pubblico ministero e non solo dalle allegazioni dell'imputato.

 $^{^{175}}$ Ibidem. L'A. sottolinea che, al fine di evitare che la "prova negativa" prodotta dall'interessato non finisca per ricreare il rischio di una probatio diabolica, il giudice dovrà procedere con

dimostrare, attraverso l'assenza di offensività in concreto, il non ricorrere di elementi rilevanti ai fini della affermazione di responsabilità dell'imputato¹⁷⁶.

Quest'impostazione risulta in effetti quella più idonea ad evitare, da una parte, la vanificazione delle ragioni politico-criminali sottese allo schema dei reati di pericolo presunto e, dall'altra, il conflitto con il principio di necessaria offensività del reato.

6. Tecniche di "tipizzazione" dell'offesa e c.d. "soglie di punibilità"

Nella disamina del principio di offensività e, in particolare, al fine di poter efficacemente comprendere la struttura dei reati ambientali, è necessario effettuare alcune sintetiche considerazioni sulle tecniche di "tipizzazione" dell'offesa e, specificatamente, sulle soglie di punibilità.

Da quanto finora esposto emerge con chiarezza come la piena attuazione del principio di necessaria offensività imponga al legislatore di intendere il reato come "fatto offensivo tipico" nel senso cioè che l'offesa deve essere costruita "non come un dato esterno alla norma, che il giudice attinga di volta in volta dai valori culturali o sociali sottostanti, ma come elemento interno alla fattispecie legale" 177: il che vuol dire strutturare le singole fattispecie criminose in modo che ne risulti chiaramente il loro significato offensivo 178.

particolare rigore alla verifica dell'insussistenza in concreto della pericolosità tipizzata dal legislatore. Le ragioni che rendono particolarmente difficile la prova dell'attitudine lesiva di ogni singola condotta appartenente alla 'classe' presunta come pericolosa risiedono infatti assai spesso proprio nella facilità di relativizzare i dati dell'esperienza o le leggi scientifiche che sembrerebbero invece comprovarne la pericolosità Da ciò, prosegue l'A., "la necessità che la non punibilità della condotta apparentemente riconducibile al "tipo" sia sottoposta ad almeno tre condizioni fondamentali: anzitutto che l'assenza della pericolosità in concreto sia non solo astrattamente 'argomentata', ma provata, allegando uno o più fatti o atti specifici; in secondo luogo che si possa dimostrata la presenza, nella situazione concreta, di una circostanza che, lungi dal limitarsi a 'mettere in dubbio' la prognosi di pericolosità formulata in astratto dal legislatore, sia in grado di annullarla; infine, che nel valutare la situazione concreta si rimanga comunque fedeli al criterio alla cui stregua il legislatore ha ritenuto quella situazione pericolosa".

¹⁷⁶Ibidem. Detta 'prova negativa', secondo l'A, non solo è 'consentita' dall'attuale configurazione del sistema penale processuale, incentrato, come noto, proprio sul principio del diritto alla (o della disponibilità della) prova, ma in questo caso addirittura 'imposta' dalla necessità di riconciliare i reati di pericolo presunto, prima ancora che col nullum crimen sine iniuria, con i principi costituzionali di presunzione d'innocenza e del giusto processo.

¹⁷⁷ Vedi, per tutti, F. MANTOVANI, *Il problema dell'offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale*, a cura di G. VASSALLI, Giuffrè, Milano, 1982, 64.

¹⁷⁸ Sul principio di offensività e le tecniche di tipizzazione cfr. I. MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità*, Aracne, Roma, 2007, 27, la quale evidenzia come a tale necessità di chiarezza non può ovviare l'art. 49 comma 2 c.p. che, nel preveder la non

A ben vedere, quindi, il problema del principio di offensività è, in primo luogo, un problema di tecnica legislativa, posto che esso può operare correttamente solo laddove sia lo stesso legislatore ad indicare precisamente i criteri in base ai quali il giudice debba procedere all'accertamento della concreta offensività del fatto. Ciò significa, in altri termini, che dovrebbe essere la struttura stessa della fattispecie a segnalare, già a livello astratto, un chiaro contenuto di offesa.

Il che avviene, almeno parzialmente, ad esempio, tutte le volte in cui il legislatore: menziona espressamente il bene giuridico rispetto al quale ricostruire il significato offensivo del reato¹⁷⁹; riesce "a trasfondere l'offesa nelle componenti del fatto tipico" 180 attraverso la formulazione di fattispecie di danno o di pericolo concreto¹⁸¹; ovvero integra il piano complessivo dell'offesa con le condizioni obiettive di punibilità c.d. intrinseche, per chi ammette la categoria 182.

Ed in questo contesto sembrerebbero inserirsi anche le c.d. "soglie di punibilità esplicite", definite da parte della dottrina come "esplicitazioni espresse in forma quantitativa ed in campi specifici del principio di offensività" 183: si pensi, ad

punibilità del fatto inoffensivo, non indica quali siano gli interessi specificatamente tutelati dalle singole norme incriminatrici.

¹⁷⁹ Si pensi, ad esempio, all'ingiuria e alla diffamazione tipizzate rispettivamente come reati contro l'onore o il decoro o la reputazione ovvero agli atti osceni che il legislatore definisce come quelli che offendono il comune sentimento del pudore; oggetti di tutela che, pur essendo espressi in concetti generici e tendenzialmente imprecisi che lasciano ampio spazio all'apprezzamento dell'interprete, tuttavia consentono quantomeno di superare quelle incertezze, legate all'individuazione dell'effettiva entità tutelata, che impediscono il corretto operare del principio di necessaria offensività del reato: così F. PALAZZO, Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione, in AA.VV., Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali, Giuffrè, Milano, 1996, 83.

¹⁸⁰ Letteralmente G. VASSALLI, Considerazioni sul principio di offensività, in Studi Pioletti, cit., 648.

¹⁸¹ Si pensi, ad esempio, all' altrui danno del delitto di truffa e di estorsione (artt. 640 e 629 c.p.), al grave nocumento alla produzione nazionale o all'industria nazionale previsto nei reati di distruzione di materie prime (...) e di frodi contro le industrie nazionali (artt. 499 e 514 c.p.) o, ancora, al pericolo per la pubblica incolumità nel delitto di strage e di incendio di cosa propria (artt. 422 e 423 c.p.). Si tratta di fattispecie ad offesa espressa, in cui i parametri dell'offensività e della tipicità vengono ricondotti ad unità perché alla verifica dell'offesa corrisponde l'accertamento di uno specifico elemento di fattispecie: in altri termini si può dire che, in questi casi, la legge "isola un elemento costitutivo che rappresenta l'equivalente fenomenico dell'offesa al bene giuridico": così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 536.

¹⁸² A titolo esemplificativo si può ricordare il requisito del *nocumento* utilizzato negli artt. 618 comma 1 (Rivelazione del contenuto di corrispondenza), 621, comma 1 (Rivelazione del contenuto di documenti segreti) e 622 c.p. (Rivelazione di segreto professionale), che nella prospettiva del codice è una condizione obiettiva di punibilità, ma che alcuni, in dottrina, qualificano come evento della fattispecie tipica: così, per tutti, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995, 513.

¹⁸³ Cfr. S. Vinciguerra, Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento, in Studi in onore di Marinucci, a cura di C.E. Paliero – E. Dolcini,

esempio, oltre al settore del diritto penale tributario ove la punibilità di determinate fattispecie¹⁸⁴ è subordinata al verificarsi di un certo valore di evasione d'imposta indicato dal superamento di specifiche soglie quantitative¹⁸⁵, alla legislazione a tutela dell'ambiente che, come vedremo nel prosieguo della trattazione, è frequentemente caratterizzata dall'inserimento di soglie di tollerabilità della condotta, superate le quali quest'ultima è considerata senz'altro inquinante.

Ed invero la strutturazione degli illeciti ambientali attraverso indici tabellari "di offensività", già previsto nella Legge Merli, è stato utilizzato costantemente nei più importanti interventi di settore degli ultimi anni e, da ultimo, nel d. lgs. n. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente) che ha riordinato la legislazione in detta materia.

Numerose, infatti, sono le fattispecie ambientali che risultano imperniate sul superamento di una "soglia quantitativa": reati, dunque, nella cui descrizione il legislatore, rinviando ad apposite tabelle e ad atti generali ed astratti di enti locali o della Pubblica Amministrazione, fissa in rigidi parametri numerici un limite quantitativo oltre il quale il fatto è ritenuto (rectius: presunto) pericoloso per il bene giuridico¹⁸⁶.

Ebbene, non essendo questa la sede più opportuna per analizzare il dibattito sulla natura giuridica delle soglie di punibilità¹⁸⁷, basti qui evidenziare come in tutti

Giuffrè, Milano, 2006, 2077; C. MANDUCHI, Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2003, 1210 e ss., per la quale attraverso le soglie di punibilità "l'offensività viene determinata (...) in termini quantitativi". Sul punto cfr. anche I. MERENDA, Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità, cit., 31.

¹⁸⁴ Trattasi delle fattispecie previste dal d. lgs. 74 del 2000 "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto": la dichiarazione fraudolenta mediante artifici, la dichiarazione infedele, l'omessa dichiarazione e di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte.

¹⁸⁵ La medesima tecnica si riscontra anche nella riformulazione dei reati di false comunicazioni sociali ad opera del d. lgs. n. 61 del 2002, nei quali sono state introdotte soglie di punibilità per le ipotesi in cui le falsità e le omissioni alterino in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica patrimoniale o finanziaria della società (...) e comunque quando la variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, superi il 5% o la variazione del patrimonio netto superi l'1%.

¹⁸⁶ Cfr. *infra*, cap.II, par. 2.1.

¹⁸⁷ Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità, dottrina e giurisprudenza mostrano di assumere posizioni diverse, in alcuni casi accogliendo l'idea che si tratti di condizioni di punibilità o comunque di dati estranei ai disvalori del fatto (così, in tema di false comunicazioni sociali, per tutti G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 69 e ss.), in altri considerandole elementi decisivi nella definizione dell'offesa tipica ossia elementi costitutivi del reato (così, con riferimento alle soglie di punibilità nei reati tributari, M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità*,

questi casi sembrerebbe che a queste ultime spetti proprio il compito di precisare il significato offensivo del fatto nei termini che legittimano l'intervento penale; di misurare, cioè, per note normative, l'entità dell'offesa penalmente rilevante, posto che con esse viene stabilito ex ante ed in astratto ciò che è punibile in quanto offensivo dell'interesse tutelato e ciò che invece non lo è. In altri termini, la loro funzione sembrerebbe essere proprio quella di limitare l'intervento penale ai soli fatti caratterizzati da una "significativa" offensività per gli interessi protetti dalle norme incriminatrici che le prevedono.

Del resto, il collegamento tra le soglie di punibilità e il piano dell'offesa era stato già messo in evidenza da quelle pronunce della Corte Costituzionale 188 che hanno ravvisato proprio nelle soglie e nella loro capacità di identificare un reale contenuto di offesa il "limite di resistenza" della norma incriminatrice di fronte ad eccezioni di illegittimità costituzionale fondate su pretese carenze di offensività 189. Certo è che, attraverso la previsione di soglie di punibilità esplicite, l'ordinamento sembrerebbe evolversi verso la costruzione di fattispecie incriminatrici che consentano di superare quelle incertezze che l'accertamento giudiziale dell'offensività, sviluppato secondo l'art. 49 comma 2 c.p., porta con sé, specie nell'assenza di chiare e univoche indicazioni da parte del legislatore nella definizione dell'offesa tipica 190.

Ovviamente, parametri certi, quali sono le soglie quantitative rigide, dovrebbero garantire maggior precisione nel determinare l'offesa munita di rilievo penalistico, soddisfacendo il bisogno di chiarezza che è compito della legge precisare: ciò è quanto accade, ad esempio, in tutti quegli illeciti ambientali che rinviano a limiti tabellari contenenti valori predeterminati e contenuti negli allegati al d. lgs. n. 152 del 2006. Al contrario, maggiori margini di incertezza rispetto al contenuto

soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo), in Studi in onore di G. Marinucci, a cura di C.E. Paliero – E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 2006, 1721.

¹⁸⁸ Cfr. Corte Cost. 26 marzo 1986 n. 62, in Cass. pen., 1986, 1053 e ss., nonché l'ordinanza n. 437 del 25 luglio 1989, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 725, con nota di G. INSOLERA, Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1, VI comma l. n. 516 del 1982.

¹⁸⁹ Più precisamente, in assenza di una preventiva determinazione delle soglie da parte della legge, la medesima Corte Costituzionale ha ritenuto che, in alcuni casi, sarebbe l'art. 49 comma 2 c.p. ad imporre al giudice di individuare una soglia di punibilità, così garantendo alla singola figura di legge significati e capacità applicative concrete, nel senso di applicarsi ai soli fatti che risultino realmente offensivi.

¹⁹⁰ Così I. MERENDA, Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità, cit., 33.

dell'offesa sembrerebbero presentare quelle ipotesi in cui la soglia di punibilità, anziché assumere un carattere rigido, presenti aspetti valutativi che lascino emergere un minore livello di determinatezza, come accade, ad esempio, nel caso dell'alterazione sensibile" propria dei reati di false comunicazioni sociali.

Capitolo II

I reati ambientali e il principio di offensività

1. Il bene giuridico ambiente

Il tema della tutela dell'ambiente ha, ormai da anni, assunto fondamentale rilevanza sia sul piano culturale che giuridico e ciò è avvenuto anche grazie alla funzione di sensibilizzazione e di orientamento delle politiche nazionali verso obiettivi comuni di tutela che l'Unione europea ha svolto in detto settore.

Come noto, infatti, negli ultimi decenni la minaccia ecologica ha assunto dimensioni un tempo sconosciute sia per quantità che per qualità. Tale circostanza ha indotto i legislatori di diversi Paesi ad adottare differenti misure dirette alla prevenzione e alla repressione delle offese ai c.d. elementi fondamentali della biosfera (acque, aria, suolo), con il conseguente ampliamento della legislazione a tutela dell'ambiente¹.

In tale contesto, ove peraltro l'ambiente ha progressivamente acquisito la dignità di autonomo bene giuridico bisognoso e meritevole di protezione, è emersa altresì l'esigenza di predisporre una disciplina penale che fosse al contempo efficace e adeguata alle particolarità dello stesso.

Ed invero, fino alla metà degli anni Sessanta, non essendo presente nel nostro ordinamento alcuna specifica normativa ambientale, il riferimento principale dal punto di vista sanzionatorio era costituito dal codice penale, il quale pur non contemplando alcuna fattispecie incriminatrice che avesse quale oggetto diretto di tutela il bene ambiente, veniva utilizzato, prima in via esclusiva e successivamente in via concorrenziale con la normativa di settore².

¹ C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, ETS (collana Jura. Temi e problemi del diritto), Pisa, 2008, 1.

² Si pensi, a tal proposito, al reato di incendio (423 c.p.), al reato di avvelenamento di acque o di sostanze alimentari (439 c.p.), alla diffusione di una malattia delle piante o degli animali art. 500 c.p.), al getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.), alla distruzione o deturpamento di bellezze naturali (art. 734 c.p.) o ancora all'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità (650 c.p.).

Sennonché, il crescente interesse per la materia ambientale ha portato successivamente il legislatore, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti europei, a collocare le diverse norme incriminatrici a tutela dell'ambiente al di fuori dal codice penale, dapprima aggregandole alle diverse normative create a tutela dei diversi elementi naturali e, solo successivamente, inserendo la maggior parte di esse all'interno del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Testo Unico in materia ambientale)³.

A favore della soluzione extra codicistica, pur scarsamente idonea a evidenziare l'importanza primaria del bene in questione, sono state poste diverse ragioni, prima fra tutte la fisiologica e naturale mutevolezza della normativa in tale settore che, in quanto, normalmente influenzata dall'incessante sviluppo tecnologico, mal si concilierebbe con la stabilità della disciplina codicistica⁴.

Solo recentemente, il legislatore, spinto dalle istanze comunitarie ha inserito nel codice penale due articoli a tutela dell'ambiente: trattasi delle fattispecie contravvenzionali previste dagli articoli 727 bis ("Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette") e 733 bis del codice penale ("Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto")⁵.

Ebbene, nonostante gli sforzi di semplificazione, coordinamento e razionalizzazione, la normativa penale in questo campo resta ancora lacunosa e settoriale nonché caratterizzata da numerosi disposizioni, di rango e provenienza differenti e spesso disorganiche che rendono incerti i confini della materia⁶.

Ciò deriva essenzialmente da un duplice ordine di fattori: da un lato, la difficoltà di circoscrivere con esattezza l'ambito della tutela penale, dall'altro, la scarsa capacità di individuare le cause e i rischi dei danni all'ambiente; il che ha

³ M. CATENACCI, I reati ambientali e il principio di offensività, in M. CATENACCI – G. MARCONI, Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente, Giappichelli, Torino, 2009, 289 e ss.

⁴ C. Bernasconi, *Il reato ambientale*, cit., 5 e ss.

⁵ Entrambe le fattispecie sono state inserite nel codice penale dall'art. 1 del d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121, in attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente. Sul contenuto della direttiva vedi *infr*a cap. III.

⁶ A tal proposito, da più parti si è parlato di "inquinamento normativo" che affligge la materia ambientale, posto che spesso, per far fronte alle emergenze in detto contesto, si è fatto ricorso a normative e impostazioni tra loro non coordinate.

comportato "una dialettica frenetica" ra l'esigenza di garanzia propria del diritto penale che spinge verso la creazione di illeciti conformi al principio di offensività e l'istanza di precauzione che, al contrario, richiede forme di tutela sempre più arretrate ed anticipate.

Sulla base di queste considerazioni e, al fine di una corretta indagine sulla struttura degli illeciti ambientali presenti nel nostro ordinamento nonché sulla loro compatibilità con il canone di offensività del reato, non si può prescindere da un esatto inquadramento del bene giuridico "ambiente".

Difatti, sebbene possa apparirne scontata una definizione univoca e pacifica che si ponga come premessa logica alla costruzione delle fattispecie incriminatrici che se ne prefiggono la tutela, in realtà così non è, posto che a tale concetto sono stati attribuiti, sia dal legislatore che dalla dottrina e dalla giurisprudenza, connotati di volta in volta differenti.

Ed è forse questo il problema principale del diritto penale in tale ambito, posto che, come noto, la precisa individuazione dell'interesse protetto dai singoli reati è essenziale per verificare la legittimità di un'eventuale anticipazione della tutela penale ed è, al contempo, il punto di riferimento della distinzione tra reati di danno e reati di pericolo.

Ed invero, i concetti di lesione e di messa in pericolo, essendo concetti "relativi", sono collegati all'individuazione del bene assunto come termine di riferimento,

⁷ L'espressione è di C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 3

⁸ Sul principio di precauzione cfr., tra gli altri, F. GIUNTA, Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione, in Criminalia, 2006, 231 e ID., La "luce chiara della verità" e l' "ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione, in Scritti per Federico Stella, Vol. I, Jovene, Napoli, 2007, 573 e ss.; C. RUGA RIVA, Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1743 e ss.; A. MASSARO, Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?, cit., 1, la quale evidenzia come "qualora una valutazione scientifica evidenzi la presenza di rischi connessi allo svolgimento di certe attività, anche se, vista l'insufficienza o la contraddittorietà dei dati scientifici a disposizione, gli stessi non possono essere interamente dimostrati, né può essere precisata con esattezza la loro portata, il principio di precauzione impone nondimeno di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere la minaccia in questione, giungendo, se necessario, all'astensione dallo svolgimento dell'attività rischiosa. Specie nel caso in cui il rischio sia relativo a beni di rilevanza primaria, quali l'ambiente o la salute umana, l'assenza di certezza scientifica non può costituire un pretesto per la mancata o la tardiva adozione delle misure adeguate al contenimento del rischio".

⁹ Cfr. sul tema L. Stortoni, Angoscia, tecnologia ed esorcismo penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, 71 e ss.

sicché un fatto può essere qualificato di danno o di pericolo, secondo il possibile oggetto di tutela¹⁰.

Ebbene, il termine ambiente è un concetto tendenzialmente macroscopico e di difficile determinazione stante la sua multidimensionalità. Essendo, di per sé, "polisenso"¹¹, esso, solitamente assume connotati differenti a seconda della branca dell'ordinamento in cui rileva, tant'è che una parte della dottrina esclude la possibilità di una sua definizione, apprezzabile in termini giuridici, e al contempo non generica né sfuggente¹².

In termini generali, esso può essere inteso in due modi: nel suo significato minimo, si identifica con i diversi elementi della biosfera (atmosfera, acque, suolo); nella sua accezione più ampia, invece, può essere inteso come il "complesso delle condizioni sociali, culturali e morali nel quale l'essere umano si trova, si forma e si sviluppa"¹³.

Dette definizioni, tuttavia, non sono idonee a colmare l'assenza di una nozione giuridica di "ambiente", data dalla mancanza di un'enunciazione legislativa chiara e univoca in tutte le fonti normative che fanno uso di tale termine.

Al riguardo, non si può fare a meno di considerare che anche le indicazioni costituzionali in detta materia peccano di completezza, posto che la riforma costituzionale intervenuta ad opera della legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3 si è limitata ad introdurre nell'art. 117 Cost. la tutela dell'ambiente tra le materie oggetto di competenza legislativa statale esclusiva, senza tuttavia chiarirne il suo oggetto specifico ¹⁴.

¹⁰ F. Angioni, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, cit., 187. Chiaro sul punto anche G. Grasso, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 689, il quale evidenzia come il grado di minore o maggiore astrazione del bene giuridico si riflette necessariamente sul tipo di offesa concepibile, con la conseguenza che, quanto più concretamente viene determinato il bene giuridico, tanto più agevolmente le relative figure di reato saranno qualificabili come lesione; di contro, quanto più astratta è la connotazione del bene, tanto più frequentemente saranno qualificabili come pericolo i tipi ad esso relativi.

¹¹ L'espressione è di F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o di funzioni?, in Riv.it.dir.proc.pen, 1987, 1100.

¹² C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 10;

¹³ F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia, cit., 1100.

¹⁴ Se infatti, alcuni Autori hanno osservato come, tramite detta riforma costituzionale, la nostra Carta si sia adeguata alle altre Costituzioni di c.d. Terza Generazione, approvate o modificate dopo gli anni Settanta (cfr. S. NESPOR – B. CARAVITA, *Il diritto costituzionale dell'ambiente*, in S. NESPOR A. L DE CESARIS (cur.), Codice dell'ambiente, 2009, 104 e ss.), in realtà è stato da altri

Peraltro, fino alla citata modifica costituzionale non esisteva alcuna disposizione della Carta Costituzionale che indicasse espressamente l'ambiente come oggetto diretto di protezione.

Ciò, tuttavia, non ha impedito sia alla dottrina che alla giurisprudenza, di individuare in alcune norme costituzionali il fondamento della tutela dell'ambiente naturale¹⁵.

In particolare, si è ritenuto che il riconoscimento del bene ambiente, come interesse costituzionalmente rilevante, potesse emergere dall'interpretazione degli articoli 2, 9¹⁶, e 32 della Costituzione, secondo i quali la Repubblica "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", "tutela il paesaggio e il patrimonio artistico della Nazione", nonché la salute dell'uomo.

Da una lettura coordinata delle suddette norme, difatti, la giurisprudenza, in particolare di legittimità¹⁷, è giunta ad affermare che il diritto alla salute non deve essere inteso come mero diritto alla vita o all'integrità fisica, bensì anche come diritto ad un *ambiente salubre*.

In altri termini, si è evidenziato come la protezione che la Costituzione riserva all'individuo è diretta alla cura dell'uomo come soggetto che partecipa alle diverse formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità (comunità, famiglia, lavoro etc.), sicché la sua tutela si estende, necessariamente alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche propizie alla sua salute.

Anche la Corte Costituzionale, dal canto suo, pur iniziandosi ad occupare esplicitamente del bene ambiente solo negli anni '80, ne ha da subito riconosciuto il suo valore primario, a tal proposito affermando che esso rappresenta "un bene immateriale e unitario sebbene a varie componenti ciascuna delle quali può anche

notato come il solo aver nominato l'ambiente non abbia affatto chiarito cosa con detto termine si intende (cfr. fra gli altri S. MAGLIA, *Diritto ambientale alla luce del d.lgs. 152/2006 e successive modificazioni*, Ipsoa Indicitalia, Roma, 2009, 4 e ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente, Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 26 e ss.

¹⁵ B. CARAVITA, Diritto dell'ambiente, Il Mulino, Bologna, 2005, 13 e ss.

¹⁶ Ibidem. Secondo l'A, l'art. 9 Cost., nella parte in cui recita "La Repubblica tutela il paesaggio (...)" offre copertura costituzionale a tutto ciò che attiene alla "forma del Paese" e dunque alla disciplina ambientale, alla disciplina paesistica, alla disciplina dei beni culturali nonché a quella urbanistica.

¹⁷ Vedi per tutte, Cass. S.U. Civ., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. It*, 1980, I, 859 ss., con nota di S. Patti, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*.

costituire, isolatamente o separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte nell'insieme (...) riconducibili ad unità"18.

E' stato infatti osservato come la nostra Costituzione, ancorché "rigida", è comunque in grado di riconoscere e disciplinare tutti quei beni che si sono affermati solo in un momento successivo alla sua entrata in vigore, ma che ciò nonostante rientrano tra i diritti fondamentali dell'uomo, come è l'ambiente.

A conferma della sua valenza costituzionale e, in conformità a quanto espresso dalla giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, si è posto il legislatore del 2001 che, inserendo nel corpo dell'art. 117 "la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", ha concesso il riconoscimento costituzionale espresso al bene ambiente.

La Consulta, peraltro, dopo la suddetta riforma e in linea di continuità con la sua precedente giurisprudenza, ha ribadito la natura di "valore costituzionalmente protetto" del bene ambiente che, in quanto tale, delinea una sorta di "materia trasversale" in ordine alla quale si manifestano competenze diverse. E ciò a causa dell'impossibilità di definire la "tutela dell'ambiente" come una materia in senso tecnico, dal momento che essa non configura una sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, ma investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze¹⁹.

E' importante sottolineare, peraltro, come il riconoscimento del valore primario del bene "ambiente" si sia affermato non solo a livello costituzionale, ma anche nella successiva legislazione ordinaria che ne ha sottolineato la sua progressiva emersione nel nostro ordinamento.

In particolare, vale la pena ricordare la legge 8 agosto 1985 n. 431 sulla tutela delle zone di particolare interesse ambientale, la Legge 8 luglio 1986 che ha

¹⁹ Le Competenze in materia ambientale ben possono essere anche regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (Cfr. Corte Cost., 26 luglio 2002 n. 497 nonché Corte Cost. 20 dicembre 2002 n. 536, entrambe in www.giurcost.org).

¹⁸ Corte Cost. 20 dicembre 1987, n. 641, in *Giur. Cost.* 1987, 3788. Per la dottrina vedi V. CAIANIELLO, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, in G. DE VERGOTTINI, *Localizzazione degli impianti energetici e tutela dell'ambiente e della salute*, Maggioli, Rimini, 1988, 35 e ss.

istituito il Ministero dell'Ambiente²⁰ nonché, da ultimo, il d.lgs. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente) che ha proceduto ad un riordino delle norme esistenti in questa materia²¹.

Prendendo le mosse dalle esposte considerazioni, si tratta di verificare il significato che il bene ambiente assume nello specifico settore del diritto penale.

A tal fine, è necessario precisare che, sulla ricostruzione della natura giuridica e, ancor prima, del concetto, di "ambiente", si sono contrapposti, nel corso degli anni, due differenti orientamenti: quello "monista" e quello "pluralista".

Secondo i fautori della teoria c.d. "monista", a cui va il pregio di aver tentato di ricostruire il concetto di ambiente in termini unitari, le diverse oggettività giuridiche (acqua, aria, suolo etc.) o i diversi fenomeni (smaltimento dei rifiuti, sviluppo urbanistico etc.) a cui si riferiscono le norme ascrivibili al paradigma ambientale sarebbero, in realtà, tutte dirette alla tutela di un unico bene giuridico, l'ambiente per l'appunto, da intendersi come entità comprensiva di tutto ciò che configura l'habitat di vita dell'uomo²².

Al contrario, l'orientamento c.d. "pluralista" non concepisce l'ambiente in termini unitari, bensì in modo frazionato, sostenendo, l'impossibilità di una reductio ad unum degli scopi di tutela sottesi alle norme ambientali; il che comporterebbe un

²⁰ L'art. 1, comma 2 della L. 349 del 1986 indica i compiti del Ministero individuandone il campo di azione nella "..promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dell'inquinamento". Inoltre l'articolo 18 della citata legge introdusse una nozione di "danno ambientale" coincidente non con la lesione di beni appartenenti a persone fisiche o giuridiche pubbliche o private, ma piuttosto con la lesione di un bene sovrapersonale ascrivibile alla collettività nel suo complesso e tutelata dallo Stato in quanto bene pubblico. Cfr. sul punto C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 14, nonché A. THENE, Commento all'art. 18 L. 8 luglio 1986 n. 349, in Codice Commentato dei reati e degli illeciti ambientali, a cura di F. GIUNTA, Cedam, Padova, 2005, 1604 e ss.

²¹ Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 152 del 2006 la materia ambientale era disciplinata in tre leggi fondamentali. Il d.lgs. 11 maggio 1999 n. 152 in materia di tutela delle acque, il d.lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 concernente la gestione dei rifiuti e la legge 18 maggio 1989 n. 183 in tema di difesa del suolo. Il c.d. Codice dell'ambiente è stato successivamente oggetto di due decreti correttivi: il d.lgs. 8 novembre 2006 n. 284 e il d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4 e, ancora ulteriormente modificato dal d.lgs. 28 giugno 2010 n. 128.

²² Per un quadro d'insieme sui due orientamenti, vedi M. CATENACCI, I reati ambientali e il principio di offensività, cit., 291. Per la ricostruzione del bene ambiente in chiave unitaria cfr, in dottrina, S. PATTI, Ambiente (tutela dell') nel diritto civile, in Dig. disc. priv. Sez.civ., I, Torino, 1987, 286; B. CARAVITA, Diritto pubblico dell'ambiente, Il Mulino, Bologna, 1990, 43 e ss.; A. GUSTAPANE, La tutela globale dell'ambiente: dalla legge 349 del 1986 alle leggi 142 e 241 del 1990, Giuffrè, Milano, 1991, 15 e ss., ID., Tutela dell'ambiente (diritto interno), in Enc.dir., XLV, 1992, 413.

insieme di tutele con oggetto giuridico diverso e, semmai, unificate da un unico progetto finale di sviluppo sostenibile²³.

Ebbene, seppur in un primo momento, e in particolare con la citata Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente (Legge n. 349 del 1986), era sembrato che il legislatore avesse voluto accogliere un concetto unitario di ambiente, considerandolo distintamente dalle singole componenti che ne costituiscono il sostrato materiale (acqua, aria, suolo etc.)²⁴, allo stato attuale, l'analisi della legislazione in materia ambientale, soprattutto per quel che riguarda il settore penale, sembrerebbe prendere in considerazione, quale oggetto di tutela, non l'ambiente nella sua totalità, ma i singoli elementi ambientali²⁵.

²³ Per la ricostruzione in un'ottica pluralista, cfr. in dottrina: R. BAJNO, Ambiente (tutela dell') nel diritto penale, in Dig. disc. pen., I, 1987, 116 e ss.; A. ALBAMONTE, Sistema penale e ambiente, Cedam, Padova, 1988, 8 e ss.; L. BERTOLLINI, Ambiente (tutela dell') – IV) Diritto penale, in Enc. Giur. Treccani, I, Roma, 1988, 1; A. FIORELLA, Ambiente e diritto penale in Italia, in Protection of the Environment and Penal Law, a cura di C. ZANCHI, Bari, 1993, 231.

Nell'ambito delle teorie pluraliste, vale la pena evidenziare l' orientamento di S. GIANNINI che propose una classificazione tripartita, distinguendo l'ambiente in tre settori: l'ambiente paesaggio, che tutela i beni culturali e paesaggistici; l'ambiente naturalistico, che tutela le acque, l'aria e il suolo e l'ambiente urbanistico, relativo al governo del territorio (S. GIANNINI, "Ambiente": saggio sui diversi aspetti giuridici, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1973, 23 e ss.).

²⁴ Anche la giurisprudenza, inizialmente, aveva avallato questa lettura unitaria del bene ambiente. A tal proposito cfr. Corte Cost., 28 maggio 1987 n. 210 in Riv. giur. ambiente, 1987, 334 e in Foro it., 1998, I, 329 secondo cui "Va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni"; nonché Corte Cost. 30 dicembre 1987 n. 641, in Foro It., 1988, I, 694 secondo cui "L'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità".

M. CATENACCI, I reati ambientali e il principio di offensività, cit., 291 secondo cui nell'ambito della legislazione penale a tutela dell'ambiente vanno in realtà distinti almeno quattro distinti settori, "ognuno dedicato alla tutela di una specifica qualità o di una specifica utilità sociale dell'habitat umano ed ognuno dunque portatore di una propria, autonoma oggettività giuridica.:1) 1 "ambiente", inteso come equilibrio ecologico di acque, aria e suolo, che viene protetto dai c.d. inquinamenti (immissione di sostanze legate all'esercizio di attività economico produttive in grado di alterare l'equilibrio ecologico di acqua, aria e suolo.); 2) i c.d. beni ambientali, che la legge identifica sostanzialmente con il paesaggio e le bellezze naturali e che, già espressamente protetti dalla Costituzione, trovano ulteriore tutela sia nel Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 22) sia negli articoli 733 (danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) e 734 (distruzione o deturpamento di bellezze naturali) c.p.; 3) la salute pubblica e l'igiene dei luoghi, entità la cui protezione è imposta allo Stato, in primo luogo, dall'art. 32, comma 2 della Costituzione; 4) l'integrità del territorio, entità questa che il legislatore ha voluto proteggere

Ed invero, l'unitarietà dell'ambiente come bene giuridico non impedisce di cogliere al suo interno specifici e più ristretti settori di intervento della normativa penale²⁶.

Anzi, una siffatta visione "analitica" del bene ambiente presenta un importante vantaggio per ciò che concerne la tecnica di costruzione delle fattispecie penali, risultando senza dubbio più agevole, soprattutto nell'ottica del rispetto del canone dell'offensività "in astratto", individuare comportamenti dotati di attitudine offensiva nei confronti di ciascuna delle componenti ambientali singolarmente considerate, piuttosto che nei confronti del sistema naturale nel suo complesso. Sicché, pur riconoscendo che l'ambiente rappresenta il bene unitario "di categoria", è essenziale che le singole fattispecie incriminatrici vengano costruite e interpretate come dirette alla protezione dei singoli elementi di ogni ecosistema nella loro individualità, i quali, pertanto, assurgerebbero a oggetti giuridici specifici di tutela penale²⁷.

Diversamente opinando, e dunque riconoscendo all'ambiente la natura di bene unitario e collettivo, di natura superindividuale, si correrebbe infatti il rischio di legittimare una legislazione che, nel tentativo di tutelare tutte le possibili e

⁻

sia dallo sviluppo edilizio ed urbanistico (fondamentale in tal senso è il d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, c.d. Testo Unico dell'edilizia) sia, più in generale, da "manipolazioni" in grado di sottoporre le popolazioni al pericolo di calamità naturali (es. L. 21 novembre 200 n. 353 in materia di incendi boschivi).

²⁶ Sul punto cfr. F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia, cit., 1108, nonché F.G. SCOCA, Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, in Dir. e soc, 1993, 402, il quale osserva che "Si deve precisare, se si vuole ottenere una tutela effettiva dell'ambiente, attraverso strumenti giuridici, il modo di intendere l'ambiente: come complesso di fattori tra loro separati anche se connessi, o come equilibrio tra i diversi fattori", sottolineando inoltre come sembrerebbe "più rispondente all'attuale stato della legislazione affermare che sussista una pluralità di beni ambientali piuttosto che un unitario bene ambiente".

²⁷ C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., 1 secondo la quale, la suddetta "scomposizione" del bene ambiente porterebbe anche il vantaggio che l'eventuale, e da più parti auspicata, riformulazione delle relative fattispecie incriminatrici nel senso di un, quantomeno parziale, abbandono del modello di reato di pericolo astratto "potrebbe svincolarsi da ogni riferimento a macro eventi affetti da inevitabile gigantismo". L'A. osserva, inoltre, come la prospettata relazione tra bene di categoria e bene specifico non è nuova al nostro ordinamento posto che anche i delitti contro la persona incentrano la loro tipicità su modalità di aggressione nei confronti di specifiche articolazioni (vita, incolumità individuale, libertà ecc.) di un unico bene di categoria (la persona, per l'appunto).

differenti componenti di tale bene, finirebbe con il creare norme incriminatrici dai contorni inevitabilmente indeterminati²⁸.

Detta considerazione necessita, tuttavia, di una precisazione: se gli oggetti giuridici delle norme in materia ambientale sono i soli elementi fondamentali della biosfera (acqua, aria, suolo) e, dunque, si accoglie una nozione "ristretta" del bene ambiente²⁹, la tutela del paesaggio, del regolare assetto del territorio ovvero dei beni storico-artistici esulerebbe dallo specifico campo d'indagine del c.d. diritto penale ambientale, divenendo oggetto di apposite discipline, in quanto tali caratterizzate da principi e finalità differenti³⁰.

1.1. L'ambiente come oggetto di tutela penale: concezione antropocentrica o ecocentrica?

Prendendo le mosse da teorie di stampo filosofico, particolare attrazione ha suscitato, nell'ambito della dottrina italiana, l'indagine circa la "natura" antropocentrica o ecocentrica della tutela dell'ambiente al fine di verificare se, nel rapporto tra ambiente e uomo, quest'ultimo debba essere posto in una posizione di assoluta prevalenza ovvero considerato semplicemente quale elemento dell'ambiente in cui vive³¹.

²⁹ Mentre per la concezione "ampia", il termine ambiente sta a significare "il complesso delle condizioni sociali, culturali e morali nel quale l'essere umano si trova, si forma e si sviluppa", con la conseguenza che sono oggetti di tutela da parte del diritto penale ambientale anche il paesaggio e i beni artistici e culturali, per la concezione "ristretta" per ambiente si intendono i soli elementi fondamentali della biosfera (acqua, aria, suolo) che in quanto tali sono i soli legittimati ad essere oggetto di protezione penale.

²⁸ L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 15.

³⁰ In questo senso cfr. L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 28, la quale evidenzia come deponga in tale direzione la stessa riformulazione dell'art. 117 Cost. Secondo l'A., infatti, l'aver attribuito, da una parte, competenza esclusiva allo Stato in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" (art. 117, comma 2, lett. s) e, dall'altra, competenza concorrente in materia di "governo del territorio" e "valorizzazione dei beni culturali ed ambientali" (art. 117, comma 3 Cost.) è un indice della volontà del legislatore di dividere concettualmente la nozione di ambiente in senso ecologico da altri settori quali l'urbanistica, l'edilizia, la tutela del paesaggio etc.

³¹ Per un'analisi efficace di entrambe le concezioni (antropocentrica ed ecocentrica) cfr. J. LUTHER, Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia, in Politica del diritto, n. 4, 1989, 673 e ss.

Secondo la concezione "antropocentrica", l'uomo è un "un essere superiore dotato di ragione e chiamato a dominare ed appropriarsi della natura, che deve servire come mezzo per il soddisfacimento dei suoi bisogni, come "risorsa" di produzione, consumo e di riproduzione della specie umana"³². In questa prospettiva, dunque, l'ambiente altro non è che un insieme di condizioni naturali che esistono per assicurare la sopravvivenza della specie umana e che, pertanto, sono modificabili dall'uomo a proprio vantaggio, ancorché nel rispetto della loro conservazione.

Al contrario, i fautori della concezione "ecocentrica", prendendo le distanze dalla degradazione dell'ambiente a mera "risorsa" destinata a soddisfare le esigenze dell'uomo, riconoscono all'ambiente il rango di valore autonomo.

L'uomo, pertanto, "non deve impadronirsi della natura come mero oggetto, ma deve ritrovare (in essa) un suo posto organico" ³³.

L'adesione all'una o all'altra delle esposte tesi reca con sé un differente modo di intendere la tutela dell'ambiente: mentre, infatti, nell'ottica ecocentrica questo viene tutelato in sé e per sé, rientrando così nell'alveo dei c.d. "beni finali", per la tesi antropocentrica esso è oggetto di protezione in quanto strumentale al benessere e alla salute dell'uomo ed è dunque riconducibile alla categoria dei c.d. "beni strumentali" 34.

In altri termini, qualora si intenda la nozione di "ambiente" in senso ecocentrico sarà possibile ricorrere a modelli di tutela penale "diretta" ossia incentrata sull'effettiva lesione dell'ambiente, "posto che quest'ultimo, pur essendo per sua natura un bene superindividuale, conserva un proprio sostrato materiale che può fungere da parametro per la valutazione e misurazione del pericolo o del danno" 35-36.

Al contrario, laddove si accogliesse una nozione antropocentrica "estrema", l'ambiente resterebbe poco più che un interesse collettivo proteggibile soltanto in

³² Ibidem.

 $^{^{33}}$ Ibidem.

³⁴ Sulla distinzione tra beni "finali" e beni "strumentali" nel diritto penale vedi A. FIORELLA, *Reato in generale (voce)*, cit., 791 e ss. nonché *supra*, Cap. 1, par. 2.5., 23 e ss.

³⁵ L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 36.

³⁶ Sui rischi che può comportare l'adesione ad una concezione ecocentrica "forte" vedi F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia, cit., 1106, secondo cui, il considerare i cicli biologici come beni finali di tutela, potrebbe condurre ad una progressiva trasformazione della tutela dei beni ambientali nella tutela dell' "ideologia ambientalista".

funzione di ulteriori interessi (salute, economia, etc.), con la conseguente realizzazione di un modello di tutela "mediata" e avente ad oggetto, nella maggior parte dei casi, soltanto le funzioni amministrative di governo³⁷.

Le criticità legate alla tutela dei beni c.d. "funzionali" saranno oggetto di trattazione specifica nel prosieguo del lavoro. In tale sede preme, tuttavia, rilevare che la tutela dell'ambiente come meramente prodromica alla tutela della salute comporta il rischio di creare fattispecie indeterminate sotto il profilo del disvalore di evento, prive pertanto di un bene giuridico realmente afferrabile e dai connotati offensivi alquanto sfumati³⁸. Criticità che sono da prendere ancora più in considerazione se si considera che in tale ambito il legislatore ricorre, nella generalità dei casi, a fattispecie di pericolo astratto, con conseguente ulteriore anticipazione della soglia di punibilità ³⁹- ⁴⁰.

³⁷ Ibidem. Sulla normale coincidenza tra tutela di funzioni e tutela di beni strumentali cfr. G. DE VERO, Introduzione al diritto penale, Giappichelli, Torino, 2002, 165 e 166; V. MANES, Il principio di offensività, cit., 100 e ss. In questi termini, sulle conseguenze dell'adesione alla concezione antropocentrica cfr. F. GIUNTA, Ideologie punitive e tecniche di formazione nel diritto penale dell'ambiente, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1990, 848.

³⁸ Sul punto cfr L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 19. Il pericolo che lo schema di seriazione dei beni oggetto di tutela penale, per quanto utile a verificare la concreta offensività dei singoli reati, tuttavia possa condurre alla creazione di fattispecie che violano il principio di determinatezza, è evidenziato da A. FIORELLA, Il reato (voce), cit., 798 e ss. il quale, come noto, è stato uno dei sostenitori della teoria del rapporto bene strumentale-bene finale di tutela. L'A. invita ad accertare accuratamente che "l'individuazione di comportamenti illeciti con riferimento ad un bene strumentale che "media" tutta una serie di beni, i più svariati, non finisca con l'inficiare la determinatezza (sostanziale) della fattispecie" e a riflettere " se il guardare al bene strumentale faccia perdere completamente di vista l'evento offensivo".

³⁹ Sempre L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit. 19, evidenzia che, se si considera quale oggetto finale della tutela penale la salute dell'uomo e l'ambiente come bene strumentale, sul piano della strutturazione delle fattispecie sembrerebbe più adeguato ricorrere alla tipologia dei reati di danno e dunque prevedere la punibilità delle condotte produttrici di un danno all'ambiente, in quanto da quel danno consegue la messa in pericolo di un bene ulteriore, per l'appunto, la salute dell'uomo.

⁴⁰ Ibidem. L'A. evidenzia come, anticipando la soglia di punibilità a livello di pericolo, le condotte incriminate assumerebbero un contenuto offensivo "sfuggente" rispetto al bene finale, così esponendo quest'ultimo ad una situazione di pericolo indiretto. In tal modo, si finirebbe per incriminare il "pericolo del pericolo", in quanto il collegamento eziologico tra l'offesa subita dal bene intermedio e la potenziale lesione del bene finale diventerebbe infatti molto debole, se non addirittura ipotizzabile solo sul piano ideale. L'A. sottolinea, inoltre, come ad analogo risultato si perverrebbe nel caso si coniassero fattispecie incriminatrici di tipo "sanzionatorio puro" ossia strutturate attorno alla violazione di atti o provvedimenti amministrativi: se, infatti, la suddetta autorizzazione amministrativa è finalizzata ad impedire che le condotte di esercizio di determinare attività industriali o economiche, potenzialmente inquinanti, producano pregiudizio alla salute pubblica, il parametro alla stregua del quale dovrà essere effettuato il controllo preventivo della Pubblica Amministrazione sarà costituito dalla valutazione della pericolosità rispetto al suddetto

Inoltre, seppur è innegabile che il bene della salute tragga un beneficio da un ambiente "sano", posto che la preservazione dell'ecosistema e delle sue risorse è indispensabile per la promozione dei livelli di qualità della vita umana e delle generazioni future, questa relazione di strumentalità (ambiente - salute), non solo non è indefettibile, ma non è neanche l'unica relazione rintracciabile.

Si pensi, ad esempio, alla tutela delle acque: la scomparsa di una determinata flora a causa di condotte inquinanti può sia cagionare il proliferare di altre specie vegetali velenose per l'uomo, così mettendone a rischio la salute, sia produrre effetti diversi quale può essere il progressivo essiccamento del corso d'acqua che metta in pericolo l'approvvigionamento idrico dei centri abitati circostanti ovvero determini il moltiplicarsi di specie batteriche inoffensive per l'uomo, ma letali per le coltivazioni, con conseguente grave danno per l'economia⁴¹.

Le insufficienze legate alla concezione antropocentrica hanno portato progressivamente una parte della dottrina 42 ad orientarsi verso una concezione ecocentrica seppur con un approccio moderato. Tale orientamento, infatti, ammette l'interferenza dell'azione umana sulle condizioni fisiche e chimiche degli ecosistemi che siano materialmente alterabili, compatibilmente con la conservazione dell'equilibrio ambientale.

bene (la salute, per l'appunto) di una condotta già pericolosa rispetto al bene intermedio (l'ambiente).

Stesse considerazioni valgono per le fattispecie che puniscono la violazione di limiti tabellari di emissione, scarico etc., posto che la misura e la tipologia di tali emissioni varia a seconda del bene giuridico che si sceglie di tutelare quale bene finale. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di scarico inquinante eccedente i limiti tabellari in un dato fiume o lago: se una tale condotta venisse incriminata non in quanto pericolosa per l'ambiente, ma in quanto potenzialmente in grado di determinare un rischio per la salute umana, il legislatore, nel fissare i limiti di emissione, dovrà considerare "consentito" il rischio di pregiudizio per i cicli biologici e illecito soltanto il rischio di inquinamento che si traduce in un pregiudizio per la salute collettiva, con la conseguenza di lasciare del tutto prive di sanzione condotte "pericolose" per gli equilibri ecologici di quel fiume o di quel lago, ma irrilevanti in una prospettiva di difesa della salute collettiva.

⁴¹L'esempio è di L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 19 e ss., la quale evidenzia come la "polidimensionalità" dell'ambiente non può giustificare una surrettizia applicazione del modello logico della c.d. "seriazione tra beni". E, a tal proposito, sottolinea che " i nessi di strumentalità tra l'ambiente ed altri interessi sono utili per individuare le ragioni politico criminali che giustificano la protezione attraverso lo strumento penale, ma non forniscono alcuna indicazione sulla natura astratta o concreta del bene, la quale, come noto, influisce sulla qualificazione dell'offesa tipica in termini di lesione o di messa in pericolo".

⁴² Ibidem.

In altri termini, il mutamento di prospettiva tra uomo e l'ambiente proprio della concezione ecocentrica, secondo cui quest'ultimo non è al servizio del primo e del suo potere d'azione, non significa, tuttavia, giustificare una tutela dell'ambiente assoluta ed estranea ad ogni criterio di bilanciamento tra beni ed interessi, che conduca a ritenere punibile qualsiasi, seppur minima, alterazione dello stato dell'ambient⁴³. Al contrario, aderendo ad una prospettiva econcentrica moderata, l'ambiente deve essere inteso in modo da non impedire lo svolgimento di attività umane socialmente utili⁴⁴.

L'esposta linea argomentativa, seppur degna di plauso per aver rimarcato l'importanza dell'ambiente come bene meritevole di tutela penale, non sembra essere accolta dal legislatore italiano⁴⁵.

Difatti, la normativa in materia ambientale, a partire dall'art. 1 della Legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente che pone gli "interessi fondamentali della collettività" come "limite generale alla conservazione e al recupero delle condizioni ambientali" sino al recente d.lgs. 152 del 2006, che all'art. 2 – che indica come obiettivo primario "la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali" – sembra voler accogliere una visione "antropocentrica" dell'ambiente in forza della quale quest'ultimo va salvaguardato, non in sé per sé, bensì in quanto luogo ove si svolge la vita umana. In realtà, la disputa tra le due concezioni va ridimensionata. Ed infatti, come è stato opportunamente sottolineato, "la dialettica istaurata tra antropocentrismo e ecocentrismo nel settore del diritto penale rischia di trascinare con sé un equivoco di fondo" ossia l'idea che la valorizzazione del bene ambiente come autonomo e

-

⁴³ E' questa una critica che la dottrina, in maggioranza aderente alla concezione antropocentrica, muove alla visione ecocentrica. Cfr., fra gli altri, M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 41 e ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia*, cit., 1196 e ss.; ID., *Ideologie punitive e tecniche di formazione nel diritto penale dell'ambiente*, cit., 847 e ss.

⁴⁴ La visione ecocentrica moderata è sostenuta e efficacemente argomentata da L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 30 e ss.

⁴⁵ Di questa opinione sono: F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia*, cit., 1106 e ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 45; ID., *I reati ambientali e il principio di offensività*, cit., 292; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., 16 e ss.

rilevante interesse tutelabile, dotato di un proprio substrato empirico, sia una prerogativa esclusiva della concezione ecocentrica⁴⁶.

Quest'impostazione non può essere considerata corretta in quanto l'accoglimento della concezione antropocentrica non presuppone la negazione dell'ambiente come oggetto giuridico dotato di dignità autonoma rispetto ai beni della persona, ma esprime solo l'esigenza che si realizzi un contemperamento tra la protezione del bene naturale e quella dei beni personali degli individui o di altri beni collettivi parimenti rilevanti⁴⁷. Ignorare il collegamento tra l'ambiente e gli interessi umani si rivela, infatti, un'operazione ermeneutica priva di utilità se si considera che ogni bene giuridico tutelato dal diritto penale è, in quanto tale, un bene a dimensione antropocentrica, protetto in funzione dello scopo di conservare le condizioni di vita dell'uomo, come singolo o come collettività organizzata in gruppo sociale o Stato. E ciò trova ulteriore conferma se si considera che "vale per la tutela dell'ambiente ciò che vale anche per altri rami del diritto penale, ossia che la natura intrinsecamente antropocentrica dei beni protetti non implica che dal punto di vista dalla tecnica di redazione delle fattispecie incriminatrici sia necessario configurare per ciascun reato un'offesa agli interessi della persona in aggiunta all'offesa del bene direttamente protetto dalla norma penale"48.

Tanto considerato, non si comprende allora perché la concezione antropocentrica dovrebbe portare alla negazione dell'autonomia del bene ambiente e al riconoscimento della sua inevitabile strumentalità rispetto a beni differenti: l'autonomia dell'ambiente rispetto ad altri beni giuridici non è incompatibile con la visione antropocentrica, se non a costo di attribuire a quest'ultima necessariamente un'accezione negativa, quasi che parlare di antropocentrismo equivalga a legittimare da parte dell'uomo uno sfruttamento incondizionato dell'ambiente, il quale – conseguentemente – verrebbe tutelato solo se, e nella

⁴⁶ In questo senso C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., 17.

⁴⁷ A tal proposito è necessario evidenziare che la necessità di un contemperamento tra la tutela dell'ambiente e la tutela dei beni personali degli individui non è messa in dubbio neanche dai sostenitori della visione ecocentrica che proprio, per tale ragione, spesso qualificano l'ecocentrismo come "debole" o "moderato". Per un'analisi della tesi ecocentrica "moderata" cfr. L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 241.

⁴⁸ Ibidem.

misura in cui, rileva come strumento per la tutela di altri beni o interessi che traggono vantaggio dalla sua conservazione.

Ma, in realtà nulla di tutto ciò caratterizza la concezione antropocentrica⁴⁹.

Ed allora, partendo dal presupposto che, piaccia o meno, la visione antropocentrica caratterizza la legislazione penale in materia ambientale, è necessario riconsiderare detta concezione in una visione più "moderna", ritenendo dunque superata quella prospettiva tradizionale che perseguiva la difesa dell'ambiente solo in via mediata e che, al contrario, considerava quale referente ultimo della tutela penale esclusivamente l'uomo *uti singuli* o la collettività.

L'evoluzione sociale e giuridica ha, infatti, permesso di superare quelle difficoltà che impedivano al bene ambiente di affermarsi come autonomo oggetto di tutela piuttosto che come mera estrinsecazione di interessi individuali e collettivi, primo fra tutti il diritto alla salute.

Si comprende allora come la concezione ecocentrica abbia giocato, in una certa fase storica, il ruolo di grimaldello per scardinare le resistenze al pieno riconoscimento di un valore in via di progressiva emersione. Ma, a prescindere da questa rilevanza sul piano ideologico, la concezione ecocentrica non corrisponde al volto del sistema di tutela dell'ambiente che, al contrario, è caratterizzato da un bilanciamento tra l'esigenza di protezione dell'ambiente e quella di tutela degli interessi della collettività e dei singoli individui.

Tanto considerato, vale anche la pena di precisare che, nel nostro ordinamento, la tutela dell'ambiente viene affidata alla previsione di specifiche fattispecie destinate ad operare a prescindere dalla circostanza che i comportamenti incriminati mettano effettivamente in pericolo i beni di singoli individui, quali la vita o la salute⁵⁰. Tuttavia, tale circostanza non esclude che i predetti beni di

-

⁴⁹ Cfr. C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 18.

⁵⁰ M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 44. Secondo l'A. la tutela dell'ambiente e la tutela della salute "finiscono con l'essere due obiettivi tra loro connessi ma comunque distinti: l'uno, e cioè la tutela dell'ambiente, costituisce obiettivo fondamentale e generale del sistema; l'altro, vale a dire la tutela della salute delle persone, un fine che affiora in più punti, quale corollario imprescindibile e irrinunciabile rispetto a condotte che oltre alla normale pericolosità per l'equilibrio ecologico di acque, aria e suolo, risultano portatrici di pericoli immediati e diretti per la salute".

natura personale o collettiva trovino tutela attraverso il ricorso alle generali fattispecie codicistiche pensate appunto con riferimento ai tradizionali beni della persona e della collettività⁵¹.

Il bene ambiente, dunque, anche in un'ottica antropocentrica, dove la tutela penale non perde di vista il ruolo dell'uomo e degli interessi di cui egli è portatore, è l'oggetto finale della tutela penale.

In una prospettiva de iure condendo nulla esclude, tuttavia, che in sede di costruzione della fattispecie penale il legislatore possa modulare la risposta sanzionatoria laddove la condotta coinvolga, oltre l'ambiente, anche beni di carattere individuale quali, ad esempio, la vita o la salute, attraverso la previsione, se del caso, di specifici eventi aggravatori.

Con la precisazione che una siffatta scelta non andrebbe a sdoganare la tutela dell'ambiente come bene autonomo, ma porterebbe semplicemente a riconoscere che la tutela dell'ambiente può contribuire, in via strumentale, anche alla salvaguardia di altri beni⁵².

2. La struttura delle fattispecie ambientali in materia penale: il "dominio" delle tecniche di rinvio al diritto amministrativo

Il diritto penale ambientale, in Italia, è caratterizzato da una stretta interazione nella descrizione del tipo tra fonti penali e norme di diritto amministrativo adottate ai vari livelli di governo.

Posto che, salvo rare eccezioni, in tale settore non si riscontrano norme incriminatrici che non affidino ad atti amministrativi o a norme che disciplinano questi ultimi il compito di puntualizzare il proprio ambito di operatività⁵³, si può affermare che il diritto dell'ambiente si presenta come un complesso di fattispecie "aggregate" a complessi amministrativi di disciplina.

-

⁵¹ Chiara sul punto è ancora C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 20.

⁵² Ibidem

⁵³ Cfr. M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 55. Per una disamina della c.d. accessorietà del diritto penale ambientale italiano nei confronti del diritto amministrativo cfr., fra gli altri, A. L. VERGINE, Ambiente nel diritto penale (tutela dell'), in Dig. Disc. pen. IX, Appendice, Torino, 1995, 757 e ss.; F. GIUNTA, Tutela dell'ambiente, cit.; A. FIORELLA, Ambiente e diritto penale in Italia, in AA.VV., Protezione dell'ambiente e diritto penale, Bari, 1993, 231.

Prima di procedere alla disamina della struttura delle fattispecie ambientali è utile comprendere quali sono i modelli d'illecito che è possibile adottare nella materia de qua.

Ed invero i reati in materia di ambiente possono essere classificati attraverso un criterio che tenga conto della struttura della fattispecie, ossia della tecnica di tipizzazione dei fatti incriminati utilizzata dal legislatore. In particolare, la dottrina di matrice tedesca ⁵⁴, poi ripresa dalla quasi totalità delle riflessioni penalistiche italiane sulla materia ambientale, ha ricavato dall'analisi della struttura di reati ambientali tre possibili modelli di illecito, a cui corrispondono altrettanti gradi o livelli di accessorietà del diritto penale al diritto amministrativo:

- il modello classico, caratterizzato da reati di evento, nell'ambito del quale la condotta tipica consiste in un'azione o omissione produttrice di un danno o di un pericolo concreto per il bene protetto, che è contraddistinto da un'assoluta autonomia del diritto penale dal diritto amministrativo. Ed infatti la descrizione del fatto tipico prescinde dal richiamo alle disposizioni extrapenali, delineando tendenzialmente comportamenti percepibili dai destinatari delle fattispecie in termini naturalistici.
- il modello parzialmente sanzionatorio, nel quale la condotta tipica consiste in una violazione di disposizioni amministrative ed è altresì produttrice di un evento di danno o pericolo concreto, che corrisponde, invece, ad un livello di "accessorietà media" del diritto penale al diritto amministrativo, in quanto le condotte tipiche costituiscono violazioni di disposizioni amministrative che il legislatore seleziona come penalmente rilevanti solo se produttive di un evento lesivo dell'ambiente. Si tratta, in altri termini, di un modello "misto" che si colloca a metà strada tra il modello penalistico puro, con il quale condivide il requisito della verificazione di un risultato naturalistico eziologicamente collegato alla condotta del soggetto attivo, e quello a struttura integralmente

⁵⁴ Per un'analisi comparata delle tecniche di tutela dell'ambiente, per la dottrina tedesca cfr. G. HEINE, *Verwaltungakzessorietät des Umweltstrafrechts, in Neue Juristiche Wochenschrift*, 1990, 2426 e ss., come citato da L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 84.

sanzionatoria, del quale invece possiede il requisito dell'antigiuridicità rispetto a prescrizioni extrapenali⁵⁵.

il modello sanzionatorio puro, nel quale la condotta tipica si esaurisce nella violazione di norme amministrative o di provvedimenti della Pubblica Amministrazione, così prescindendo dalla verificazione di un evento di danno o di pericolo concreto, che si contraddistingue, invece, per un grado di "accessorietà massima" del diritto penale al diritto amministrativo posto che, consistendo il fatto tipico esclusivamente nella violazione di norme extrapenali o di provvedimenti amministrativi, la significatività delle condotte si esaurisce nella contrarietà a precetti di natura amministrativa in funzione prevenzionistica ⁵⁶.

Sennonché, come è stato opportunamente osservato, a quest'ultima conclusione sul modello sanzionatorio puro si è obbligati se ci si attiene ad un modello di classificazione che tenga conto esclusivamente della struttura degli illeciti senza prendere in considerazione la natura dell'offesa. Ed infatti, se muovendosi dall'ottica del mero disvalore formale non vi è altra soluzione che ritenere i fatti incriminati da questo gruppo di fattispecie penalmente rilevanti in quanto antigiuridici rispetto ad un sistema di regolamentazione prescritto da norme extrapenali, seguendo il punto di vista del disvalore sostanziale la prospettiva non può che mutare posto che è possibile evincere che alcuni dei comportamenti incriminati, lungi dal costituire mere disobbedienze al diritto amministrativo, possiedono connotati di pericolosità, e dunque di significatività offensiva, rispetto al bene ambiente⁵⁷.

Fatte queste opportune premesse, nella legislazione italiana vigente, come già anticipato, il modello di illecito prevalente nel campo ambientale è quello che, per la costruzione del tipo, rinvia ad atti amministrativi o alla normativa extrapenale

⁵⁵ L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 86; F. GIUNTA, Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente, cit., 858.

⁵⁶ Si tratta dei c.d. "reati di inosservanza". Per un *excursus* su di essi, nella dottrina italiana si veda M.O. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata: profili penali*, Giappichelli, Torino, 131 e ss.

⁵⁷ L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 87. L'A. evidenzia come l'impiego di un criterio formale di classificazione impone di collocare in un'unica area reati cui può corrispondere una diversa intensità di potenziale lesivo nei confronti del bene protetto, ma per i quali il legislatore impiega la stessa tecnica di tipizzazione, contrassegnata dal massimo grado di dipendenza del diritto penale dal diritto amministrativo.

di settore e, dunque, quello caratterizzato da una spiccata accessorietà del diritto penale al diritto amministrativo. In particolare, volendo prendere come riferimento la tripartizione appena ricordata, si può affermare che le tipologie di illecito rintracciabili nel nostro ordinamento appartengono prevalentemente al secondo e al terzo tipo dei modelli indicati⁵⁸.

La ragione di questa stretta dipendenza della disciplina penale in materia ambientale dalla normativa extrapenale di settore risiede, principalmente, nell'operare congiunto di due fattori: da una parte, l'appartenenza del diritto penale ambientale italiano al diritto complementare, come noto, connotato per sua natura da una forte compenetrazione tra diritto penale e diritto extrapenale; dall'altra parte, il carattere "compositivo", appunto, che la tecnica di tutela

⁵⁸ Del tutto marginali, sono invece le fattispecie ambientali riconducibili al primo modello e, dunque, incriminatrici di condotte produttive di un danno o di un pericolo concreto per l'ambiente. In realtà, parte della dottrina (cfr. A. MARTINI, Aria, in F. PALAZZO, C. PALIERO (cur.), Commentario breve alla leggi penali complementari, Cedam, Padova, 2003, 65, nonché G. AZZALI, La tutela penale dell'ambiente: un'indagine di diritto comparato, Cedam, Padova, 2001, 292) vi riconduceva l'art. 24 comma 6 del d.P.R. 203 del 1988 a tutela dell'aria, il quale prevedeva una circostanza aggravante ad effetto speciale per la contravvenzione di cui al comma 4 e 5 dello stesso articolo a carico di chi, nell'esercizio di un nuovo impianto industriale, effettuando immissioni di sostanze inquinanti superiori ai valori limite di emissione, avesse determinato "il superamento dei valori di qualità dell'aria", ritenendo che il superamento della qualità dell'aria, misurabile attraverso il parametro del limite di qualità fissata con decreto ministeriale, costituisse un vero e proprio evento di danno per il bene tutelato, sebbene concretizzabile solo attraverso la fissazione di standards da parte della Pubblica Autorità. Altra dottrina (cfr. F. GIAMPIETRO, Bonifica dei siti contaminati. I nodi interpretativi, Giuffrè, Milano, 2002; A. L. VERGINE, La causa di non punibilità di cui all'art. 114 della legge n. 388/2000, in www.lexambiente.com), inoltre, considerava reato di danno o almeno di pericolo quello di cui all'art. 51 bis del D.L. 22 del 1997, così come modificato dalla Legge 426 del 1998, il quale puniva chi cagionava l'inquinamento o il pericolo concreto ed attuale di inquinamento, se non provvedeva alla bonifica del sito. Le medesime considerazioni valgono per il reato di cui all'art. 257 del d.lgs. 152 del 2006 che ha sostituito il suddetto art. 51 bis, prevedendo la punibilità solo per i casi in cui l'omessa riparazione consegua alla causazione (evento di danno), e non più anche al pericolo concreto, di inquinamento.

Sennonché, è necessario evidenziare come la riconduzione dei suddetti illeciti al modello penalistico puro non è andata esente da critiche. In particolare, mentre per quanto concerne la prima delle fattispecie indicate è stato osservato (vedi L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 90) che "il superamento dei valori limite di quantità dell'aria" costituisce, più che un evento di danno, una circostanza aggravante funzionale a connotare di maggiore concretezza il pericolo astratto della condotta base, in relazione alla natura dell'art. 51 bis, un certo orientamento (cfr. L. RAMACCI, La nuova disciplina dei rifiuti. Commento organico al quadro normativo e al sistema delle sanzioni dopo il "Testo Unico dell'ambiente", Piacenza, 2006, 196) ha identificato in esso un illecito omissivo proprio, nel quale l'inosservanza dell'obbligo di bonifica costituisce il fatto tipico, mentre l'aver cagionato l'inquinamento o il pericolo di inquinamento un mero presupposto della condotta, necessario a far scattare l'obbligo di ripristinare. In ogni caso, si tratta comunque di illeciti in cui è pur sempre rintracciabile una subordinazione della sanzione penale alle funzioni di governo della Pubblica Amministrazione.

assume in forma decisamente rilevante in questo settore⁵⁹. Ed invero, posto che il riconoscimento del rilievo costituzionale del bene ambiente non implica un'incondizionata subordinazione ad esso di ogni altro valore desumibile dalla Costituzione, gli eventuali conflitti tra esso e altri beni giuridici dovranno essere inevitabilmente risolti con criteri che bilanciano il peso di ognuno di essi nel caso concreto.

Per quanto concerne la tutela penale, l'esistenza di tale potenziale conflitto tra l'esigenza di difesa dell'equilibrio ecologico da un lato e la necessità di protezione di altri interessi contrapposti ha indotto il legislatore ad adottare una tecnica che, anziché assolutizzare la protezione di uno o più beni a discapito degli altri, cerchi piuttosto di ridurne la conflittualità, attraverso il ricorso a strumenti integrati di intervento e di disciplina.

Ed allora si comprende come il raccordo tra disciplina penale e disciplina amministrativa presente nella materia ambientale trovi la propria giustificazione nella necessità di presidiare in maniera efficace l'esercizio da parte della Pubblica Amministrazione di funzioni di controllo e di funzioni compositive. Se, infatti, attraverso le prime (funzioni di controllo), organi tecnicamente qualificati perseguono l'obiettivo di contenere entro i limiti accettabili i rischi naturalmente insiti nell'esercizio di determinate attività che, ancorché potenzialmente pericolose per gli interessi pubblici, siano socialmente utili, con le seconde (funzioni compositive), le autorità competenti cercano, appunto, di comporre le diverse esigenze che ruotano attorno a una pluralità di interessi, tutti meritevoli di protezione, con la conseguente impossibilità di sancire a priori e in astratto la prevalenza assoluta e incondizionata di uno di essi sugli altri⁶⁰. Di qui la scelta di affidare alla Pubblica Amministrazione, quale autorità dotata della qualificazione tecnica necessaria ad effettuare valutazioni e riscontri specifici, la gestione del conflitto attraverso la precisazione dei termini di prevalenza di un interesse

⁵⁹ C. Bernasconi, Il reato ambientale, cit., 23.

⁶⁰ Ibidem. Sul punto cfr. anche C. PEDRAZZI, Profili penalistici d i tutela dell'ambiente, in L'Indice pen., 1991, 619; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 546; M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 95 e ss.

sull'altro, sicché la sanzione penale interviene per tutelare le modalità legalmente prescritte per la soluzione dello stesso⁶¹.

D'altronde, non si può dire che questa sia una soluzione nuova nel diritto penale posto che è la stessa emersione e progressiva espansione di nuovi beni c.d. ad ampio spettro o collettivi ad evidenziare, in termini generali, l'esistenza di rapporti conflittuali tra interessi di natura diversa e, dunque, la necessità di ricorrere a forme integrate (penali-amministrative) di tutela. E non a caso la tutela penale dell'ambiente viene generalmente indicata come ipotesi paradigmatica di protezione di interessi diffusi⁶².

In realtà, quantomeno a livello astratto, anche i suddetti beni/interessi (collettivi o diffusi) potrebbero essere tutelati attraverso il ricorso a modelli penalistici puri ma una serie di considerazioni ha finora indotto a ritenere che il collegamento tra sanzione penale, da un lato, e attività di governo della Pubblica Amministrazione, dall'altro, possa meglio garantire l'efficienza del sistema.

Difatti, mentre una prospettiva penalistica pura, come già accennato, tenderebbe ad assolutizzare esigenze di tutela di determinati interessi a discapito di altri ugualmente meritevoli di tutela, così inevitabilmente peccando di un grado di astrattezza inadeguato a realtà concrete sicuramente più complesse e articolate, l'utilizzo di una tecnica legislativa caratterizzata dalla stretta interdipendenza tra norme incriminatrici e atti amministrativi consente, da un lato, di coordinare le istanze repressive con l'esigenza di prevenire, fin dove possibile, l'insorgere di conflitti di interessi tramite il coinvolgimento di più soggetti nelle fasi di individuazione e realizzazione degli obiettivi di tutela, dall'altro lato, di svolgere controlli più mirati e specifici su singole situazione concrete.

-

⁶¹ In tal senso cfr. T. Padovani, La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1984, 958; ID., Il Binomio irriducibile. La distinzione tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale in Diritto penale in trasformazione, a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano, 1985, 451; ID., La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, cit., 118, nonché ID., Tutela di beni e tutela di funzioni, cit., 674. L'A., in particolare, evidenzia che, in tale ipotesi, il paradigma legge-giudice si complica con l'intervento dell'amministrazione, la quale esplica, con intensità e discrezionalità variabili, il proprio potere decisionale in relazione agli interessi da bilanciare. Sul punto vedi anche M. Donini, Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a struttura e condotta neutra, Milano, 1993, 155 e ss.

⁶² C. BERNASCONI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 26. Sul punto vedi anche, tra gli altri, G. INSOLERA, Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente, in Dir. pen. e proc., 1997, 737.

E quest'opera d'intermediazione, dal punto di vista pratico, viene appunto realizzata rinviando alla disciplina e alle scelte compiute dalla Pubblica Amministrazione attraverso atti normativi e provvedimenti concreti, aventi per lo più carattere autorizzatorio a contenuto prescrittivo⁶³.

2.1. I modelli di classificazione delle fattispecie ambientali nel sistema italiano

La disorganicità della normativa penale italiana in materia di ambiente impone di effettuare un'analisi per macrocategorie concettuali che tenga conto di alcuni consolidati modelli di classificazione dei reati che la dottrina ha adottato nel settore in esame.

Preliminare alla disamina delle suddette classificazioni, è evidenziare come alla scelta del legislatore di ricorrere a fattispecie a struttura totalmente o parzialmente sanzionatoria corrisponde l'opzione per la natura prevalentemente contravvenzionale degli illeciti posti a tutela dell'ambiente ed il ricorso ad una tutela anticipata di quest'ultimo incentrata sulla protezione immediata delle funzioni di governo dello stesso da parte della Pubblica Amministrazione⁶⁴.

Nella materia della tutela dell'ambiente il criterio di classificazione che la dottrina utilizza per conferire un ordine alla pluralità dei reati esistenti è di tipo formale, attinente alle tecniche di tipizzazione del fatto incriminato.

Ed invero, come già evidenziato, le fattispecie ambientali vengono generalmente raggruppate in categorie omogenee a seconda del livello di compenetrazione tra diritto penale e norme o provvedimenti amministrativi, senza prendere in

⁶³ In questo senso C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 27, la quale evidenzia come sia stata progressivamente superata l'idea originaria che tendeva ad identificare l'autorizzazione con una funzione di mera prevenzione negativa, ossia come semplice rimozione di un limite all'esercizio di determinate attività, previo accertamento del carattere non dannoso o pericoloso delle stesse. L'A. osserva come, oggi, la funzione di mera prevenzione e controllo non sembra più idonea a ricomprendere tutti i profili legati all'attività amministrativa di natura autorizzativa e ciò proprio in quanto "l'esperienza ha dimostrato che molte delle più recenti ipotesi di atti e attività da autorizzare presentano il coinvolgimento di una pluralità di interessi confliggenti, che parrebbe imporre il ricorso a complessi procedimenti amministrativi in funzione, oltre che preventiva, soprattutto compositiva. In taluni casi, cioè, l'ingerenza degli organi amministrativi nell'attività autorizzata risulta finalizzata, appunto, alla composizione di interessi propri del soggetto agente con una pluralità di interessi pubblici diversi, coinvolti dall'esercizio dell'attività del primo".

⁶⁴ L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 116.

considerazione l'identità della natura o dell'offesa al bene giuridico. In altri termini, la selezione delle norme inquadrabili in un determinato gruppo si fonda sulla valutazione del grado di integrazione tra fonti penali e extrapenali e del diverso peso degli elementi descrittivi e normativi nella costruzione del tipo.

Sennonché, posto questo criterio di classificazione, si deve dare atto che nelle ripartizioni proposte in dottrina si rinvengono alcune lievi differenze relative, in particolare, al numero di categorie individuate⁶⁵.

Per un certo orientamento ⁶⁶ è possibile effettuare, nell'ambito degli illeciti ambientali, una bipartizione di base tra:

- a) reati che consistono nell'inosservanza di precetti imposti dalla Pubblica Amministrazione;
- b) reati che descrivono direttamente le condotte pericolose per l'ambiente attraverso l'uso di elementi normativi.

A sua volta il primo gruppo di illeciti può essere diviso in tre sottogruppi: 1) reati di omessa comunicazione di dati; 2) reati di esercizio di attività senza autorizzazione; 3) reati di svolgimento di attività in violazione di prescrizioni imposte dalla Pubblica Autorità.

A titolo esemplificativo, ancorché non esaustivo, è possibile annoverare: nell'ambito della prima sottocategoria, il reato di cui all'art. 137 comma 7 del d.lgs. 152 del 2006 che punisce il gestore del servizio idrico che non ottempera all'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 110 comma 3 del medesimo testo nonché il reato di cui all'art. 279 comma 3 che, in tema di inquinamento dell'aria, prevede la sanzione penale a carico di chi "mette in esercizio un impianto o inizia ad esercitare un attività senza averne dato la preventiva comunicazione prescritta ai sensi dell'art. 269, comma 6, o ai sensi dell'art. 272, comma 1"; nell'ambito della seconda

⁶⁵ La differenza tra i vari orientamenti dottrinali dipende dalla circostanza che, talvolta, si procede ad una suddivisione di talune classi di reati in sottoclassi e sottocategorie ed, in parte, dalla diversa formulazione linguistica del criterio di selezione impiegato.

⁶⁶ F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?, cit., 1100 e ss. In senso parzialmente conforme cfr. C. PEDRAZZI, Profili penalistici di tutela dell'ambiente, cit., 619, il quale distingue tra reati incentrati sull'inosservanza di limiti di accettabilità e reati consistenti nell'inosservanza di precetti imposti dalla Pubblica Amministrazione, senza scomporre questa seconda categoria nelle citate tre sottoclassi.

sottocategoria, tra gli altri, l'illecito di cui all'art. 137 comma 1 del suddetto decreto legislativo, secondo cui è punito "chiunque apra o comunque effettui nuovi scarichi di acque reflue industriali senza autorizzazione (..)"; mentre al terzo sottogruppo si ritiene appartengano la fattispecie di cui all'art. 256 comma 4 che subordina la sanzione penale all'inosservanza delle prescrizioni contenute o richiamate nelle autorizzazioni ovvero alle ipotesi di carenza dei requisiti o delle condizioni richiesti per le iscrizioni o comunicazioni nonché quella prevista dall'art. 137 comma 3, consistente nella condotta di scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose indicate nelle apposite tabelle richiamate dalla norma senza osservare le prescrizioni della necessaria autorizzazione o le altre prescrizioni dell'autorità competente.

Sarebbero, invece, illeciti di cui alla categoria b) tutti, quelli che, pur facendo rinvio a fonti diverse dalla legge penale, tuttavia descrivono, già sul piano della tipicità, condotte astrattamente pericolose per l'ambiente, lasciando alla norma extrapenale il compito di specificare i connotati di offensività del fatto. Questo gruppo di reati vengono solitamente identificati con le fattispecie che puniscono attività di emissione, scarico, smaltimento di sostanze inquinanti in violazione di limiti tabellari⁶⁷.

Per altra impostazione⁶⁸, invece, gli illeciti ambientali sono suddivisibili in tre sottogruppi:

a) esercizio non autorizzato o "non segnalato" all'Autorità di attività standardizzate di massa particolarmente rischiose per l'ambiente (scarico o

_

⁶⁷ Fanno parte di questa categoria, tra le altre le fattispecie di cui agli articoli 279 comma 2, secondo cui "chi, nell'esercizio di uno stabilimento, viola i valori limite di emissione o le prescrizioni stabilite dall'autorizzazione (...) è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda fino a 1032 euro", e 137 comma 5 del d.lgs. 152 del 2006, a tenore del quale "chiunque, in relazione alle sostanze indicate nella tabella 5 dell'Allegato 5 alla parte terza del presente decreto, nell'effettuazione di uno scarico di acque reflue industriali superi i valori limite fissati nella tabella 3 o nel caso di scarico sul suolo, nella tabella 4 dell'allegato 5 alla parte terza del presente decreto, oppure i limiti più restrittivi fissati dalle regioni o dalle province autonome o dall'Autorità competente a norma dell'art. 107, comma 1, è punito con l'arresto fino a due anni e con l'ammenda da tremila a trentamila euro".

⁶⁸ M. CATENACCI, I reati ambientali e il principio di offensività, cit., 296 e ss.

smaltimento di rifiuti nelle acque o sul suolo, trasporto di materiali radioattivi, emissioni di fumi nell'atmosfera etc.)⁶⁹;

- b) mera disobbedienza a disposizione dell'Autorità di controllo (ad es. inosservanza del contenuto precettivo di un atto autorizzatorio, di ingiunzioni, di ordini etc.)⁷⁰;
- c) superamento di limiti di emissione e/o immissione di sostanze nocive per l'ambiente, indicati da norme extrapenali (per lo più contenute in allegati o tabelle), richiamate a loro volta dalle fattispecie incriminatrici e create, o anche solo sottoposte ad aggiornamento periodico, da fonti "terze", secondo un complicato meccanismo di rinvii c.d. "a catena"⁷¹.

Ancora, altra dottrina⁷² in una prospettiva più estrema, muovendo dall'assunto che l'impiego di fattispecie di pericolo astratto facenti rinvio a norme extrapenali

107

⁶⁹ Si tratta del modello di criminalizzazione prevalente. A titolo esemplificativo cfr. l'art. 137 comma 1 e l'art. 256 del d.lgs. 152 del 2006 che puniscono, rispettivamente, chiunque apra scarichi da insediamento nelle acque senza autorizzazione e chiunque effettui attività di smaltimento di rifiuti sfornito di autorizzazione regionale. Le norme che regolano il rilascio delle autorizzazioni vengono così automaticamente richiamate dalla fattispecie incriminatrice quali elementi normativi, contribuendo così all'esatta individuazione del fatto tipico (cfr. M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 58).

⁷⁰ Si vedano, ad esempio, l'art. 25 comma 2 del d. P.R. 203 del 1988 che punisce l'inosservanza delle prescrizioni che hanno autorizzato l'apertura di un impianto di emissioni gassose ovvero l'art. 44 del d. P.R. 380 del 2001 che punisce l'inosservanza delle disposizioni impartite con il permesso di costruire.

⁷¹ Solitamente, la norma incriminatrice rinvia alla tabella o all'allegato, il cui contenuto è, tuttavia, modificabile da altra fonte – ad esempio un decreto del Ministro dell'ambiente – che può addirittura a sua volta essere mera esecuzione – e dunque rinviare ad – atti normativi esterni, come ad esempio una Direttiva CEE. A tal proposito e, a titolo esemplificativo, si veda l'articolo 137 comma 5 (cfr. *supra* nota 67).

⁷² P. PATRONO, I reati in materia di ambiente, in L. CONTI, Il diritto penale dell'impresa, Cedam, Padova, 2001, 800 e ss. Sul punto vedi anche L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 118, secondo la quale apparterrebbero alla prima categoria gli illeciti che puniscono l'inizio di costruzione di impianti senza richiesta di preventiva autorizzazione (per tutti, ad esempio, la fattispecie di cui all'art. 279 comma 1 che punisce non la "costruzione" priva di autorizzazione, ma "l'inizio di installazione"), quelli che sanzionano l'omesso adempimento di obblighi di comunicazione (ad es. l'art. 137 comma 7 del d.lgs. 152 del 2006 che punisce il gestore del servizio idrico integrato che non ottempera all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 110 comma 3) nonché i reati consistenti nell'effettuazione di attività di scarico, emissione, smaltimento in violazione dei limiti tabellari (ad esempio l'art. 137 comma 5 del medesimo decreto). Nel secondo gruppo di reati, invece, troverebbero collocazione le fattispecie di emissione, smaltimento, scarico in attesa di autorizzazione o con autorizzazione sospesa o revocata (cfr., per tutti, l'art. 137 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006) e quelle che incriminano l'inosservanza di prescrizione della Pubblica Amministrazione (ad es. l'art. 137 comma 3 del d.lgs. 152 del 2006 che punisce la condotta di chi, al di fuori delle ipotesi del comma 5, effettui uno scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose senza osservare le prescrizioni dell'Autorità competente).

o a provvedimenti amministrativi renda impossibile l'accertamento della reale offensività delle condotte incriminate, perviene alla conclusione che il diritto penale ambientale sia un diritto incentrato sulla "disobbedienza" all'imperativo legale o agli atti amministrativi. Secondo questa impostazione, pertanto, l'unica chance di distinzione delle diverse fattispecie è rinvenibile nella possibilità di separare quelle che esauriscono il proprio disvalore nella disobbedienza meramente formale da quelle nelle quali alla disobbedienza si aggiunge la tutela mediata di autentici oggetti giuridici.

In generale, gli sforzi, compiuti dagli studi in materia e appena sintetizzati, di ricondurre a sistema le tipologie di reati presenti nel nostro ordinamento sembrano qui potersi riassumere nella seguente classificazione tripartita strutturata per gradi o livelli di subordinazione della norma penale a fonti o provvedimenti extrapenali:

- 1) illeciti incentrati sull'omessa comunicazione di dati rilevanti alla Pubblica Amministrazione o sulla violazione di ingiunzioni amministrative o di norme che deve emanare la Pubblica Amministrazione (modello ad accessorietà forte)⁷³;
- 2) illeciti incentrati sull'omessa richiesta di preventiva autorizzazione all'esercizio di talune attività o sull'esercizio di attività con autorizzazione sospesa o revocata o negata (modello ad accessorietà media)⁷⁴;

⁷³ A titolo esemplificativo, sono caratterizzati dal un livello di "accessorietà forte" i seguenti reati: a) in materia di inquinamento atmosferico: l'art. 137 comma 4 del d.lgs. 152 del 2006 che punisce l'omesso obbligo di conservazione dei risultati di controllo automatico delle emissioni e l'art. 279 comma 3 che sanziona la condotta di chi mette in esercizio un impianto o inizia a esercitare un'attività senza averne dato preventiva comunicazione ai sensi dell'art. 269 comma 5 dello stesso decreto; b) in materia di inquinamento idrico: l'art. 137 comma 7 del d.lgs. 152 del 2006 che sanziona l'inottemperanza, da parte del gestore del servizio idrico integrato, all'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 110 comma 3 dello stesso decreto; in materia di inquinamento del

suolo e gestione dei rifiuti: l'art. 255 comma 3 del d.lgs. 152 del 2006 che punisce l'inottemperanza dell'ordinanza con la quale il sindaco intima l'obbligo di rimozione e di ripristino dello stato dei luoghi a carico di chi abbia abbandonato o depositato rifiuti in modo incontrollato o abbia violato il divieto di immissione nelle acque.

⁷⁴ Tra gli illeciti ambientali appartenenti a tale modello ("accessorietà media") si possono annoverare, a titolo esemplificativo: a) in materia di inquinamento atmosferico: la fattispecie di cui all'art. 279 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006 che sanziona l'inizio di istallazione di un nuovo impianto senza autorizzazione o con autorizzazione sospesa, rifiutata o revocata e quella di cui al secondo comma del medesimo articolo la quale punisce la mancata osservanza delle prescrizioni dell'autorizzazione nell'esercizio di un nuovo impianto; b) in materia di inquinamento idrico: l'art. 137 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006 che sanziona l'apertura o l'effettuazione di nuovi scarichi di acque reflue industriali senza autorizzazione o con autorizzazione sospesa o revocata; c) in materia

3) illeciti incentrati sulla violazione di limiti tabellari nelle attività di scarico o di emissione e di smaltimento di sostanze inquinanti (modello di accessorietà debole)⁷⁵.

Ed invero, mentre per quanto concerne quest'ultima categoria, il grado non elevato di accessorietà del diritto penale al diritto amministrativo deriva dalla circostanza che tali illeciti sono strutturati attraverso il ricorso alla tecnica degli elementi normativi di fattispecie, la cui funzione è, pertanto, quella di specificare sul piano tecnico il disvalore di condotte ritenute già in astratto pericolose e descritte direttamente dalla norma penale⁷⁶, la differenza tra i due primi gruppi di illecito, apparentemente inesistente, viene incentrata sul dato che, mentre l'inosservanza di obblighi di comunicazione alla Pubblica Amministrazione costituisce condotta di per sé "neutra", priva di disvalore penale e il cui contenuto risulta interamente definito dalla norma extrapenale richiamata, diversamente, l'esercizio di attività non autorizzata (o con omessa richiesta di autorizzazione) impone al legislatore penale di predeterminare, almeno in parte, nella stessa norma incriminatrice, le caratteristiche di intrinseca pericolosità della condotta soggetta all'obbligo di "permesso" preventivo⁷⁷.

Alla luce della panoramica dottrinale brevemente evidenziata si può, dunque, affermare – come già anticipato - che tutti i tradizionali modelli di classificazione delle fattispecie in materia ambientale fanno perno sul criterio formale del livello di accessorietà della norma penale incriminatrice al diritto amministrativo. Le ragioni di una siffatta generalizzata adesione della dottrina a questo metodo di classificazione sono da rintracciare nel dato normativo esistente, posto che esso, come anticipato, è contrassegnato da una nozione di ambiente antropocentrica

di inquinamento del suolo o gestione dei rifiuti: art. 256 comma 1 del suddetto decreto che punisce l'attività di trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione.

⁷⁵ All'interno del "gruppo" concernente le fattispecie di reato contraddistinte da un grado di accessorietà debole, si possono collocare i seguenti reati: a) in materia di inquinamento atmosferico, l'art. 279 comma 3 del Codice dell'Ambiente che sanziona il superamento dei valori limite di emissione nell'esercizio di impianto industriale; b) in materia di inquinamento idrico, l'art. 137 comma 5 del medesimo testo che punisce chiunque effettui uno scarico di acque reflue industriali superando i valori limite fissati in apposite tabelle; c) in materia di inquinamento del suolo e gestione dei rifiuti, invece, non si rinvengono fattispecie del tipo in oggetto.

⁷⁶ F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?, cit., 1115.

⁷⁷ L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 122.

che si riflette sulla struttura della fattispecie con una forma di tutela del bene filtrata attraverso il richiamo di fonti extrapenali alle quali è demandato il compito di bilanciare il complesso di interessi confliggenti con quello ecologico. La dottrina maggioritaria si limita, dunque, a prendere atto della natura antropocentrica del bene ambiente e rilegge alla luce di essa il livello di integrazione tra sottosistemi normativi⁷⁸.

Il risultato di quest'impostazione teorica, pur con le diverse sfumature tra i vari orientamenti dottrinali, è sostanzialmente univoco: al maggior livello di accessorietà del diritto penale al diritto amministrativo corrisponde un minor grado di offensività del comportamento incriminato e, viceversa, al minor livello di accessorietà fa da contraltare un maggior grado di offensività del reato, sino ad arrivare alla conclusione, prospettata da diversi autori⁷⁹, secondo cui in realtà il diritto penale ambientale, più che tutelare autentici beni giuridici, tuteli mere funzioni amministrative di governo.

2.2. La natura prevalentemente contravvenzionale dell'illecito posto a tutela dell'ambiente

Sempre per quanto concerne la struttura delle fattispecie ambientali si è già evidenziato come il paradigma sanzionatorio privilegiato in tale ambito sia rappresentato dall'illecito contravvenzionale.

Le principali ragioni del ricorso a tale modello sono da ravvisarsi, da un lato, nella circostanza che esso parrebbe naturalmente destinato a recepire illeciti a contenuto preventivo-cautelare quali sono per lo più quelli rinvenibili in materia ambientale, dall'altro, nella maggiore agilità che l'accertamento dell'elemento

-

⁷⁸ Ibidem. Sul punto cfr. anche F. GIUNTA, Ideologie punitive e tecniche di normazione del diritto penale, cit., 853 e ss.

⁷⁹ Tra i sostenitori di questa tesi, si vedano, fra gli altri, R. BAJNO, *Problemi attuali del diritto* penale ambientale, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 452; ID., *La tutela dell'ambiente nel diritto* penale, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 354; A. CALAMANTI, *Tecnica sanzionatoria e funzione della* pena nei reati ecologici, in *Giust. pen.*, 1992, 617 e ss.; A. L. VERGINE, *Ambiente nel diritto penale* (tutela dell'), cit., 757; ID., *Inquinamento delle acque*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 100.

soggettivo nelle contravvenzioni comporta rispetto all'accertamento dell'elemento soggettivo nei delitti posto che, come noto, solo gli illeciti contravvenzionali possono essere puniti indifferentemente (cioè anche in mancanza di un'espressa previsione legislativa) sia a titolo di dolo che a titolo di colpa ai sensi dell'art. 42-comma 4 c.p.

Si deve, tuttavia, osservare che la natura contravvenzionale dell'illecito può incidere sull'efficacia della tutela, sotto diversi profili, sia per la previsione di pene più modeste rispetto a quelle stabiliti per i delitti, sia perché, come noto, comporta ex lege un termine di prescrizione notevolmente ridotto, precludendo non di rado la possibilità di pervenire ad una pronuncia definitiva nel merito prima che possa appunto essere dichiarata l'estinzione del reato⁸⁰.

A ciò si aggiunga che il frequente ricorso alla sola pena pecuniaria o alla pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, implicando l'operatività dell'oblazione (quantomeno quella discrezionale) a cui si riconnette l'effetto estintivo del reato, tende a favorire una cultura della "monetizzazione" del diritto penale ambientale con la possibile conseguenza che il "rischio penale" possa essere addirittura computato tra i rischi economici, iscrivibili in bilancio dalle imprese. E detta considerazione è ancor più vera se si tiene presente che la maggior parte dei destinatari di quei precetti penali sono, appunto, soggetti economici per i quali è, senza dubbio, più facile sopportare il peso del pagamento di una somma pecuniaria piuttosto che rinunciare ad un'attività d'impresa che, ancorché dannosa per l'ambiente, risulti economicamente vantaggiosa per gli stessi.

⁸⁰ Tale circostanza, in taluni casi, ha indotto la giurisprudenza a riconoscere erroneamente la natura permanente di alcune fattispecie, anche laddove, viceversa, tale configurazione parrebbe essere inibita da una corretta interpretazione della lettera della norma. Sul punto cfr., in materia di inquinamento atmosferico, D. MICHELETTI, Commento all'art. 279 del d.lgs. 152 del 2006, in Codice commentato dei reati e degli illeciti in materia.

ambientale, a cura di F. GIUNTA, Padova, 2007, 464 e ss.

3. L'anticipazione della tutela penale nella materia ambientale

Dalle considerazioni svolte in merito alle tecniche di tipizzazione dell'illecito ambientale è agevole desumere che il reato di pericolo astratto⁸¹ è il paradigma di illecito di gran lunga prevalente in questo specifico settore. Ciò deriva, in particolare, dalla peculiare natura del bene giuridico protetto – l'ambiente – che essendo un bene superindividuale⁸² e non sempre afferrabile nella sua dimensione empirica, sarebbe difficilmente tutelabile con modelli caratterizzati dalla rigorosa tipizzazione di un fatto concretamente lesivo⁸³ e, dunque, con il modello dei reati di danno.

Accanto a questa primo motivo, altre due ragioni di carattere oggettivo hanno portato il legislatore ad optare, nel settore ambientale, per l'adozione del modello del pericolo astratto.

Come già anticipato, innanzitutto, la considerazione che gli oggetti di tutela delle fattispecie incriminatrici presenti nel suddetto settore – i beni ambientali –, stante le loro dimensioni, non appaiono ledibili per effetto di una singola condotta illecita, se non in casi del tutto eccezionali⁸⁴. Di regola, infatti, la lesione di quei beni può essere solo il risultato di "attività seriali", ossia del cumularsi di una molteplicità di condotte: la purezza dell'acqua di un grande fiume non può essere compromessa dalle sostanze inquinanti occasionalmente fuoriuscite dagli impianti di una piccola impresa, ma soltanto dal combinarsi di questo accadimento con altri dello stesso tipo, precedenti, concomitanti o successivi.

D'altra parte, ove non assumono dimensioni gigantesche, le singole condotte non sono nemmeno in grado di creare un pericolo concreto per quei beni: vi si oppone la diversità di 'scala' tra la singola condotta e l'evento in cui si incarna la lesione

⁸¹ Premettendo che in questa sede si è deciso di aderire alla dottrina che utilizza come sinonimi i termini "astratto" e "presunto" (tesi della bipartizione dei reati di pericolo), per la disamina delle differenze tra i reati di pericolo e, in particolare tra i reati di pericolo astratto e presunto v. supra cap. I, par. 5.

⁸² Cfr. G. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1983, 711.

⁸³ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit. 122. Sul punto si veda anche G. SCHIESARO, Problemi e prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente: verso una riformulazione in chiave offensiva del reato, in Riv. trim. dir. pen.econ., 1992, 787.

⁸⁴ Come esempi di condotte singole che hanno leso il bene ambiente indipendentemente dal loro cumularsi con altre condotte possono citarsi i disastri di Seveso e Chernobyl.

del bene giuridico, con la conseguenza che, se il legislatore si attenesse allo schema dei reati di danno o di pericolo concreto, la tutela penale di un bene così importante, quale è l'ambiente, verrebbe irragionevolmente confinata ad ipotesi eccezionali. E allora l'unica via per assicurare a quei beni una protezione penale a confronti dei comportamenti che li aggrediscono nei quotidianamente, è offerta proprio dallo schema dei reati di pericolo astratto, sicché il legislatore potrà incriminare condotte, la cui normale pericolosità derivi in base a consolidate regole di esperienza - dal possibile cumularsi con altre condotte dello stesso tipo⁸⁵. In secondo luogo, il ricorso al suddetto modello di anticipazione della tutela penale trova un'ulteriore ragione nella circostanza che, molto spesso, il pericolo scaturisce da complessi processi tecnologici ed industriali, in ordine ai quali non sono ancora perfettamente chiare le leggi causali, si da rendere diabolica la prova della concreta attitudine lesiva della singola condotta autonomamente considerata 86. In simili ipotesi, dunque, una forma di tutela ancorata all'accertamento concreto di un danno o di un pericolo di danno rischierebbe di determinare la paralisi, oltre, probabilmente, a vanificare l'efficacia della tutela.87

⁸⁵ Cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, Corso di diritto penale, cit., 68; C. Pedrazzi, Problemi di tecnica legislativa, in AA.VV., Comportamenti economici e legislazione penale, Giuffrè, Milano, 1979, 32 e ss.; ID., Criminal Law Dimensions of Environmental Control, in The Movement of Social Defence, the Protection of the Environment and Fundamental Rights, Transaction of the XII International Congress on Social Defence, 1993, 352 e ss.; G. Marinucci, Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1993, 201; F. Mantovani, Diritto penale, parte generale, cit., 233.

⁸⁶ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 152. Su tale profilo cfr. anche G. FIANDACA – G. TESSITORE, Diritto penale e tutela dell'ambiente, in AA. VV., Materiali per una riforma del sistema penale, Milano, 1984, 61; E. GALLO, Principio di offensività e delitti di attentato (nota a margine di una polemica), in Pol. dir., 1985, 657 e ss; G. MARINUCCI, L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia, in Diritto penale in trasformazione, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Milano, 1985, 365; ID., Relazione di sintesi, in AA.VV., Bene giuridico e riforma della parte speciale, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, 337; C. PEDRAZZI, Profili penalistici di tutela dell'ambiente, cit., 618; M. CATENACCI, La tutela penale dell' ambiente, cit., 151, il quale, diversamente, ritiene che le difficoltà di prova relative all'accertamento del nesso causale, e quindi del contributo di ogni singola condotta alla realizzazione di un effettiva lesione del bene, non possano da sole legittimare la scelta dei reati di pericolo astratto.

⁸⁷ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 152. In questo senso, relativamente a talune tipologie di beni, cfr., per esempio, E. GALLO, Principio di offensività e delitti di attentato cit., 654; analogamente T. PADOVANI, Un percorso penalistico, in Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, a cura di L. GIANFORMAGGIO, Torino, 1993, 317; E. DOLCINI, Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale, in Il diritto penale alla svolta di fine millenio, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 215.

Ebbene, l'utilizzo dello schema del pericolo astratto consente al giudice penale di limitarsi a verificare se condotte ritenute per scienza ed esperienza pericolose per l'ambiente abbiano rispettato quegli standards di sicurezza imposti da fonti amministrative (autorizzazione preventiva, ordini tecnico-amministrativi di natura cautelare, tabelle di accertamento etc.) la cui osservanza si ritiene ne diminuisca (o addirittura ne elimini) la pericolosità, senza dover accertare se vi sia stato un danno o una specifica situazione di pericolo per l'equilibrio ecologico. Si tratta, dunque, di reati consistenti nella realizzazione di condotte che il legislatore assume come generalmente pericolose e che vengono punite in quanto elusive di limiti di sicurezza imposti in via preventiva.

Sulla base di tali considerazioni si spiegherebbe l'esistenza di numerose norme incriminatrici svincolate dalla descrizione di una conseguenza direttamente offensiva nei confronti dell'ambiente e per lo più riconducibili a modelli ricorrenti di illeciti formali.

A fronte di fattispecie cosi strutturate, una parte della dottrina, seppure attraverso percorsi argomentativi differenti, è giunta alla conclusione, già anticipata, che in tali casi il diritto penale non opererebbe in funzione della tutela di beni giuridici⁸⁸, nel senso tradizionale del termine, bensì di mere funzioni amministrative di governo⁸⁹, sicché le relative incriminazioni, risultando talvolta

⁸⁸ Sul ruolo del bene giuridico nel diritto penale vedi cap. I nonché, nella dottrina italiana, per tutti, A. PAGLIARO, Bene giuridico e interpretazione della legge penale, in Studi in onore di F. Antolisei, II, Giuffrè, Milano, 1965, 391 e ss.; G. FIANDACA, Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale, cit., 42 e ss.; F. ANGIONI, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, cit., 87 e ss.; L. FERRAJOLI; Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Laterza, Bari, 2009, 466.

⁸⁹ Sul tema, in generale, tra gli altri, T. Padovani, La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice, Giuffrè, Milano, 1987, 97 e ss.; ID., Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo, cit., 670 e ss.; ID., Delitti e contravvenzioni, in Dig. disc. pen., III, Torino, 1989, 330 e ss.; F. Palazzo, Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione, in Studi in onore di Pietro Nuvolone, I, Giuffrè, Milano, 1991, 382 e ss.; ID., Bene giuridico e tipi di sanzioni, in L'indice pen., 1992; ID., I confini della tutela penale: selezione di beni e criteri di criminalizzazione, cit., 470 e ss.; S. Moccia, Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, cit., 343 e ss. Per un quadro di sintesi delle diverse posizioni espresse in merito alla problematica de qua, più di recente, A. MERLI, Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale, Jovene, Napoli, 2006, 55 e ss.

Con specifico riferimento ai reati ambientali cfr. A. L. VERGINE, Ambiente nel diritto penale, cit., 757 e F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia, cit., 1110.

prive di un reale contenuto offensivo nei confronti di determinate entità preesistenti, si incentrerebbero sulla mera disobbedienza al precetto⁹⁰.

Ed invero, nel settore ambientale, se da una parte la presenza di un bene "a largo raggio" qual è l'ambiente, privo di quello spessore necessario per renderlo agevolmente afferrabile, fa sì che l'oggetto della tutela si sposti dagli interessi di soggetti giuridici a "complessi funzionali che sono in larga parte l'oggetto di disciplina di altri settori del diritto e dell'attività dello Stato" quali altra, l'esistenza di una pluralità di beni, tra di loro in conflitto, ma tutti meritevoli di tutela, induce il legislatore ad affidare la composizione di tale conflitto alla Pubblica Amministrazione, la quale provvede, innanzitutto, ad una gestione preventiva dello stesso, invocando poi, se del caso, l'intervento della sanzione penale a fini repressivi ossia per garantire il rispetto delle modalità legalmente stabilite per la composizione dei diversi interessi in gioco que la processi della sanzione dei diversi interessi in gioco que la processi della sanzione dei diversi interessi in gioco que la processa del caso per garantire il rispetto delle modalità legalmente stabilite per la composizione dei diversi interessi in gioco que la processa di una parte l'oggetto di una parte l'ogg

Evidente è come, in simili ipotesi, il diritto penale sia sempre più spesso caratterizzato dalla presenza di norme incriminatrici accessorie all'attività dello Stato e di altri enti pubblici, in quanto destinate a "sostenerne" le funzioni⁹³, con la conseguenza che la linea di demarcazione tra ciò che è lecito e ciò che non lo è viene non di rado delineata in termini meramente formali, facendo riferimento alla disciplina amministrativa dettata per la soluzione del conflitto di interessi.

Ebbene, fattispecie penali così costruite non sembrerebbero, almeno prima facie, facilmente ricollegabili alla tutela di un ben definito bene giuridico, quanto, come detto, funzionali alla garanzia delle finalità perseguite dalla Pubblica Amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di prevenzione, controllo e disciplina. Da ciò la considerazione di trovarsi di fronte ad un inarrestabile declino

⁹¹ A. BARATTA, Integrazione – prevenzione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistematica, in Dei delitti e delle pene, 1984, 13.

⁹⁰ C. Bernasconi, Il reato ambientale, cit., 123.

⁹² Sul punto cfr. C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 135, nonché D. PULITANÒ, La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche, in Beni e tecniche della tutela penale, Giuffrè, Milano, 38.

⁹³ Cfr. P. Patrono, Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1988, 89. Sul punto cfr. anche F. Sgubbi, Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale, Il Mulino, Bologna, 1990, 13, il quale rileva che tra le due aree originarie – liceità (= libertà) e illiceità (= lesione dei beni) – se ne inserisce una terza, in continua espansione: l'area della liceità condizionata: condizionata al rispetto delle prescrizioni dettate dall'ordinamento normativo di regolamentazione dirigistica del bene.

del concetto di bene giuridico, e in particolare della sua funzione più significativa: la delimitazione dell'intervento penale⁹⁴, posto che, perlomeno in taluni campi, l'oggetto di quest'ultimo sembrerebbe ormai coincidere con i fini perseguiti dallo Stato in determinati settori e, pertanto, risulterebbe privo di qualsiasi sostrato pre-normativo utilizzabile come criterio politico criminale di selezione degli illeciti.

E allora il problema che si è posto alla dottrina è stato quello di individuare le principali implicazioni che taluni modelli di criminalizzazione, particolarmente frequenti nel diritto penale ambientale, comportano rispetto al principio di offensività. In altri termini, si è trattato di verificare se, effettivamente, in tutte le fattispecie c.d. d'inosservanza la tutela penale si incentri esclusivamente sull'esigenza meramente formale del rispetto di determinate prescrizioni o della richiesta dei prescritti provvedimenti amministrativi, sicché a bene protetto parrebbe assurgere, appunto, il semplice interesse alla tutela della funzione amministrativa; o se, invece, sia possibile rivalutare anche in relazione a simili fattispecie il ruolo e la funzione del bene giuridico, inteso, in conformità ad una concezione politico-garantista, come limite fattuale alla potestà punitiva dello Stato, ossia come concetto idoneo a delimitare la cerchia dei fatti meritevoli di pena ⁹⁵.

Questa seconda opzione interpretativa, tuttavia, risulta possibile solo laddove si riesca ad ancorare, anche nei c.d. reati di inosservanza, la tutela penale ad un bene giuridico preesistente che sia riconducibile ad una precisa concettualizzazione che ne renda afferrabile la sua consistenza, e non che sia del tutto indeterminato ed evanescente.

⁹⁴ Cosi, tra gli altri, P. PATRONO, Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1989, 1027; A. BARATTA, Integrazione-prevenzione, cit., 13; S. MOCCIA, Aspetti involutivi del sistema penale, in Il diritto penale alla svolta di fine millennio, a cura di S. CANESTRERI, Giappichelli, Torino, 1998, 273.

⁹⁵ C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., 128. Sull'esigenza di una nuova politica dei beni giuridici imposta dalle nuove forme di aggressione innescate da trasformazioni economiche-sociali, innovazioni tecnologiche, etc. cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Beni e tecniche della tutela penale*. *Materiali per una riforma del codice*, Giuffrè, Milano, 1987, 25 e ss.

Partendo da questa premessa, una parte della dottrina ha tentato di risolvere il problema sdrammatizzando la rigida contrapposizione tra tutela di beni e tutela di funzioni e, a tal fine, considerando le funzioni amministrative di governo come autentici beni giuridici in quanto entità offendibili dal comportamento dell'uomo e dunque capaci di tutela penale, non diversamente dai beni che posseggono una dimensione materiale⁹⁶.

Tuttavia le criticità di quest'impostazione consistono nella loro difficile conciliabilità con la funzione di limiti alla potestà punitiva che la tradizione liberale assegna al concetto di bene giuridico, oltre che nella "radicalità" che la contraddistingue: infatti, identificando la funzione amministrativa con il bene giuridico, essa trascura il modo in cui in concreto viene esercitata la funzione amministrativa, con la conseguenza di formalizzare la tutela penale. Si dovrebbe, in altri termini affermare, che ogni inosservanza del provvedimento amministrativo, punita penalmente, offende un bene giuridico (anche quella di chi non ottempera a un provvedimento assurdo, ancorché legittimo), sicché così come è evidente la presunzione di offensività, è altrettanto indubitabile l'incapacità di una siffatta nozione di bene giuridico a delimitare l'area del penalmente rilevante⁹⁷.

A questo punto, però, delle due l'una: o si rinuncia completamente alla funzione selettiva del bene giuridico oppure si cerca di appurare se, anche nelle ipotesi riconducibili al c.d. tutela di funzioni, sia possibile intravedere sullo sfondo un'entità finale preesistente, idonea a garantire la tenuta del principio di offensività e a fungere da criterio guida per le scelte legislative di criminalizzazione, sicché, pur negando alle funzioni amministrative di governo il ruolo di bene giuridico offeso dai c.d. reati d'inosservanza, si riconosce che la loro tutela è strumentale alla salvaguardia di un bene giuridico finale, alla stregua del

⁹⁶ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Corso di diritto penale, cit., 183 e ss. Analogamente G. COCCO, L'atto amministrativo invalido elemento della fattispecie penale, Cuec, Cagliari, 1996, 425.

⁹⁷ F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?, cit., 1111.

quale va effettuato il giudizio di proporzione e sussidiarietà dell'intervento penale⁹⁸.

Ed infatti, solo ove sia possibile ravvisare anche al fondo delle c.d. funzioni beni giuridici finali di rango superiore rispetto ad altri coesistenti e confliggenti interessi vi è la possibilità di preservare il principio di offensività, sicché le singole violazioni di norme organizzative si porranno prevalentemente come fatti qualificabili di pericolo astratto nei confronti dei beni finali.

L'idea sostanziale del reato come offesa sembrerebbe, dunque, salva solo tenendo presente che dietro la tutela delle funzioni amministrative c'è normalmente la tutele di un bene finale, che dal comportamento inosservante viene, sia pure indirettamente, compromesso⁹⁹.

E questo è ciò che accade nel campo del diritto penale dell'ambiente, ove la disciplina amministrativa, il cui rispetto è garantito attraverso la comminazione di sanzioni penali, risulta pur sempre funzionale alla tutela di interessi che, per le loro caratteristiche, sembrerebbero imporre la mediazione ad opera della Pubblica Amministrazione. La tutela dell'ambiente, difatti, si estrinseca attraverso la previsione di norme penali che assicurano il corretto esercizio di funzioni amministrative precostitutite, a salvaguardia dello stesso¹⁰⁰.

E seppure è vero che l'utilizzo di concetti quali "tutela mediata di beni giuridici", "interessi strumentali o funzionali alla tutela di beni giuridici finali", comporta il pericolo di dilatare l'area del punibile, così ponendosi in contrasto con l'indicazione dell'extrema ratio della tutela penale, ci sembra altrettanto vero che detto rischio possa essere contenuto entro limiti accettabili qualora venga adeguatamente valorizzato, non solo l'accertamento della meritevolezza della

⁹⁸ Ibidem. Sul punto cfr. anche G. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, in Dei delitti e delle pene, 1984, 465; T. PADOVANI, La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, in Dei delitti e delle pene, 1984, 119; F. C. PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1992, 470.

⁹⁹ Cfr. F. Angioni, Il principio di offensività, in Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali, Giuffrè, Milano, 1996, 114;

¹⁰⁰ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 131. Nello stesso senso T. PADOVANI, Diritto penale, cit., 81 e ss. nonché D. PULITANÒ, La formulazione della fattispecie di reato, oggetti e tecniche, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice, Giuffrè, Milano, 1987, 37, il quale precisa come in taluni casi la "costituzione di un razionale piano di tutela, pur essendo ovviamente orientata ai profili sostanziali dei beni in gioco (...), passi per la concretizzazione normativa di modelli di organizzazione e di controllo delle attività inerenti ai contesti considerati".

tutela dell'interesse finale e della relazione di strumentalità tra questo e la funzione, ma anche la selezione, all'interno delle possibili tipologie aggressive, di quelle che possono vantare un sufficiente grado di pericolosità nei confronti del suddetto interesse¹⁰¹.

Del resto che la via da percorrere sia quella che tiene in considerazione il ruolo del bene giuridico e il grado dell'offesa può trovare conferma in alcune considerazioni di ordine generale.

Ed invero, come sottolineato da attenta dottrina, se si ammettesse che il diritto penale, attraverso le fattispecie di c.d. inosservanza, tuteli effettivamente, sic et simpliciter, funzioni amministrative, non si riuscirebbe a comprendere come mai il legislatore, a fronte di condotte disobbedienti apparentemente identiche, ricorra spesso a strumenti giuridici differenti, comminando in alcune ipotesi una semplice sanzione amministrativa, mentre in altri casi la sanzione penale¹⁰².

E allora, stante il variare delle risposte sanzionatorie a fronte della medesima inosservanza, o si deve giungere alla conclusione che le scelte legislative di criminalizzazione e depenalizzazione sono dominate da una logica del tutto irrazionale ovvero si deve riconoscere, come si è cercato di dimostrare, che esiste un'implicita graduazione del peso di ogni singola violazione, la quale può essere individuata solo prendendo come punto di riferimento un bene giuridico finale che assurge ad oggetto di tutela, sia pure attraverso la mediazione di complessi apparati organizzativi e di controllo, la cui predisposizione, come già detto, si giustifica, nella maggior parte dei casi, per l'insufficienza degli strumenti penalistici puri ad assicurare un'efficace protezione dei suddetti beni.

A questa prima considerazione se ne deve aggiungere un'ulteriore: l'adesione alla tesi secondo cui il diritto penale ambientale è diretto alla mera tutela di funzioni potrebbe creare problemi anche ai fini della commisurazione della pena. Se infatti si ritiene possibile disancorare completamente l'applicazione della sanzione penale dalla necessaria relazione con il bene giuridico, si perderebbe un importante punto

.

¹⁰¹ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 132; F. C. PALAZZO, Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione, cit., 382.

¹⁰² M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 99.

di riferimento per calibrare l'entità della risposta punitiva ¹⁰³. Pertanto, o si ritiene che, nelle ipotesi in esame, tutti gli illeciti si basino sulla mera trasgressione, con la conseguente impossibilità di procedere alla graduazione della pena in rapporto all'importanza del bene tutelato e all'entità dell'offesa, oppure si tenta di recuperare, almeno in via interpretativa, il ruolo che questi ultimi criteri svolgono, sia ai fini dell'an della punibilità, sia ai fini della determinazione del quantum di pena da applicare.

4. La compatibilità dei reati ambientali con il principio di offensività.

Come già accennato nel capitolo precedente, il modello dei reati di pericolo astratto reca, già a livello di teoria generale, problemi in termini di compatibilità con il principio di offensività ¹⁰⁴, in quanto, stante la "presunzione *ex lege*" di pericolosità in essi contenuta e la conseguente non necessità per il giudice di accertare la concreta messa in pericolo del bene protetto, vi è il rischio che, in taluni casi, possano essere puniti comportamenti che, seppur astrattamente riconducibili alla fattispecie tipica, nella realtà risultino privi di quella pericolosità pronosticata dal legislatore ¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr. C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 134, secondo la quale "ove ciò sia possibile, senza comportare strappi al principio di legalità, l'interpretazione teleologica della singola fattispecie dovrebbe portare allo scoperto il bene giuridico tutelato, per consentire, poi, una valutazione del diverso grado di offesa, proprio alla luce dell'intensità dell'aggressione all'oggetto di tutela previamente individuato. Anche, dunque, rispetto al diritto penale c.d. accessorio posto a presidio di funzioni, il bene giuridico rivela la sua insostituibile importanza, in quanto la meritevolezza o meno della tutela penale della funzione dipende, appunto, dal valore del bene che è protetto tutelando essa".

¹⁰⁴ Il problema della compatibilità dei reati di pericolo astratto (presunto) con il principio di offensività risiede nella possibile realizzazione di uno scarto tra conformità al tipo ed effettiva pericolosità della condotta. In altre parole, è ipotizzabile che in taluni casi il legislatore tipizzi una condotta assunta, in base a comune regole di esperienza, come pericolosa e che, poi, in concreto, quella stessa condotta si rilevi priva di qualsiasi potenzialità offensiva e, dunque, che il giudizio fondato sull'esperienza di riveli falso; sicché al comportamento vietato non si accompagnerebbe la verificazione di quel pericolo in vista del quale il legislatore aveva costruito le fattispecie incriminatrice e quest'ultima parrebbe effettivamente reprimere la mera disobbedienza del soggetto agente al contenuto del precetto. Sul punto cfr. amplius cap. I, par. 5.1.

¹⁰⁵ M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, 289 e ss. L' A. pone come esempio il caso dello scarico incontrollato, o comunque eccedente "soglie di accettabilità", di rifiuti provenienti da insediamento produttivo nelle acque, nell'aria o nel suolo (condotte che negli ultimi decenni sono state criminalizzate sulla base di studi scientifici che ne avevano accertato l'attitudine ad alterare gli equilibri ecologici ed ambientali). Ebbene, in tali casi, ben potrebbe accadere che, in concreto, non si realizzi la pericolosità prevista dal legislatore a livello di

Accanto a questa questione di ordine generale, nello specifico campo del diritto penale ambientale, caratterizzato dall'esposta accessorietà con il diritto amministrativo, l'analisi delle condizioni di compatibilità dei reati di pericolo astratto con il principio di offensività presenta connotati particolari.

Prendendo le mosse da quanto finora esposto, si tratta, dunque, di verificare, quali, tra le fattispecie presenti nella materia de qua, sanzionano condotte in qualche misura effettivamente dotate di attitudine offensiva nei confronti del bene finale ambiente e quali, invece, incriminano condotte inosservanti sostanzialmente neutre quanto a disvalore e, rispetto alle quali, la disobbedienza al precetto parrebbe riassumere effettivamente l'unico elemento fondante il ricorso alla sanzione penale¹⁰⁶.

Una possibile prima distinzione, sotto il profilo dell'offensività, è tra quelle norme che incriminano, sia pure nella forma del reato di pericolo astratto, la pericolosità, anche se solo potenziale, di determinate condotte, e quelle che, invece, parrebbero avere ad oggetto condotte ex se prodomiche alla realizzazione di tali eventi o, addirittura, la semplice inosservanza di obblighi di collaborazione con la Pubblica Amministrazione da parte del privato. Queste ultime ipotesi sono quelle che presentano un grado maggiore di criticità, potendo la tutela della funzione amministrativa giustificarsi solo laddove il controllo pubblico sia effettivamente finalizzato all'accertamento dei presupposti e dei requisiti in assenza dei quali l'attività controllata presenta un rilevante pericolo per il bene ambiente assunto ad oggetto finale di tutela; al contrario, si pongono in contrasto con il principio di offensività tutte quelle ipotesi in cui la norma sanziona un'attività talmente

fattispecie astratta in quanto, ad esempio, nonostante l'assenza di autorizzazione e dunque di controllo preventivo l'impresa sia comunque fornita di impianti di depurazione allo scarico ovvero che il superamento della soglia di tollerabilità sia stato talmente minimo e sia avvenuto in condizioni climatiche talmente particolari, da rivelarsi, rispetto alla situazione concreta del tutto innocuo.

106 C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 134. Secondo l'A. la suddetta distinzione non solo sembra possibile, ma è soprattutto opportuna per individuare le ipotesi in cui le fattispecie ambientali possono essere reinterpretate in chiave teleologica, secondo la concezione politicogarantista di bene giuridico e di offesa – evidenziando, quale elemento intrinseco della condotta incriminata, un potenziale pregiudizio al bene giuridico finale – e le ipotesi in cui, invece, sanzionando attività talmente lontane dalla lesione o anche dalla semplice messa in pericolo dell'ambiente, non sembrano conformi alle istanze sottese al principio di offensività, oltre che ai criteri di proporzione e sussidiarietà, e in relazione alle quali sembra dunque indispensabile una riformulazione delle stesse o una futura depenalizzazione.

lontana anche dalla mera realizzazione di un'esposizione a pericolo dell'ambiente, da lasciar supporre che essa abbia come scopo esclusivo, o comunque prevalente, quello di facilitare i compiti dell'Amministrazione, così rispondendo alla sola esigenza di ordine e regolarità nello svolgimento dell'attività stessa.

Dall'analisi della normativa in materia ambientale, ed in particolare delle fattispecie presenti nel c.d. Codice dell'ambiente, è possibile evincere come il legislatore si sia dato carico del rispetto delle condizioni di compatibilità con il principio di offensività posto che, nella maggior parte dei casi, il fondamento dell'obbligo di autorizzazione all'esercizio di una certa attività risiede nella sua presunta pericolosità e nella conseguente necessità di sottoporla ad una sorte di "esame di ammissione" finalizzato a sua volta a ridurre al minimo i rischi per determinati beni giuridici. Con più precisione, si tratta di attività utili, se non addirittura necessarie, ma intrinsecamente pericolose per determinati interessi (vita, incolumità pubblica e individuale, patrimonio etc.) e che, pertanto, l'ordinamento giuridico ritiene ammissibili solo a condizione che vengano a loro volta rispettate determinate norme cautelari, atte a ridimensionarne l'attitudine offensiva¹⁰⁷. Ed infatti, non tutte le condotte di smaltimento, scarico, emissione etc. necessitano di un controllo preventivo da parte della Pubblica Amministrazione o, comunque, non sempre l'omessa spontanea sottoposizione a tale controllo risulta penalmente rilevante, posto che l'obbligo di autorizzazione preventiva, penalmente presidiato, è tendenzialmente previsto solo in relazione ad attività, solitamente economico-industriali e dunque tecnologicamente complesse, dotate di una spiccata attitudine offensiva nei confronti dell'equilibrio ambientale.

Un'interpretazione "costituzionalmente orientata", dunque, non solo consente, ma in un certo senso impone di considerare i reati di "esercizio non autorizzato di attività pericolose" come incentrati su di uno specifico disvalore di evento, consistente a sua volta proprio nella presunta esposizione a pericolo di quei "beni

¹⁰⁷ M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 118 e ss.

della vita" che, secondo il legislatore, si accompagna di solito a tali attività, e la cui tutela giustifica la stessa necessità di un controllo preventivo 108.

A tal proposito, si pensi all'art. 137 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006 che sanziona l'assenza della prescritta preventiva autorizzazione, non per tutti i nuovi scarichi, ma unicamente per quelli relativi alle acque reflue industriali¹⁰⁹ sulla base della considerazione che essi sono caratterizzati dalla continuità e dalla regolarità¹¹⁰. A ben vedere, come abbiamo già precisato in termini generali, anche in questa ipotesi la presunzione di pericolosità che sta alla base dell'incriminazione trova il proprio fondamento, non tanto nella convinzione che ogni singola condotta di scarico, immissione, smaltimento etc. sia in grado di aumentare le probabilità di una grave alterazione degli equilibri ecologici di acque, aria e suolo, quanto nella particolare "forza cumulativa e sinergica" che esse acquistano allorché vengano esercitate in modo costante e continuo. In altri termini, ciò che lascia presagire il pericolo è che ognuna di quelle condotte, aggiungendosi con regolarità a quelle analoghe che la precedono o la seguono, e combinandosi con altri fattori ambientali, contribuisca in modo determinante ad accelerare la grave alterazione dell'ambiente.

Alla luce di tali considerazioni, risulta facile evincere come, in tali fattispecie, con l'incriminazione, ad esempio, dell'esercizio di un'attività in assenza dell'autorizzazione o in violazione delle prescrizioni in essa contenuta o dei limiti di tollerabilità indicati nelle apposite tabelle, il legislatore non ha inteso reprimere la mera disobbedienza, bensì il prodursi, tramite essa, di condotte già dotate dell'attitudine a pregiudicare beni preesistenti e ritenuti meritevoli di tutela,

-

¹⁰⁸ Ibidem. L'A. evidenzia come questa conclusione (ossia l'idea che norme che puniscono condotte non autorizzate siano in realtà volte alla tutela immediata di beni giuridici, oltre che meglio rispondente ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, rende, per cosi dire, più agevole un inquadramento dogmatico del requisito "mancanza di autorizzazione": la disobbedienza all'ordine di "farsi autorizzare" diventa uno degli elementi che concorrono ad individuare il fatto punibile e può, pertanto, a seconda dei casi classificarsi come elemento costitutivo (negativo) della condotta tipica o come requisito di antigiuridicità.

¹⁰⁹ Per "acque reflue industriali", si intende, ai sensi dell'art. 74, comma 1 lett. h) "qualsiasi tipo di acque reflue scaricate da edifici od impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni, diverse dalle acque reflue domestiche o dalle acque meteoriche di dilavamento".

¹¹⁰ L'art. 137 del d.lgs. 152 del 2006 prevede, inoltre, degli aumenti di pena nel caso in cui i suddetti scarichi abbiano ad oggetto sostanze pericolose.

utilizzando a tal fine la tecnica di tipizzazione propria dei reati di pericolo astratto¹¹¹ - ¹¹².

Tuttavia, vi sono altre ipotesi in cui la tutela della funzione amministrativa si colloca, di fatto, in una posizione talmente lontana dall'offesa all'interesse ambientale, da far pensare che il legislatore abbia voluto sanzionare unicamente l'inosservanza del precetto. Si tratta di quei casi in cui l'anticipazione della tutela penale, andando ben oltre lo stesso pericolo astratto o presunto¹¹³, lascia presagire la natura esclusivamente formale dell'infrazione e la conseguente inopportunità della sanzione penale¹¹⁴.

Ed infatti, nel nostro ordinamento, sono presenti fattispecie in cui il legislatore incrimina il compimento di attività assolutamente neutre quanto a disvalore e nei confronti delle quali parrebbe, dunque, impossibile qualunque operazione ermeneutica di recupero in chiave di offesa, che non si traduca in uno stravolgimento del dato normativo. Si pensi all'ipotesi prevista dall'art. 279 comma 1 del d.lgs. 152 del 2006 che, in tema di inquinamento atmosferico, punisce con la pena dell'arresto o dell'ammenda anche la condotta di chi "inizia a installare uno stabilimento in assenza della prescritta autorizzazione". Qui, sembrerebbe che il legislatore abbia inteso sanzionare un comportamento di per sé

¹¹¹ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 137.

¹¹² A ciò si aggiunga la considerazione, che non per qualunque attitudine offensiva della condotta può legittimarsi il ricorso alla sanzione penale, dovendo necessariamente rimanere esclusi dall'area del penalmente rilevante tutti i fatti dotati di una pericolosità esigua. Da ciò nasce l'ulteriore questione relativa all'individuazione della misura della pericolosità, nei confronti del bene giuridico tutelato, che il fatto descritto dalla norma dovrebbe possedere per giustificare la previsione di una sanzione penale. Ed invero, come è stato correttamente osservato, il problema principale che solleva la categoria dei reati di pericolo astratto risiede, non tanto nella giustificazione dell'anticipazione della tutela quanto nella giustificazione delle singole norme che pretendono di esservi incluse: così, esplicitamente, tra gli altri, D. PULITANÒ, Bene giuridico e giustizia costituzionale, in Bene giuridico e riforma della parte speciale, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, 166.

¹¹³ Cfr. A. DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Jovene, Napoli, 1999, 89 il quale evidenzia come, in tali ipotesi, il pericolo può essere definito "apodittico".

¹¹⁴ In tali casi la strada da percorrere sarebbe quella della depenalizzazione. Ed invero, il legislatore, a più riprese, ha mostrato una tendenza, sia pure con qualche incoerenza e disarmonia interna, a trasferire nel campo dell'illecito amministrativo punitivo diverse fattispecie, originariamente penalmente sanzionate, prive di significativa e autonoma attitudine offensiva nei confronti del bene ambiente. Ciò è accaduto, a titolo esemplificativo, con l'introduzione, da parte della L. 172 del 1995, di un nuovo comma all'art. 21 dell'abrogata Legge Merli, il quale stabiliva che l'obbligo di richiedere l'autorizzazione per chi effettuava scarichi civili o di pubbliche fognature non fosse più penalmente, ma solo amministrativamente, sanzionato.

non offensivo dell'equilibrio ambientale, posto che, come è intuitivo, la semplice realizzazione di un nuovo impianto in assenza della richiesta autorizzazione che non sia seguita dalla effettiva gestione dello stesso non reca a quest'ultimo alcun pregiudizio neppure nella forma dell'esposizione a pericolo.

Si pensi, ancora, a tutte quelle fattispecie che puniscono il mancato rispetto di un obbligo di comunicazione o informazione della Pubblica Amministrazione, in cui, appunto, la mancata comunicazione "da sola costituisce oggetto della pretesa comportamentale presidiata dalla sanzione penale"115, come accade, ad esempio, nella fattispecie di cui all'art. 137 comma 7 del d.lgs. 152 del 2006 che sanziona il gestore del servizio idrico integrato che non ottempera all'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 110 comma 3. Invero, anche qualora in siffatte fattispecie la ratio dell'incriminazione dovesse risiedere nella pericolosità della condotta attiva, non si capirebbe perché, una volta assolto un obbligo meramente formale, quale ad esempio l'invio di una notifica o di una comunicazione, quella stessa condotta debba considerarsi lecita. In altri termini, in questi casi il discrimine tra lecito e illecito non è dato dall'avvenuto controllo e, pertanto, dal conseguente giudizio di ammissibilità di una condotta generalmente pericolosa, ma solo dalla "mancata messa in condizione" della Pubblica Amministrazione di effettuare quel controllo: un "avvenimento" questo, talmente "lontano" dalla lesione o messa in pericolo del bene che proprio attraverso il controllo si intende tutelare da lasciare ragionevolmente supporre che in realtà lo scopo perseguito dall'incriminazione sia solo quello di facilitare i compiti assegnati alla Pubblica Amministrazione¹¹⁶. Ebbene, fattispecie così costruite non appaiono riconducibili neppure al paradigma del pericolo astratto, posto che non vi è alcuna base di giudizio idonea a fondare la previsione che i comportamenti sanzionati possano essere pericolosi per l'ambiente¹¹⁷.

Prendendo le mosse da tali osservazioni, risulta chiaro come una prima condizione di compatibilità di tali fattispecie con il principio di offensività sia, per l'appunto, la tipizzazione di condotte che presentino un'apprezzabile potenzialità offensiva

-

¹¹⁵ M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 137.

 $^{^{116}}$ Ibidem.

¹¹⁷ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 141.

nei confronti del bene ambiente ¹¹⁸. Viceversa, risulterebbe estremamente problematico tracciare uno spazio di legittimazione a fattispecie penali edificate sul principio di precauzione e su un intervento penale che, di fatto, assume l'incertezza scientifica sulla pericolosità di talune condotte o situazioni come punto focale delle relative scelte di criminalizzazione.

Solo, infatti, se la condotta tipizzata risulta, secondo le comuni regole di esperienza, pericolosa, i reati di pericolo astratto possono svolgere un'effettiva funzione di protezione di beni giuridici. Diversamente, il soggetto agente verrebbe punito per una mera disobbedienza o per una mera pericolosità soggettiva¹¹⁹.

Ed invero, il fatto che tale modello di tipizzazione non richieda, ai fini dell'integrazione del fatto tipico, la verificazione di un vero e proprio evento di pericolo, non deve condurre alla conclusione di ritenere irrilevante il dato dell'offesa. Più semplicemente, l'astrazione del pericolo rappresenta una particolare forma di tecnica normativa che il legislatore adotta, in presenza di particolari presupposti e, soprattutto, al fine di superare le difficoltà di prova che l'accertamento del pericolo concreto, in taluni casi, potrebbe comportare.

Come già evidenziato, infatti, mentre con la tipizzazione di reati di pericolo concreto si affida all'interprete il compito di valutare di volta in volta, secondo le comuni regole di esperienza, quando si sia realizzata una rilevante possibilità di verificazione dell'evento lesivo; con la previsione di reati di pericolo astratto il legislatore descrive egli stesso in via generale e astratta le condotte ritenute normalmente pericolose, sicché la fattispecie viene comunque incentrata intorno ad un pericolo, del quale però non viene fatta espressa menzione nell'ambito del singolo tipo criminoso, limitandosi quest'ultimo a descriverne una tipica e

¹¹⁸ Ibidem. Sul punto cfr. anche D. Pulitanò, Politica criminale, in G. Marinucci – E. Dolcini (a cura di), in Diritto penale in trasformazione, Milano, Giuffrè, 35, nonché ID., L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica, in Atti del IV Congresso nazionale di Diritto penale, Torino, 1996, 11.

¹¹⁹ In tal senso cfr. G. FIANDACA, Note sui reati di pericolo, cit., 198, secondo il quale "la funzione di tutela di beni giuridici sottesa alle fattispecie di pericolo astratto e la potenzialità lesiva, pur sempre coglibile, della condotta astrattamente pericolosa, impediscono che il giudizio sul fatto materiale sfumi in un giudizio sull'autore, ovvero nella repressione della mera disobbedienza."

astratta forma di manifestazione ¹²⁰. Da ciò il rischio di quello scarto tra conformità al tipo e reale pericolosità, di cui si è trattato nel capitolo precedente, che può manifestarsi in quelle ipotesi in cui alla realizzazione dell'azione vietata non si accompagni il pericolo in vista del quale il legislatore ha, appunto, creato la norma penale¹²¹.

Proprio per tale ragione, si ritiene che anche nel caso dei reati di pericolo astratto il giudice non si debba limitare, in sede di accertamento, alla sola verifica dell'astratta conformità tra fatto concreto e modello legale, dal momento che là dove manchi in concreto un pericolo per il bene o interesse tutelato dovrà in ogni caso concludersi per la non punibilità del soggetto agente. In linea con tale considerazione si pone anche la giurisprudenza che, sempre più frequentemente, riconosce che gli illeciti costruiti dal legislatore con la tecnica del pericolo astratto non possono ritenersi integrati laddove il comportamento risulti *ictu oculi* inidoneo a cagionare l'offesa¹²².

A ciò si aggiunga la circostanza che, qualora i reati di pericolo astratto vengano costruiti a prescindere da una significativa relazione con la messa in pericolo del bene tutelato, si renderebbe problematico anche il riconoscimento del disvalore del comportamento vietato, non permettendo all'agente di percepire il contenuto

¹²⁰ C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., 144. Sui reati di pericolo vedi anche M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 285; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, cit., 145.

¹²¹ C. BERNASCONI, Il reato ambientale, cit., 156 e ss., la quale evidenzia come tale rischio sarà tanto più contenuto, quanto più gli elementi utilizzati nella descrizione del fatto tipico siano cosi densi di significato, da risultare difficile ipotizzare un fatto conforme a quello astratto che non sia al tempo stesso potenzialmente pericoloso per il bene tutelato. Diversamente, il discorso si fa molto più complesso nel momento in cui il legislatore non utilizza nella singola fattispecie incriminatrice, talvolta anche per difficoltà di natura oggettiva, materiale semantico pregnante, sì da essere estremamente problematica un'operazione ermeneutica che si impegnasse nel tentativo di far salvo il principio di offensività, senza il rischio di forzare irrimediabilmente il dato normativo. Ed è proprio questo l'inconveniente che sembrano presentare molte delle fattispecie costruite dal legislatore in materia ambientale con la tecnica del pericolo astratto (presunto), in quanto, spesso, le condotte tipizzate sono descritte dal legislatore attraverso l'uso di espressioni, almeno prima facie, in sé prive di capacità selettiva.

¹²² In questo senso cfr., ad esempio, Cass. pen, sez. III, 28 gennaio 1998 in CED n. 210469 nonché Cass. pen., sez. III, 21 novembre 1997, in Cass. pen., 1999, 1580, nella quale è affermato che "sebbene la natura di reato di pericolo della fattispecie prevista e punita dall'art. I sexies della legge n. 431 del 1985 determini l'incriminazione di condotte che non arrecano in concreto un danno all'interesse giuridicamente tutelato, dette condotte devono essere tuttavia astrattamente idonee a metterlo in pericolo, e pertanto non si può logicamente prescindere da una valutazione ex ante del nocumento potenziale oggettivamente insito nella minaccia ai valori del paesaggio".

illecito del fatto e realizzando in tal modo anche una violazione del principio di colpevolezza, con conseguente allontanamento dal modello di illecito penale così come interpretato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 364 del 1998.

4.1. In particolare: il rapporto tra i singoli modelli di illeciti ambientali e il principio di offensività

Alla luce di quanto premesso è ora possibile indagare dettagliatamente la compatibilità delle singole categorie di illeciti ambientali con il principio di offensività.

A tal fine, si prenderà in considerazione la ripartizione esposta nei precedenti paragrafi e, pertanto, l'analisi avrà ad oggetto le fattispecie ambientali che sanzionano: a) il mancato rispetto di un obbligo di comunicazione; b) l'omessa richiesta della preventiva autorizzazione ovvero l'autorizzazione sospesa/revocata; c) la violazione dei limiti tabellari prescritti per il compimento di determinate attività.

La prima delle citate categorie prende in considerazione condotte per il cui svolgimento la legge prevede l'obbligo della comunicazione alla Pubblica Amministrazione competente. In tali casi la sanzione penale punisce, non tanto lo svolgimento dell'attività in sé, quanto il mancato ottemperamento del suddetto obbligo, avendo, il legislatore, scelto di incriminare comportamenti che, esaurendo il loro disvalore nell'ostacolare la raccolta delle informazioni necessarie alla Pubblica Amministrazione per effettuare un monitoraggio costante delle imprese operanti in settori a "rischio ecologico, si rivelano del tutto "neutri" sul piano dell'offesa 123.

Si tratta, pertanto, di reati omissivi, ove, di per sé, la condotta pericolosa per l'ambiente non è illecita, né lo diventa in ragione della mancata comunicazione, la

¹²³ F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente* in Italia, cit., 1113; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 142.

quale da sola costituisce oggetto della pretesa comportamentale presidiata dalla sanzione penale¹²⁴.

In altri termini, si può affermare che fattispecie così strutturate, più che doversi considerare di pericolo astratto (o presunto), coincidono con il semplice "sospetto" del pericolo¹²⁵, in quanto non vi è alcuna base di giudizio idonea a fondare la previsione che i comportamenti sanzionati nel loro regolare sviluppo corrispondano ad una situazione di rischio per l'ambiente¹²⁶.

In tali ipotesi, ove le funzioni amministrative, lungi da costituire un filtro per il contenimento di attività potenzialmente lesive dell'ecosistema, rappresentano l'oggetto diretto e finale della stessa tutela penale, la soglia di punibilità si colloca in una posizione talmente arretrata rispetto alla lesione possibile dell'ambiente da far ritenere queste fattispecie del tutto inconciliabili con il principio di offensività del reato ¹²⁷. Pertanto, essendo le condotte tipizzate in tali fattispecie "neutre" rispetto al bene giuridico finale, si dovrebbe procedere ad una loro depenalizzazione.

Il secondo gruppo di illeciti punisce, invece, lo svolgimento di attività in assenza dell'autorizzazione o con autorizzazione sospesa o revocata. In tali fattispecie – che peraltro sono quelle che hanno stimolato le più ampie riflessioni e il maggior numero di contrasti – la sanzione penale è posta a presidio dell'interesse della

¹²⁵ In tal senso, G. AZZALI, La tutela penale dell'ambiente: un'indagine di diritto comparato, Cedam, Milano, 2001, 322; A. L. VERGINE, Ambiente (tutela dell'), cit., 758; G. ZUCCALÀ, Sul preteso principio di necessaria offensività, in Studi in memoria di Giacomo Delitala, Giuffrè, Milano, 1984, 1704, il quale auspica la creazione di un sistema penale che sia più rispettoso del principio di necessaria offensività, pur senza negare le esigenze politico-criminali che conducono alla scelta di anticipazione della soglia di tutela penale.

¹²⁴ Sempre F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia, cit., 1113.

¹²⁶ Cfr. F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia, cit., 1113, secondo il quale in tale gruppo di illeciti "il controllo amministrativo che viene tutelato penalmente ha ad oggetto la pura conoscenza dell'attività. Quest'ultima potrà essere anche pericolosa per il bene finale, ma ciò non è dato desumerlo dal tipo di controllo amministrativo, che non si esprime attraverso valutazioni di merito. Solo dal punto di vista empirico potrà dirsi, semmai, che l'attività è pericolosa; è questa però una valutazione exstrasistematica, in quanto tale, utile nella diversa prospettiva di una rimeditazione delle scelte legislative sul piano politico criminale. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, invece, non vi sono elementi per far supporre che la condotta punita sia ritenuta dal legislatore astrattamente pericolosa per il bene finale".

¹²⁷ In termini ancora più chiari, in questo gruppo di illeciti ciò che viene tutelato non è la funzione di controllo preventivo della pubblica autorità come mezzo per contenere o limitare l'esercizio di attività inquinanti potenzialmente dannose, ma la semplice possibilità della pubblica amministrazione di venire a conoscenza di quelle attività. Sul punto cfr. M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 148 e ss.

Pubblica Amministrazione a valutare la tollerabilità in concreto della pericolosità della condotta: ovvero la conciliabilità tra l'interesse allo svolgimento dell'attività e i vari interessi confliggenti, tra i quali vi rientra anche la protezione dell'ambiente.

Sulla loro compatibilità con il principio di offensività sono emerse in dottrina posizioni differenti. Per taluni, infatti, diversamente da quanto detto con riferimento alla categoria di reati incentrati sull'omessa comunicazione di informazioni alle competenti Autorità, qui la subordinazione della liceità penale del comportamento a una valutazione di merito della Pubblica Amministrazione lascia presumere che si tratti di condotte che risultano astrattamente pericolose per il bene finale, nella misura in cui disattendono le modalità di svolgimento ritenute dalla Pubblica Amministrazione necessarie al contenimento della loro pericolosità in concreto¹²⁸. Di conseguenza, stante la strumentalità della tutela delle funzioni amministrativa alla protezione del bene finale ambiente, detto orientamento ne afferma la legittimità sotto il profilo dell'offensività.

Al contrario, per differente indirizzo 129, i reati in parola si pongono in contrasto con il suddetto principio, posto che il requisito dell'omessa ammissione della Pubblica Autorità allo svolgimento di determinate attività – che costituisce il nucleo essenziale del fatto tipico – nulla dice in merito alla potenzialità lesiva delle condotte incriminate sui beni penalmente tutelati. Sicché l'autorizzazione avrebbe la funzione di rendere lecita una condotta la cui portata lesiva non è espressa dalla norma penale, con la conseguenza che l'intero disvalore del fatto si incentrerebbe sull'assenza del provvedimento amministrativo. In altri termini, il compito di determinare il discrimen tra lecito e illecito sarebbe affidato esclusivamente alla Pubblica Amministrazione, con la paradossale conseguenza di dover considerare penalmente leciti tutti i comportamenti di scarico, emissione, smaltimento regolarmente autorizzati, anche laddove siano astrattamente pericolosi per

-

¹²⁸ F. GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o di funzioni, cit., 1114.

¹²⁹ In tal senso, tra gli altri, L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 146; G. AMENDOLA, La nuova legge sull'inquinamento delle acque, Giuffrè, Milano, 1977, 84; G. GREGORI – P. J. DA COSTA, Problemi generali del diritto penale dell'ambiente, Cedam, Padova, 1992, 68 e ss.; A. MANNA, Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente, in Riv. dir. pen. econ., 1997, 670; P. PATRONO, I reati in materia di ambiente, cit., 677.

l'ambiente e, viceversa, illecite, e punibili, attività del tutto innocue, solo in quanto non munite di provvedimenti di preventiva ammissione¹³⁰.

Pertanto, secondo quest'ultimo orientamento, anche in questa categoria di illeciti, così come nella precedente, ciò che il diritto penale garantirebbe sarebbero le condizioni di svolgimento dell'attività di pubblica prevenzione degli inquinamenti.

Vi è, tuttavia, una posizione intermedia ¹³¹, a cui si ritiene di dover aderire, secondo cui la reale portata offensiva delle fattispecie incentrate sull'assenza di autorizzazione deve essere valutata "caso per caso" attraverso un'analisi dettagliata delle singole figure di reato, volta a verificarne la compatibilità con un diritto penale a tutela di autentici beni giuridici.

Secondo tale impostazione, pertanto, occorrerebbe considerare, di volta in volta, in relazione all'ecosistema, l'attitudine offensiva delle condotte per le quali la legge prescrive una preventiva autorizzazione. Un simile giudizio imporrebbe di considerare il complesso delle regole amministrative che disciplinano il rilascio del suddetto provvedimento, in modo tale da poter accertare se il controllo precauzionale della Pubblica Amministrazione riguardi qualsiasi tipo di condotta ovvero solo quelle che, esercitate in modo continuativo, risultino potenzialmente pericolose per l'ambiente¹³². Ed infatti, laddove il rilascio dell'autorizzazione sia subordinato alla valutazione della pericolosità (presunta) della condotta che ne costituisce oggetto, la fattispecie incriminatrice non si limiterà a sanzionare un mera disobbedienza al diritto amministrativo, ma sarà diretta ad evitare che tramite quella violazione dell'obbligo formale di preventiva ammissione si pongano in essere attività dotate di attitudine offensiva contro l'ambiente¹³³.

Sulla base di tali considerazioni, l'orientamento dottrinale appena sintetizzato ritiene che il numero dei reati ambientali nei quali si rintraccia una tutela dei meri

-

¹³⁰ Cfr. sul punto, C. BERNASCONI, Il difficile equilibrio tra legalità e offensività nella tutela penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir.pen. econ., 2003, 82.

¹³¹ Sul punto cfr. M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 123 e ss.

¹³² L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 150.

¹³³ In tal senso cfr. F. PALAZZO, Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela dell'ambiente, in Ambiente e Diritto, a cura di S. GRASSI – M. CECCHETTI – A. ANDRONIO, II, Firenze, 1999, 545; F. ANGIONI, Il principio di offensività, cit., 70.

di dell'ambiente interessi amministrativi governo vada notevolmente ridimensionato in quanto la maggior parte degli illeciti appartenenti alla categoria de qua avrebbe ad oggetto l'equilibrio dell'ecosistema. Dall'analisi del dato normativo si evince, infatti, che non tutte le condotte di scarico, di emissione etc. necessitano di un controllo preventivo, ma solo quelle provenienti da determinate fonti o comunque esercitate in modo continuativo nell'ambito di specifiche attività economiche industriali, ossia quelle attività che sulla base di parametri tecnico-scientifici mostrano una spiccata attitudine a pregiudicare l'integrità dell'ambiente¹³⁴. In questo senso, ad esempio, la condotta di scarico di acque reflue industriali¹³⁵ senza autorizzazione punita dall'art. 137 del Codice dell'ambiente è tutt'altro che neutra quanto a disvalore, essendo oggetto di apposita regolamentazione proprio perché il legislatore parte dal presupposto che un simile scarico, in quanto "appendice" di attività economiche produttive e dunque caratterizzato da una certa regolarità e continuità, è generalmente fornito di una spiccata attitudine lesiva nei confronti dell'equilibrio ecologico dei corpi idrici.

Rimarrebbero, invece, "ingiustificabili" sotto il profilo dell'offesa solo quelle tipologie di illeciti che sanzionano l'assenza di autorizzazione per lo svolgimento di attività del tutto prive di connotati lesivi quali sono, ad esempio, quelle condotte meramente prodromiche all'ulteriore compimento di altre attività (di scarico, emissione, smaltimento), le quali invece sono intrinsecamente portatrici di una carica di pericolosità. Si pensi, a quelle fattispecie che puniscono la mancanza di autorizzazione in relazione ad attività di per sé non pericolose per l'ambiente e consistenti nel mero apprestamento di mezzi, strutture e costruzioni¹³⁶.

In questi casi, infatti, la soglia di punibilità risulta talmente arretrata dal dover ritenere che non si possa parlare di reati di pericolo astratto, quanto piuttosto di

¹³⁴ M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 130.

¹³⁵ Ai sensi dell'art. 74, comma 1, lett. h) del d.lgs. 152 del 2006 per "acque reflue industriali" si intende "qualsiasi tipo di acque reflue scaricate da edifici o impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzione dei beni, diverse dalle acque reflue domestiche e dalle acque reflue meteroriche di dilavamento".

¹³⁶ Ad esempio, le fattispecie che sanzionano la costruzione di impianti industriali senza autorizzazione.

reati di mera disobbedienza o di reati-scopo, in quanto tali sforniti di un'effettiva esposizione a pericolo del bene protetto¹³⁷.

Ciò posto, come è stato efficacemente osservato, detta tipologia di illeciti comporta due aspetti problematici: da una parte, la difficoltà di un'esatta delimitazione della base empirico-fattuale in relazione alla quale effettuare il giudizio di pericolosità delle condotte soggette a preventiva autorizzazione e, dall'altra, la discrezionalità di cui gode la Pubblica Amministrazione nel formulare tale giudizio 138.

Ed invero, porre come base del giudizio l'equilibrio dell'ecosistema significherebbe disporre di un quadro empirico di riferimento non solo talmente generico da essere inidoneo ad un'attenta valutazione dell'attitudine offensiva delle attività autorizzande, ma anche poco corrispondente al dato normativo, il quale fa solitamente generico riferimento al pericolo per l'ambiente e per la salute pubblica. La base del giudizio su cui si fonda il controllo precauzionale e preventivo della Pubblica Amministrazione è, dunque, molto ampia ed indefinita quanto al bene in relazione al quale definire la pericolosità, al punto da rendere di fatto impossibile una corretta valutazione delle potenzialità di rischio connesse alle condotte 139.

La mancanza di una base empirica determinata e circoscritta da fornire all'organo preposto al suddetto giudizio (circa l'attitudine lesiva di determinate attività) comporta il rischio di lasciare impuniti comportamenti pericolosi, in quanto autorizzati, e, viceversa, di sanzionare condotte inoffensive, qualora non autorizzate.

Strettamente connesso a questo profilo è il secondo rilievo anticipato ossia quello relativo alla discrezionalità che sorregge la verifica dei requisiti richiesti per la

¹³⁸ Entrambe le problematicità sono state efficacemente evidenziate da L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 152, e da M. O. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, cit., 122. Con specifico riferimento al problema della discrezionalità amministrativa in relazione al diritto penale ambientale, si veda anche M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 200 e ss. ¹³⁹ L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 152.

133

¹³⁷ Sul punto cfr. L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 151. Sulle definizioni di reati di pericolo, reati di mera disobbedienza e reati-scopo cfr., fra gli altri, S. CANESTRARI, Reati di pericolo, in Enc. Giur. trecc., vol. XXVI, Roma, 1991, 8 e ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., 175; G. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv.it.dir.proc.pen., 1986, 689.

concessione dell'autorizzazione. Infatti, l'ammissione allo svolgimento di talune attività industriali particolarmente inquinanti sopraggiunge al termine di una verifica circa la sussistenza dei requisiti legali per il rilascio dell'autorizzazione. Tuttavia, i suddetti requisiti vengono predeterminati in via meramente indicativa dal legislatore e concernono per lo più il tipo di attività soggetta all'obbligo di autorizzazione e le direttrici di massima alle quali attenersi nel valutare la compatibilità della condotta con la protezione dell'ecosistema, sicché all'organo esecutivo è rimesso il compito di accertare, in concreto e sul piano tecnico, la conformità delle attività da autorizzare alle modalità precauzionali necessarie per una svolgimento conforme alla protezione dell'ambiente. Da ciò consegue che la determinazione degli standards ai quali occorre guardare per evitare che il pericolo raggiunga una soglia penalmente rilevante è funzione sostanzialmente riservata alla discrezionalità – discrezionalità tecnica e non amministrativa – della Pubblica Amministrazione¹⁴⁰.

Pertanto, il provvedimento autorizzatorio non è un atto dovuto alla cui emanazione l'Amministrazione è vincolata una volta verificata la presenza di rigidi presupposti, ma un atto che si può discrezionalmente scegliere di negare o di emettere all'esito del parere tecnico sulla sussistenza dei requisiti prefissati ex $lege^{141}$.

Detta discrezionalità, tuttavia, potrebbe aprire il varco a una possibile disparità di trattamento ossia al rischio che, in presenza dei medesimi presupposti,

¹⁴⁰ Mentre la discrezionalità amministrativa ricorre quando al pubblico potere sia affidato la scelta del bene pubblico da ritenere preminente tra una pluralità di beni e interessi coinvolti nell'azione amministrativa, la discrezionalità tecnica consiste, invece, nella facoltà di valutare, in base a criteri tecnico scientifici, la rispondenza della condotta da approvare a regole cautelari idonee a garantire la tutela di un dato bene o il soddisfacimento di un interesse pubblico, ritenuto prevalente. Sicché mentre nel primo caso è la stessa Pubblica Amministrazione ad eseguire il bilanciamento tra interessi configgenti selezionando direttamente quello meritevole di realizzazione, nel secondo caso essa fornisce il proprio apporto tecnico nella scelta delle modalità necessarie a garantire la protezione di un bene pubblico, il quale però è preventivamente indicato dal legislatore come preminente. Per la distinzione tra "discrezionalità amministrativa" e "discrezionalità tecnica" nel diritto amministrativo, si veda A. PIRAS, Discrezionalità amministrativa, in Enc.Dir., vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 88; F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2012, 358.

¹⁴¹ L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 348. Negli stessi termini anche M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 143.

l'Autorità in talune ipotesi conceda l'autorizzazione e in altre la neghi¹⁴². Da ciò l'ovvia constatazione per cui, tanto più il legislatore provvederà a chiarire i criteri e i parametri ai quali la Pubblica Amministrazione dovrà attenersi nella valutazione dell'idoneità lesiva delle condotte, tanto meno darà luogo alla variabilità dell'esito del giudizio.

In ragione di tali considerazioni, ci si limita in questa sede a sottolineare come il ricorso a questa seconda tipologia di illeciti, se non desta particolari problemi sotto il profilo della compatibilità con il principio di offensività, resti in ogni caso discutibile nella misura in cui affida, non a precisi parametri legislativi, ma alla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione la selezione delle condotte penalmente rilevanti.

Anche sulla compatibilità con il principio di offensività del terzo gruppo di illeciti ambientali - ovvero quelli che sanzionano la violazione di limiti tabellari nelle attività di scarico e di emissione e di smaltimento di sostanze inquinanti - si registrano posizioni contrastanti.

Si tratta di tutte quelle ipotesi in cui la norma incriminatrice rinvia a atti normativi di secondo grado (ad esempio a regolamenti o decreti ministeriali o interministeriali) il compito di specificare, dal punto di vista tecnico, uno o più elementi della fattispecie, utilizzando pertanto la struttura tipica della normazione penale in bianco¹⁴³.

A fronte del dinamismo e della continua evoluzione che caratterizza la materia ambientale, l'assegnazione ad organi particolarmente qualificati e dotati di più elastici poteri di "ordinanza" o di "decretazione" del compito di aggiornare la

¹⁴² E infatti il disposto legislativo indica i criteri guida del giudizio ed affida all'organo di controllo il compito di fissare gli *standards* di svolgimento delle attività cui il privato richiedente dovrà attenersi per ottenere il provvedimento autorizzativo e per porre in essere in modo continuativo le condotte permesse. La dottrina tedesca, per ovviare alla potenziale disparità di trattamento che la discrezionalità della Pubblica Amministrazione potrebbe, ha sostenuto che nelle fattispecie incentrate sulla presenza di un provvedimento autorizzativo di natura discrezionale, la Pubblica Amministrazione sia vincolata non solo ai criteri guida fissati dalla legge, ma anche alla precedente prassi amministrativa, in modo tale da trattare in maniera omogenea situazioni analoghe ed in modo diverso situazioni diseguali. Una siffatta soluzione è, tuttavia, impraticabile nell'ordinamento italiano ove è tendenzialmente escluso che la precedente prassi amministrativa possa essere annoverata tra le fonti del diritto.

¹⁴³ Sulla definizione di "norma penale in bianco" cfr., fra gli altri, M. GALLO, *Appunti di diritto penale, vol. I.*, cit., 19, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 175.

normativa vigente sulla scorta del progresso tecnico-scientifico appare la scelta più opportuna, se non addirittura inevitabile.

Ed infatti, numerose sono le fattispecie ambientali che, direttamente o indirettamente, rinviano a fonti diverse dalla legge ordinaria il compito di fissare e aggiornare, per lo più attraverso lo strumento delle "tabelle" (di scarico, di emissione etc.), i diversi limiti di tollerabilità delle aggressioni ai diversi beni ambientali¹⁴⁴.

Non essendo questa la sede più opportuna per trattare le problematiche che detta tecnica normativa comporta in tema di compatibilità con il principio di riserva di legge, basti qui evidenziare che affinché quest'ultimo possa dirsi rispettato è necessario che i parametri fondamentali alla stregua dei quali effettuare l'individuazione delle c.d. soglie di tollerabilità siano predeterminati dalla legge ordinaria o comunque ricavabili entro una cornice di possibilità sufficientemente tassativa. Diversamente, infatti, ci troveremmo di fronte ad una sorta di aggiramento del suddetto principio posto che, dietro presunte "valutazioni tecniche", si celerebbe in realtà, per le autorità amministrative, un illimitato potere di selezione delle molteplici condotte astrattamente riconducibili alla norma incriminatrice 145.

Ebbene, secondo una parte della dottrina ¹⁴⁶, anche le suddette fattispecie costituirebbero mere disobbedienze al diritto amministrativo in quanto la predeterminazione dell'attitudine pericolosa attraverso il richiamo di limiti tabellari di tolleranza non garantisce affatto che ad essere puniti siano comportamenti realmente offensivi dell'ambiente. In altri termini, il presumere che determinate attività, già di per sé pericolose, lo diventino ancor di più laddove

-

¹⁴⁴ Si veda, ad esempio, l'art. 137, comma 5 del d.lgs. 152 del 2006 che punisce "chiunque in relazione alle sostanze indicate nella tabella 5 dell'Allegato 5 nella parte terza del presente decreto, nell'effettuazione di uno scarico di acque reflue industriali, superi i valori limite fissati nella tabella 3 o, nel caso di scarico del suolo, nella tabella 4 dell'Allegato 5 alla parte terza del presente decreto, oppure i limiti più restrittivi fissati dalle regioni o dalle provincie autonome o dall'Autorità competente a norma dell'articolo 107, comma 1".

¹⁴⁵ M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 179.

¹⁴⁶ Il riferimento è a P. PATRONO, I reati in materia di ambiente, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 2000, 669, secondo il quale, in una prospettiva de iure condendo, gli standards di accettabilità avrebbero margini di utilizzabilità solo in funzione agevolatrice della ricostruzione giudiziale del nesso causale tra condotta ed evento, in un diritto penale dell'ambiente comprensivo esclusivamente di fattispecie di danno o di pericolo concreto.

oltrepassino la soglia di rischio consentito fissata da indici di tolleranza, non serve ad eliminare un eventuale scarto tra tipicità ed offensività. Anzi, secondo l'esposto orientamento, i reati de quibus fornirebbero addirittura minori garanzie di conformità al principio di offensività rispetto agli illeciti incentrati sulla mancanza di autorizzazione: questi ultimi, infatti, assegnando alla Pubblica Amministrazione la funzione di valutare caso per caso l'attitudine lesiva delle condotte, avvicinano maggiormente il giudizio di pericolo astratto alle peculiarità della situazione concreta¹⁴⁷.

In realtà, a ben vedere, la constatazione del rischio che possano essere puniti fatti conformi al tipo, ma in realtà del tutto innocui è una problematica nota al dibattito relativo alla stessa ammissibilità dei reati di pericolo astratto e, pertanto, non è sufficiente a giustificare una radicale espunzione dal diritto penale ambientale delle fattispecie che sanzionano la violazione di limiti tabellari¹⁴⁸.

Sulla base di tali considerazioni, la conclusione secondo cui tutti i reati ambientali strutturati sul superamento di limiti di tollerabilità puniscano comportamenti neutri quanto a disvalore appare inaccettabile per due ordini di ragioni: innanzitutto, in quanto si rivela frutto di una generalizzazione non conforme al dato normativo esistente e, in secondo luogo, perché, prendendo in considerazione il solo dato formale della tecnica di incriminazione, trascura di considerare il profilo sostanziale della natura delle offese tipizzate.

Per queste ragioni, ci sembra più opportuno accogliere quell'orientamento che, con specifico riferimento ai reati ambientali, evidenzia come la funzione degli standards di tollerabilità sia quella di selezionare condotte già caratterizzate da un

147 L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 158.

¹⁴⁸ E anche in tali ipotesi, come già evidenziato con riferimento ai reati di esercizio di attività in assenza di autorizzazione, il nodo critico della questione non riguarda la presunta illegittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto, ma il modo con cui il legislatore perviene al giudizio di pericolosità delle condotte: tanto più corretto sarà questo giudizio quanto meno risulterà lo scarto tra tipicità ed offensività. In altri termini, è necessario che la norma penale selezioni solo quelle condotte che già ex se siano dotate di attitudine offensiva, alla stregua di valutazioni scientifiche altamente probabili. Sul punto cfr. M. GALLO, I reati di pericolo, cit., 8; S. CANESTRARI, Reati di pericolo, cit., 6; F. BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., 82 nonché L. SIRACUSA, La tutela penale dell'ambiente, cit., 159.

grado di pericolosità, fissando un limite di prevenzione e contenimento della potenzialità lesiva¹⁴⁹.

Peraltro, la tendenza a valutare in termini positivi la categoria dei reati in oggetto trova conferma anche nel dato normativo posto che il legislatore ha mostrato una propensione per illeciti ambientali così strutturati nonché per una maggiore tassatività nella descrizione degli elementi pregnanti dei comportamenti puniti. Si pensi ad esempio, oltre al già citato art. 137 comma 5 del d.lgs. 152 del 2006 concernente l'inquinamento idrico, anche all'art. 279 comma 2 del medesimo decreto che, in tema di inquinamento atmosferico, punisce chi nell'esercizio di uno stabilimento non rispetti i valori limite di emissione stabiliti dalla normativa statale o regionale. Il significato lesivo di tali condotte si ricava ovviamente dai criteri fissati dal legislatore per la determinazione dei valori soglia. A tal proposito, l'art. 268 comma 1 chiarisce che per valore limite di emissione si deve intendere "il fattore di emissione, la concentrazione, la percentuale o il flusso di massa di sostanze inquinanti nelle emissioni che non devono essere superati" 150, mentre per emissione "qualsiasi sostanza solida, liquida o gassosa introdotta

Risulta, pertanto evidente come il reato di cui all'art. 279 comma 2 del Codice dell'ambiente incrimini condotte nelle quali, alla situazione di pericolo base insita nel fatto di chi emette sostanze espulse dai cicli di produzione industriale, si aggiunga un *quid pluris* di pericolo costituito dal superamento di una soglia di tolleranza predeterminata, così vendendo garantito il principio di offensività del reato.

nell'atmosfera che possa causare inquinamento atmosferico".

-

¹⁴⁹ M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente, cit., 80 e 104. Nello stesso senso F. PALAZZO, Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente, in Ambiente e diritto, Firenze, 1990, 567.

¹⁵⁰ Si precisa che, non avendo la nuova disciplina contenuta nel d.lgs. 152 del 2006 abrogato il d.lgs. 351 del 1999, "Attuazione della Direttiva 96/62/CE in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente", rimane ferma l'indicazione fornita da questa fonte sul modo di stabilire i valori di emissione in atmosfera in relazione alle caratteristiche del ciclo produttivo, dei connotati dell'ambiente in cui le sostanze verranno immesse, della precedente situazione dell'atmosfera nonché delle migliori tecniche disponibili.

Capitolo III

La tutela penale dell'ambiente in ambito Europeo

1. Considerazioni introduttive

La questione ambientale e, in particolar modo, l'esigenza di garantire il rispetto delle regole poste a tutela del bene giuridico ambiente è stata per lungo tempo al centro dell'attenzione e del dibattito nell'Unione europea.

Ed invero, essa è stata considerata sin da subito come strettamente connessa alle esigenze di sviluppo economico e sociale, risultando inaccettabili gli effetti distorsivi che i mancati interventi in materia ambientale avrebbero potuto avere sul corretto funzionamento del mercato comune.

Sennonché, data la mancanza all'interno dei Trattati istitutivi di una specifica norma a tutela dell'ambiente e di una specifica competenza comunitaria in detto settore, l'impasse normativa è stata superata facendo ricorso al generico disposto dell'art. 308 del Trattato istitutivo della Comunità europea (ex art. 235 TCEE) ove veniva sancita la possibilità di perseguire gli scopi della Comunità anche in mancanza di espliciti poteri¹.

La motivazione della necessità di ricorrere ad una politica ambientale veniva rinvenuta nel fatto che ai sensi dell'art. 2 del Trattato, la Comunità Economica Europea ha il compito di "promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità; un'espansione continua ed equilibrata ed un miglioramento sempre più rapido delle condizioni di vita".

In effetti, nella Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo che si erano riuniti a Parigi nel 1972 per dare luce al primo programma d'azione, già si poteva leggere

¹ La Comunità, dunque, nel perseguire il compito di armonizzare le politiche degli Stati membri, disponeva del potere di intervenire in vista del raggiungimento di uno degli scopi della Comunità, in virtù dei poteri impliciti, anche quando il Trattato non avesse previsto gli strumenti necessari. Tra i primi atti normativi a livello comunitario in materia ambientale si vedano ad esempio la direttiva 70/157 CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sui livelli di rumore (6 febbraio 1970, in GUCE del 23/02/1970 L42, pag. 16 ss.), la direttiva 70/220 sulle emissioni inquinanti dei veicoli a motore, nonché i vari programmi d'azione sull'ambiente adottati a partire dal 1973. Sul punto cfr. R. ROMI, Droit international et européen de l'environnement, Paris, Montchréstien, 2005, 24.

che "l'espansione economica, che non è un fine a sé stante, deve con precedenza consentire di attenuare la disparità delle condizioni di vita. Essa deve essere perseguita con la partecipazione di tutte le parti sociali e deve tradursi in un miglioramento della qualità come del tenore di vita. Conformemente al genio europeo, si dedicherà un'attenzione particolare ai valori e beni non materiali e alla protezione dell'ambiente naturale, onde porre il progresso al servizio dell'uomo".

Nei vari programmi di azione in campo ambientale che si sono succeduti a partire dal 1972², questa motivazione è stata più volte ripresa e ampliata, affermandosi da un lato come il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 2 del Trattato "non si può concepire senza una lotta efficace contro gli inquinamenti e gli altri fattori nocivi, né senza il miglioramento qualitativo delle condizioni di vita e la protezione dell'ambiente"³; dall'altro, che "è necessario evitare che gli stati membri adottino misure divergenti tali da provocare distorsioni economiche nella Comunità" ⁴.

Pochi anni dopo, anche la (allora nominata) Corte di Giustizia delle Comunità Europee (oggi: dell'Unione europea)⁵ ha riconosciuto l'importanza fondamentale dell'interesse ambientale, giungendo ad affermare che la sua protezione costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità, così confermando la legittimità del ricorso al citato articolo 308 del Trattato CE in tale materia⁶.

Nonostante l'importanza di tale statuizione, la tutela dell'ambiente rimaneva, in ogni caso, indissolubilmente collegata alle politiche di incentivazione e sviluppo

⁻

² Dal 1973 a oggi vedono la luce sei programmi di azione in campo ambientale. I primi tre (il primo per il periodo 1973-1976; il secondo per il periodo 1977-1981; il terzo per il periodo 1982-1986) gettarono le fondamenta delle politiche comunitarie in campo ambientale in assenza di una specifica competenza nel Trattato. Dopo quella data sono stati pubblicati il quarto programma d'azione per il periodo 1987-1992; il quinto per il periodo 1993-2000; e, da ultimo, il sesto programma d'azione che concerne l'attuale periodo (dal 2002 al 2012). Inoltre, la Commissione ha varato il 29 novembre 2012 la proposta di decisione relativa all'approvazione del settimo programma d'azione per l'ambiente (fino al 2020). Come noto, i programmi d'azione, pur non essendo vincolanti, sono documenti importanti che consentono di comprendere in quale direzione la Commissione si stia muovendo per sviluppare la futura legislazione ambientale comunitaria.

 $^{^3}$ Così si legge nel terzo considerando del secondo programma di azione del 17 maggio 1977, in GUCE C 139/1; la stessa argomentazione si ritrova anche nel terzo programma di azione del 7 febbraio 1983, in GUCE C 46/1, al quarto considerando.

⁴ Così il terzo programma d'azione 7 febbraio 1983, in GUCE C 46/1, al sesto considerando.

⁵ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, la Corte di Giustizia delle Comunità europee diviene la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

⁶ Cfr. CGCE, 7 febbraio 1985, *Pubblico ministero c. ADBHU*, c. 240/83, in *Racc.* 1985, 549 punto 13.

del mercato comune, non ravvisandosi ancora interventi della Comunità volti a porre in essere una vera e propria politica ambientale dotata di una propria autonomia di contenuti.

Solo con l'Atto Unico Europeo entrato in vigore il 1 luglio 1987 alla politica ambientale è stata conferita una base giuridica formale e sono stati, al contempo, fissati i tre obiettivi principali in materia: tutela dell'ambiente, protezione della salute umana e utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali ⁷, nonché i tre principi fondamentali delle politiche comunitarie in campo ambientale⁸: il principio dell'azione preventiva, della riparazione dei danni alla fonte e del "chi inquina paga"⁹.

Con il Trattato di Maastricht¹⁰, che ha attribuito all'azione in materia ambientale il rango di vera e propria politica dell'Unione europea stabilendo che "le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie", le competenze europee in materia ambientale si ampliano ulteriormente fino a diventare, con il Trattato di

⁷ L'art. 130 R (successivamente 174 Tr. CE e ora 191 del TFUE), oltre ad aver imposto alla Comunità di "salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; di contribuire alla protezione della salute umana; di garantire una utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali", ha avuto il merito di fornire il primo spiraglio verso una tutela penale in materia ambientale introducendo il principio del "chi inquina paga", dell'azione preventiva e della correzione, alla fonte, dei danni causati all'ambiente nonché di introdurre il principio di sussidiarietà delle competenze comunitarie in materia ambientale, le quali entrano in gioco solo quando il livello di protezione che gli Stati possono assicurare è inferiore a quello che la Comunità può garantire.

⁸ Con il Trattato di Maastricht viene successivamente inserito, tra i principi fondamentali della politica comunitaria in materia ambientale, anche il principio di "precauzione".

⁹ J.P. JACQUE', L'acte unique européen, in Revue Trimestrelle Droit Européen, 1986, 608.

¹⁰ Come noto, il Trattato di Maastricht (denominato Trattato sull'Unione europea) sottoscritto il 7 febbraio 1992, sancisce la nascita dell'Unione europea, quale entità articolata in una struttura nuova, fondata su tre pilastri: a) il primo pilastro, composto dalle tre Comunità: la CEE, che muta la sua denominazione in Comunità europea (CE), così perdendo la sua connotazione esclusivamente economica; la CECA e l'Euratom; b) il secondo pilastro, riferito ai settori della politica estera e della sicurezza (PESC), oggetto di una politica comune posta in essere dai Governi degli Stati membri; c) il terzo pilastro, involgente i settori della giustizia e degli affari interni (CGAI), oggetto di cooperazione tra gli Stati membri secondo l'adozione di posizioni e azioni comuni da parte dei Governi nazionali.

I pilastri, aboliti con il Trattato di Lisbona, si differenziavano in base al metodo di funzionamento: mentre il primo pilastro era governato dal metodo comunitario, il secondo e il terzo pilastro erano governati da una logica di cooperazione tra gli Stati secondo il modello intergovernativo fondato sull'adozione di misure comuni, che postulava la permanenza delle materie nella competenza esclusiva degli Stati membri.

Amsterdam¹¹ del 1997, uno degli obiettivi primari dell'Unione. In particolare, quest'ultimo Trattato, prevedendo la necessità di promuovere "un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo", ha conferito all'ambiente la dignità di valore autonomo ed indipendente dalle scelte economiche.

Nella stessa ottica, la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza nel 2000, all'art. 37 ha stabilito che un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità debbano essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.

Da ultimo, anche il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009¹², ha ribadito l'importanza della tutela e del miglioramento della qualità dell'ambiente, nonché la promozione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile come elementi fondanti l'azione dell'Unione europea, recependo così integralmente i principi enunciati nei precedenti Trattati.

La rilevanza che le esigenze di tutela dell'ambiente hanno progressivamente assunto, tanto da divenire un obiettivo da integrare nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche europee, si è poi concretamente tradotta in una produzione normativa¹³ sempre più estesa e capillare, cui è stato affidato il compito di prevenire, ridurre e comunque regolamentare l'impatto negativo delle

¹¹ Il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

¹² Il Trattato di Lisbona include modifiche al Trattato sull'unione europea (TUE) e modifiche al Trattato istitutivo della Comunità europea, il quale muta la sua denominazione in "Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea" (TFUE): entrambi rappresentano i "trattati su cui è fondata l'Unione", di pari valore giuridico. In particolare la politica in materia ambientale, disciplinata dagli artt. 191-193 del TFUE, trova fondamento nell'attribuzione in favore dell'Unione di una competenza in forma concorrente, ai sensi dell'art. 4 comma 2 TFUE, ripartita con gli Stati membri. Essa, mirando al perseguimento dei quattro obiettivi fondamentali stabiliti dall'art. 191 TFUE (1. salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; 2. tutela della salute umana, intesa come garanzia e promozione di un ambiente salubre; 3. protezione dell'ambiente naturale, da intendersi come utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; 4. promozione di accordi sul piano internazionale per l'adozione di misure destinate a risolvere i problemi ambientali a livello regionale o mondiale), intende assicurare un livello di tutela elevato, tenendo conto delle diverse situazioni a livello regionale. In tale ottica, la politica ambientale si fonda sui tre principi della precauzione e dell'azione preventiva; della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e del "chi inquina paga" (art. 191 comma 2 TFUE).

¹³ Sul punto cfr. G. HEINE, Recenti sviluppi e principali questioni del diritto penale dell'ambiente in Europa, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2011, 105 e ss.

attività umane di produzione e di consumo sullo stato e sulla qualità dell'ambiente¹⁴.

Tuttavia, nonostante gli sforzi intrapresi in tal senso in ambito sopranazionale, il livello di attuazione della normativa comunitaria prima e dell'Unione europea oggi da parte degli Stati Membri si è rivelato il più delle volte inadeguato: il mero obbligo generico di adottare misure efficaci per l'attuazione della legislazione comunitaria ha infatti, come naturale conseguenza, la possibilità che un medesimo comportamento sia punito con sanzioni anche molto differenti per grado di severità a seconda dello Stato in cui venga posto in essere. Ciò, peraltro, comporta il rischio che l'esercizio di attività potenzialmente dannose per l'ambiente venga "trasferito" in Paesi caratterizzati da punizioni più blande, le quali dunque, stante la loro scarsa efficacia deterrente, diventerebbero solo "meri costi aggiuntivi" che le imprese sono ben disposte a pagare per portare a termine lucrosi affari¹⁵.

L'adozione di modelli, nella maggior parte dei casi profondamente differenti sia sotto il profilo della tecnica di tipizzazione delle fattispecie ambientali che sotto il profilo sanzionatorio, ha dunque reso sempre più evidente la necessità di un'adeguata armonizzazione dei diritti penali nazionali¹⁶.

Si deve, tuttavia, evidenziare che la realizzazione di un sistema di protezione ambientale che sia uguale in tutti i Paesi membri si è, da sempre, rivelato un compito tutt'altro che facile, soprattutto a fronte della mancanza di competenza diretta a legiferare in materia penale in capo alle Istituzioni europee, non godendo, queste ultime, né di una legittimazione ad emanare norme incriminatrici direttamente applicabili, né di una potestà sanzionatoria penale. L'ostacolo principale a una siffatta possibilità è rappresentato dal principio della riserva di legge in materia penale che, riconosciuto nella maggior parte delle Costituzione

¹⁴ Cfr. G. M. VAGLIASINDI, La direttiva 2008/99/ce e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?, in Dir. comm. internaz., 2010, 449.

¹⁵ Si deve tuttavia osservare come spesso accade che le conseguenze di tali condotte, dati gli effetti transfrontalieri prodotti dagli inquinamenti e dagli altri fattori di degrado ambientale, si ripercuotono sull'intera Comunità.

¹⁶ Cfr. A. KARAMAT, La politica dell'Unione europea in relazione alle sanzioni ambientali. Proposte per una direttiva sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale, in Rivista giuridica dell'ambiente, Giuffrè, Milano, 2008, 8.

degli Stati membri quale corollario del superiore principio di legalità, opera come garanzia per il cittadino affinché la sua libertà fondamentale non venga limitata se non dal Parlamento, con un procedimento che, garantendo la dialettica tra maggioranza e opposizione, assicura una riflessione sufficientemente ponderata sull'introduzione di disposizioni che incidono sulla libertà personale dei singoli ¹⁷.

La valenza garantista del principio non risulterebbe, invece, adeguatamente rispettata dall'attribuzione di una potestà penale ad un'entità, quale è l'Unione europea, il cui assetto istituzionale ed operativo non soddisfa a pieno i criteri di democraticità e rappresentatività che tale potestà esige.

Se è pur vero che il Parlamento europeo è democraticamente eletto dal popolo, è altresì vero che l'Unione europea è stata, per lungo tempo, caratterizzata da un grave deficit democratico in quanto l'esercizio della funzione legislativa era in sostanza accentrato in capo al Consiglio – organo privo di legittimazione democratica in quanto composto da rappresentanti dei governi nazionali – e alla Commissione, mentre il Parlamento disponeva di funzioni essenzialmente consultive.

Sebbene attenuato, tale *deficit* non si può dire completamente eliminato neanche a fronte del graduale processo di democratizzazione delle istanze decisionali europee dato della pari ordinazione tra Parlamento e Consiglio nella procedura legislativa ordinaria disciplinata dall'art. 294 del TFUE (già introdotta nella forma della procedura di codecisione dal Trattato di Maastricht in settori limitati) e della democratizzazione attuata con il Trattato di Lisbona attraverso un Parlamento maggiormente rappresentativo dei cittadini dell'Unione ed un ruolo più partecipativo dei Parlamenti nazionali¹⁸.

¹⁷ A tal proposito si ricorda che la Corte Costituzionale ha più volte affermato che "l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla formazione comunitaria, giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana": Corte Cost., sent. n. 18 aprile 1991 n. 168, in Foro it., 1992, 660.

¹⁸ Con il Trattato di Lisbona la procedura di codecisione, ridefinita, come già detto, "procedura legislativa ordinaria", è diventata la principale procedura legislativa del sistema decisionale dell'Unione europea. Con essa viene attribuito lo stesso peso sia al Parlamento europeo che al Consiglio dell'Unione in numerosi ambiti (es. immigrazione, energia, trasporti, ambiente etc.).

Sulla base di tali considerazioni, risulta chiaro che la tutela penale degli interessi dell'Unione è una tutela indiretta e mediata per il tramite delle norme emanate da ciascuno Stato Membro.

2. Il "lungo cammino" verso la direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente.

Alla luce delle esposte considerazioni, ben si comprende come la direttiva comunitaria 2008/99/CE¹⁹ sulla tutela penale dell'ambiente abbia, senza alcun dubbio, rappresentato una svolta storica: per la prima volta infatti un atto comunitario ha posto espliciti obblighi di incriminazione in capo agli Stati membri anziché generici obblighi di approntare discipline adeguate agli scopi di tutela perseguiti.

Con tale provvedimento L'Unione europea si è prefissata l'obiettivo di intervenire attivamente per contrastare l'aumento di reati ambientali e le loro conseguenze, posto che queste si estendono sempre più frequentemente al di là delle frontiere degli Stati in cui i reati vengono commessi. In particolare, data l'incapacità dimostrata dai sistemi penali nazionali di garantire la piena osservanza della normativa in materia di tutela penale dell'ambiente, si è tentato di creare, attraverso l'armonizzazione degli elementi costitutivi dei reati più gravi contro l'ambiente, uno standard minimo di tutela ossia una disciplina sanzionatoria uniforme in termini di approccio repressivo essenziale nei confronti di attività o atteggiamenti inerti che possano compromettere l'equilibrio dell'ecosistema.

Ancora una volta il settore ambientale è stato dunque confermato quale canale di azione privilegiato sia per il superamento dei punti di frizione tra gli organismi comunitari sulla materia del riparto di funzioni legislative tra quelli che erano i pilastri dell'Unione (oggi aboliti con il Trattato di Lisbona), sia per l'innesco di nuove spinte propulsive verso l'allargamento delle competenze normative europee²⁰.

²⁰ L. SIRACUSA, La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2008, 864.

145

¹⁹ Direttiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, emanata ai sensi degli artt. 174 par.2 e 175 del Trattato CE.

La direttiva, infatti, oltre ad avere un indubbia valenza sotto il profilo giuridico, ha avuto un ruolo importante anche sotto il profilo politico, rappresentando l'esito del dibattito che si era aperto in seno alle istituzioni europee sulla legittimazione del diritto di fonte comunitaria ad incidere sulla materia penale dei singoli Stati e il punto di compromesso tra Commissione e Consiglio sull'impiego della direttiva, e non della decisione quadro, per l'armonizzazione delle fattispecie penali incriminatrici.

È noto infatti che la questione della corretta base giuridica per l'adozione di atti normativi a contenuto penale è iniziata nel 2003 con la scelta del Consiglio di preferire lo strumento della decisione quadro a quella della direttiva per l'armonizzazione dei reati a tutela dell'ambiente e si è conclusa, prima nel 2005 con l'annullamento della stessa decisione quadro da parte della Corte di Giustizia – in accoglimento del ricorso presentato dalla Commissione – e successivamente nel 2007 con l'ulteriore annullamento della decisione quadro sulla repressione penale dell'inquinamento provocato da navi²¹.

Ed invero il quadro istituzionale anteriore all'adozione della direttiva in esame era contrassegnato dal fronteggiarsi di due spinte antagoniste: da un lato, il punto di vista della Commissione teso ad un pieno riconoscimento di una potestà normativa – in senso lato – penale della Comunità e all'adozione degli strumenti previsti dall'art. 175 del Trattato CE per le misure di armonizzazione; dall'altro la resistenza del Consiglio ad accettare tale prospettiva, posto che essa avrebbe inevitabilmente comportato una progressiva riduzione dell'ambito di operatività delle decisioni quadro e del terzo pilastro dell'Unione²².

La scelta tra uno strumento riferito al primo piuttosto che al terzo pilastro era di non poca importanza, comportando notevoli implicazioni. In particolare, a differenza degli atti normativi tipici del terzo pilastro (le decisioni quadro)²³, le

²¹ Per l'analisi del contenuto sia della proposta di direttiva, sia della decisione quadro si rinvia a L. SIRACUSA, Quale tutela penale dell'ambiente? Nuove prescrizioni europee e proposte di riferimento in Italia, in Dir. pub. comp. eur., 2005, 457 ss.

²² Sulla nozione di "pilastri" vedi supra nota 10.

²³ La procedura decisionale del terzo pilastro prevedeva l'adozione degli atti da parte del Consiglio mentre il Parlamento europeo aveva un ruolo meramente consultivo, dovendo esprimere un parere sulle decisioni quadro, obbligatorio ma non vincolante.

direttive comunitarie erano adottate congiuntamente dal Consiglio e dal Parlamento europeo, a maggioranza qualificata, e la loro adozione da parte degli Stati membri era soggetta al controllo della Corte di Giustizia.

Ebbene, il 27 gennaio 2003 il Consiglio dell'Unione europea approvò una decisione quadro (2003/80), in base alla quale i governi nazionali avevano tempo fino al gennaio 2005 per adottare misure severe per arginare alcune condotte lesive dell'ambiente.

La decisione quadro richiamava molti dei concetti contenuti nella Convenzione sulla protezione penale dell'ambiente, a sua volta ispirata soprattutto dal modello tedesco, fatto di reati di evento o di pericolo concreto. Le uniche condotte ulteriori previste dalla decisione quadro erano il commercio di sostanze che riducono lo strato di ozono, ed il possesso, la cattura, il danneggiamento, l'uccisione o il commercio illeciti di esemplari di specie protette animali o vegetali, o parti di esse. Dal suddetto provvedimento derivava l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, comprendenti pene privative della libertà, mentre veniva affrontata anche la questione della responsabilità delle persone giuridiche.

In sintesi: il modello di tutela penale dell'ambiente indicato dalla decisione quadro divergeva da quello tradizionalmente accolto dal nostro ordinamento, che fin dai tempi delle leggi antismog del 1965 e Merli del 1976, e ora con il d.lgs. 152 del 2006, si fonda sulla repressione – attraverso l'utilizzo dello schema dei reati di pericolo astratto – della violazione di autorizzazioni amministrative e dei limiti di accettabilità di condotte potenzialmente capaci di compromettere le matrici ambientali.

Mutamento di paradigma di tutela a parte, la decisione del Consiglio, come precedentemente accennato, originò un contenzioso con la Commissione e il Parlamento europeo.

Mentre infatti il Consiglio riteneva che la forma adeguata da utilizzare fosse la decisione quadro, quale strumento privo di efficacia diretta, la cui adozione nel contesto della cooperazione giudiziaria intergovernativa dell'ex terzo pilastro comportava una procedura decisionale rimessa all'unanimità del consenso tra

Stati membri, la Commissione ed il Parlamento Europeo condividevano l'idea di adottare una direttiva con procedura di codecisione per ricadere in pieno nell'ambito dell'acquis comunitario.

La Commissione, pertanto, mettendo in discussione il contenuto della iniziativa del Consiglio, e contestandone altresì forma e fondamento giuridico, soprattutto in considerazione del fatto che l'adozione della decisione quadro avrebbe comportato l'impossibilità di obbligare gli Stati membri a conformarsi alla principi ivi contenuti, ²⁴ il 15 aprile 2003 presentava ricorso alla Corte di Giustizia al fine di ottenerne l'annullamento integrale e chiedendo, al contempo, l'accertamento degli strumenti a disposizione dell'Unione per proteggere l'ambiente²⁵.

Con la sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03²⁶, la Corte di Giustizia, nell'annullare la decisione del Consiglio, pur ribadendo che in via di principio la legislazione penale non rientra nella competenza, quantomeno "diretta", della Comunità, dichiarava la legittimità dell'adozione da parte del legislatore comunitario di provvedimenti diretti ad incidere sul diritto penale degli Stati membri quando l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive costituisca una misura indispensabile per lottare contro violazioni gravi nei confronti dell'ambiente²⁷.

Intanto, il 12 luglio 2005 il Consiglio dell'Unione europea, sempre con lo scopo di riavvicinare le normative degli Stati membri in materia penale, adottava la decisione quadro 2005/667 sulla repressione penale dell'inquinamento provocato

-

²⁴ La Commissione affermava, infatti, la competenza del legislatore comunitario ad imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali in caso d'infrazione alla normativa comunitaria in materia di protezione dell'ambiente, senza attribuire però, in maniera esplicita, una competenza in materia penale alla Comunità.

²⁵ G. DE SANTIS, La tutela penale dell'ambiente dopo il d.lgs. n. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE, in Resp. civ. e prev., 2012, 668.

²⁶ Per i commenti alla sentenza, fra gli altri, vedi G. MANNOZZI – F. CONSULICH, La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, 899.

²⁷ Cfr. G. M. VAGLIASINDI, La direttiva 2008/99/ce e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?, cit., 449.

da navi al fine di garantire un elevato livello di sicurezza e di protezione dell'ambiente nel trasporto marittimo²⁸.

Anche in questa occasione la Commissione, ritenendo che la decisione quadro non fosse lo strumento giuridico appropriato per imporre agli Stati membri di considerare reato gli scarichi in mare illeciti di sostanze inquinanti, presentò ricorso per il suo annullamento alla Corte di Giustizia insistendo affinché si riconoscesse alla Comunità la facoltà di esigere dagli Stati membri la previsione di sanzioni, comprese, se del caso, quelle penali, qualora ciò si rendesse necessario per raggiungere un obiettivo comunitario (e tale è senz'altro quello di garantire un elevato livello di sicurezza e di protezione dell'ambiente nel trasporto marittimo). Ed infatti, se la sentenza del 2005 aveva fugato ogni dubbio sulla possibilità di adottare direttive a contenuto penale per la protezione dell'interesse ambientale, alcuni margini di contrasto erano rimasti aperti sia sulla questione del potere della Comunità di stabilire specie e misura delle sanzioni penali sia su quella dell'eventuale estensione del catalogo dei beni per i quali ammettere una competenza penale – sia pure "indiretta" – dei pilastri comunitari, a discapito del pilastro intergovernativo.

In altri termini, all'indomani della storica decisione del 2005 con riferimento alla politica ambientale, tra Commissione e Consiglio rimaneva ancora da chiarire un solo interrogativo: era legittimo che la direttiva si spingesse sino a prevedere tipologia e livello delle sanzioni penali²⁹?

La sentenza della Corte di Giustizia del 2007³⁰, nell'annullare la decisione quadro del Consiglio sull'inquinamento provocato da navi, ha messo un punto fermo

²⁸ La decisione quadro, che completava la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 settembre 2005, 2005/35/CE, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni allo scopo di rafforzare la sicurezza marittima mediante il ravvicinamento delle normative degli Stati membri, prevedeva l'adozione da parte degli Stati membri di una serie di provvedimenti correlati al diritto penale al fine di raggiungere l'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva.

 ²⁹ Cfr. L. SIRACUSA, La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova, cit., 871.
 ³⁰ Cfr. CGCE 23.10.2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, in www.eur-lex.europa.eu

³⁰ Cfr. CGCE 23.10.2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, in www.eur-lex.europa.eu secondo cui "(...)Per quanto riguarda invece la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili, occorre evidenziare che questa non rientra nella competenza della Comunità, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione. Ne consegue che il legislatore comunitario non può adottare disposizioni quali gli artt. 4 e 6 della decisione quadro 2005/667, in quanto tali articoli

anche a quest'ulteriore dubbio affermando il divieto per la Comunità di prevedere espressamente tipologia e misura delle pene. Essa dispone, infatti, esclusivamente di una competenza ad adottare norme armonizzatrici dei requisiti minimi delle condotte punibili, ma non delle relative sanzioni.

Appare evidente come quest'ultimo intervento dei giudici di Lussemburgo abbia spianato la strada alla definitiva approvazione della direttiva sugli illeciti penali ambientali, rimuovendo l'unico ostacolo che ancora ne rallentava in concreto l'adozione, vale a dire la previsione, contenuta nella proposta, della specie e del livello delle pene.

3. La direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente come "primo banco di prova" della competenza comunitaria in ambito penale

In questo contesto nasce la direttiva 2008/99/CE la quale, nel dare concreta attuazione alle coordinate delineate dalla Corte di Giustizia per l'armonizzazione dei diritti penali nazionali, ha avuto il pregio di porsi come un efficace momento di superamento del conflitto istituzionale sulle funzioni normative di cui l'Europa può disporre in materia penale; e ciò, non soltanto perché essa costituisce il primo risultato concreto verso l'affermazione di un diritto penale di fonte europea – sia pure indiretta – ma soprattutto perché ha preceduto l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dal quale, come noto, sono derivate importanti novità sul versante del diritto penale quale è, ad esempio, la competenza "armonizzatrice" riconosciuta all'Unione dall'art. 83, par. 2 del TFUE³¹.

Con tale provvedimento la Comunità si era prefissata l'obiettivo di intervenire attivamente al fine di contrastare l'aumento dei reati ambientali e le loro conseguenze, che sempre più frequentemente si estendono al di là delle frontiere

hanno per oggetto il tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili. Di conseguenza, tali disposizioni sono state adottate in violazione dell'art. 47 UE (...)".

³¹ L'art. 83, par. 2, TUE, infatti, nell'attribuire all'Unione la competenza a stabilire, tramite direttiva, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni quando ciò sia indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, legittima oggi l'adozione di una direttiva volta al ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri concernenti la tipologia e i livelli delle sanzioni per i reati ambientali.

degli Stati in cui i reati vengono commessi³² nonché per garantire che le norme sulla tutela dell'ambiente siano pienamente efficaci.

Data l'incapacità dimostrata dai sistemi penali nazionali di garantire la piena osservanza della normativa in materia di tutela dell'ambiente, il legislatore comunitario ha emanato la direttiva in esame nel tentativo di creare uno standard minimo di tutela ossia una disciplina sanzionatoria uniforme in termini di approccio repressivo essenziale nei confronti di attività o di atteggiamenti inerti che compromettere l'equilibrio dell'ecosistema l'armonizzazione degli elementi costitutivi dei reati più gravi contro l'ambiente³³. Come già anticipato, essa si inserisce in un settore – quello della potestà punitiva criminale – considerato fino a quel momento di pieno dominio statale, vincolando gli Stati a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali³⁴ in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente³⁵. E' tuttavia necessario evidenziare che la direttiva non comporta l'annullamento della sovranità statale in materia in quanto lascia impregiudicata, da una parte, la possibilità per gli Stati membri di adottare misure più stringenti a tutela dell'ambiente, dettando unicamente norme minime e, dall'altra, la facoltà per gli stessi Stati di scegliere la tipologia e la misura delle pene, imponendo

³² Si pensi, ad esempio, all'inquinamento di un corso d'acqua che attraversa più Stati o alle condotte illecite (produzione, importazione, esportazione, immissione sul mercato) aventi ad oggetto sostanze che riducono lo strato d'ozono. L'intrinseca transnazionalità dei fenomeni menzionati è peraltro confermata dalle numerose norme di diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, relative al controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti, al commercio di specie protette, all'inquinamento dei corsi d'acqua internazionali e alla protezione dello strato di ozono.
³³ Interessanti appaiono i "considerando" della direttiva perché, da un lato, ricordano la centralità

della protezione ambientale tra gli obiettivi comunitari e, dall'altro, esprimono una forte preoccupazione per l'aumento dei reati ambientali e delle conseguenze anche transfrontaliere degli stessi. È stato infatti evidenziato come solo il diritto penale è in grado di esprimere quella riprovevolezza sociale capace, insieme alla incisività delle sanzioni, di contenere fenomeni gravi quali quelli di aggressione delle matrici ambientali. La strada indicata dal legislatore europeo è, quindi, quella del rafforzamento delle discipline penali nazionali secondo un modello che esalti la funzione dell'evento di danno o di pericolo concreto.

³⁴ In quanto indici di una riprovazione sociale di natura quantitativamente e qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile (cfr. il "considerando" n. 3 della Direttiva 2008/99/CE).

³⁵ Per un'analisi della direttiva cfr. E. Lo Monte, La direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione, in Dir. giur. agr. alim. amb., 2009, 4, 1, 231; F. Satta, Gli obblighi comunitari di tutela penale ambientale alla luce della Direttiva 2008/99/CE e del Trattato di Lisbona, in Riv. pen. 2010, 1222; V. Plantamura, Una nuova frontiera europea per il diritto penale, in Dir. pen. proc., 2009, 911.

esclusivamente l'obbligo di adottare "sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive"³⁶.

Dal punto di vista specificatamente penalistico, essa offre due campi di indagine di particolare interesse:

- il modo di descrizione delle fattispecie incriminatrici utilizzato dal legislatore comunitario;
- l'impatto che le nuove disposizioni hanno avuto sul diritto penale degli Stati membri, nella fase di recepimento.

Ed invero, se con riferimento al primo punto occorre verificare quale sia stata la tecnica di incriminazione scelta dalla direttiva nella descrizione delle condotte punibili e quale la tipologia delle offese punite, il secondo punto riguarda, invece, la questione del recepimento delle nuove norme nell'ordinamento italiano, tenuto conto dei problemi legati alla presenza del principio della riserva di legge in materia penale e del principio di legalità (sub specie: principio di tassatività/determinatezza) nonché delle caratteristiche strutturali del sistema penale dell'ambiente e delle scelte politico criminali che ne sono a fondamento³⁷.

Ebbene, la direttiva prevede una serie di infrazioni tipizzate in base al duplice requisito della *illiceità* e della *potenzialità offensiva* delle condotte punite: mentre il primo dei suddetti criteri consiste nella realizzazione del fatto in violazione della normativa comunitaria extrapenale³⁸ o in violazione della legislazione e dei provvedimenti amministrativi che gli Stati membri adottano in attuazione della normativa europea, il secondo comporta che le infrazioni commesse *provochino o possano provocare* il decesso o lesioni gravi alle persone ovvero danni rilevanti alla

152

³⁶ Come specificato nel Considerando n. 11, la direttiva lascia altresì "impregiudicati gli altri sistemi relativi alla responsabilità per danno ambientale previsti dal diritto comunitario o dal diritto nazionale".

³⁷ L. SIRACUSA, La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova, cit., 876.

³⁸ Ed infatti ai sensi dell'art. 2 della direttiva per "illecito" si intende ciò che viola "i) gli atti legislativi adottati ai sensi del trattato CE ed elencati all'allegato A" ovvero "ii) in relazione ad attività previste dal trattato Euratom, gli atti legislativi adottati ai sensi del trattato Euratom ed elencati all'allegato B" o ancora "iii) 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 di cui ai punti i) o ii)".

qualità delle componenti essenziali dell'ambiente³⁹. E ciò ad eccezione di due ipotesi: le fattispecie in materia di uccisione, distruzione o commercio di specie animali o vegetali selvatiche protette, il cui disvalore offensivo è intrinseco all'atto punito (art. 3 lett. $f \in g$)⁴⁰ e la fattispecie che sanziona la produzione, l'importazione, l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che riducono l'ozono (art. 3 lett. i)⁴¹.

Dette infrazioni, peraltro, per essere perseguibili, devono essere connotate da un particolare elemento soggettivo posto che le condotte devono essere compiute intenzionalmente o per negligenza grave.

La direttiva, peraltro, nel richiamare la normativa comunitaria e nazionale la cui violazione integra il requisito di illiceità speciale del fatto tipico ha sostituito la tecnica del rinvio c.d. formale – caratteristica della decisione quadro poi annullata – con quella del rinvio c.d. recettizio, in ciò uniformandosi alla proposta di direttiva del 2001. Essa elenca infatti in allegato le disposizioni di diritto comunitario la cui inosservanza comporta l'illiceità penale delle condotte punite. Come noto, mentre il rinvio "formale" avrebbe determinato un'estensione automatica dell'ambito applicativo delle fattispecie penali alle successive modifiche degli atti normativi richiamati, con conseguente variabilità dei confini del precetto penale al mutare delle norme extrapenali europee susseguitesi nel

_

³⁹ Si veda l'art. 3 lett. a), b), c), d), e), f). A titolo esemplificativo la lett. a prevede che gli Stati membri considerino come reati "la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento di rifiuti, comprese la sorveglianza di tali operazioni e il controllo dei siti di smaltimento successivo alla loro chiusura nonché l'attività effettuata in quanto commerciante o intermediario (gestione dei rifiuti), che provochi o possa provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora". Peraltro, la scelta di affiancare al profilo della disobbedienza quello della realizzazione di una situazione di danno o di pericolo concreto per l'ambiente o per altri beni, riprende quasi integralmente il contenuto della decisione quadro del 2003, che sui requisiti strutturali dell'illecito aveva preferito una soluzione differente da quella della proposta della direttiva del 2001, in seguito bocciata dal Consiglio. Quest'ultima aveva infatti prospettato di punire la semplice violazione di norme amministrative a tutela dell'ambiente senza richiedere l'effettiva causazione di un evento dannoso o pericoloso.

⁴⁰ L'art. 3 della direttiva stabilisce che ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati: f) "l'uccisione, la distruzione, il possesso o il prelievo di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie"; g) "il commercio di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette o di parti di esse o di prodotti derivati, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie".

⁴¹ L. SIRACUSA, La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova, cit., 878.

tempo, il rinvio "recettizio" circoscrive, invece, il requisito dell'illiceità del fatto tipico alle sole disposizioni espressamente elencate, cristallizzando nel tempo il contenuto precettivo delle norme penali⁴². Il tipo di rinvio utilizzato dalla direttiva, evitando di dilatare la tutela apprestata dalla norma penale alla regolamentazione comunitaria che si affianchi o si sovrapponga a quella richiamata, se da un parte ha, senza dubbio, il merito di impedire che il precetto penale muti per effetto della modifica della disciplina extrapenale richiamata, piuttosto che per effetto di una reale volontà riformatrice dello stesso legislatore, dall'altra presenta tutti quegli inconvenienti che la dottrina penalistica è solita ascrivere in generale all'impiego della tecnica del rinvio nella costruzione del fatto tipico, ossia il rischio di un eccessivo accrescimento del margine di indeterminatezza delle norme penali e la sua difficile compatibilità con il principio di riserva di legge in materia penale⁴³.

Sennonché, per quanto condivisibili siano le critiche formulate in dottrina sulla tecnica del rinvio nella descrizione del fatto tipico, esse non sembrano aver ragion d'essere per quel che concerne la direttiva in esame, posto che, soprattutto dal punto di vista del contrasto con il principio di determinatezza, detto rinvio non si mostra capace di incrementare il tasso di vaghezza delle disposizioni penali sia perché ha un contenuto generale e non specifico (in quanto richiama un elenco tassativo di atti normativi), sia perché esso è solo uno degli elementi costitutivi di

-

⁴² Sulla distinzione tra le due forme di rinvio cfr., fra gli altri, M. GALLO, *Appunti*, vol. I, cit., 45, nonché M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, 192.

⁴³ In termini generali, detta incompatibilità deriverebbe dal fatto che dalla tecnica del rinvio potrebbe derivare l'attribuzione del compito di definire il nucleo precettivo delle fattispecie incriminatrici a fonti normative diverse dalla legge statale. I profili di illegittimità peraltro si ampliano quando il richiamo a discipline extrapenali abbia ad oggetto disposizioni del diritto europeo: in tal caso anche il rinvio recettizio, se da un lato risolverebbe il problema della mobilità del contenuto precettizio della disposizione penale, dall'altro determinerebbe comunque una novazione della norma comunitaria da parte della norma interna: così L. SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova*, cit., 895. Sul punto cfr. M. TRAPANI, *Legge penale*, I), *Fonti*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990, 1 e ss.

fatti la cui tipicità è già ampiamente definita dalla stessa norma impositiva dell'obbligo di incriminazione⁴⁴.

Dalle considerazioni fin qui effettuate risulta evidente come il legislatore europeo, in piena linea con l'obiettivo della direttiva di assicurare uno standard minimo di tutela comune a tutti gli ordinamenti nazionali, ha imposto l'uso della sanzione penale quale extrema ratio a cui ricorrere per le sole offese di maggior disvalore, così realizzando con efficacia la vocazione funzionalista del diritto comunitario 45. Se, infatti la direttiva avesse esteso la punibilità anche alle condotte astrattamente pericolose di semplici inosservanze delle prescrizioni di diritto comunitario ancorché non concretamente lesive dei beni protetti, lo standard di tutela da essa imposto agli Stati attraverso obblighi formali di incriminazione avrebbe cessato di essere uno standard minimum e sarebbe divenuto uno standard maximum, come tale inaccettabile perché in contrasto con i suddetti principi comunitari. Senza contare che una simile opzione avrebbe privato i legislatori nazionali della facoltà – che invece hanno – di rinunciare al diritto penale per le infrazioni ambientali meno gravi e di ricorrere per esse in via alternativa a sanzioni di natura esclusivamente amministrativa.

È dunque chiaro come la soluzione adottata dalla direttiva abbia evitato il rischio di effetti di "iperpenalizzazione" nel settore ambientale, come sarebbe invece potuto accadere laddove l'impiego della sanzione penale non fosse stata imposta come *extrema ratio*, cui far ricorso per le sole offese di maggior disvalore.

L'intervento comunitario è sembrato in grado di recare significativi miglioramenti, sia sul versante della tipizzazione delle offese⁴⁶, soprattutto per quegli ordinamenti penali nazionali che non prevedono l'incriminazione di

⁴⁴ In base all'impianto della direttiva, infatti, l'illiceità extrapenale opera come requisito strutturale di condotte a forma vincolata, largamente descritte nei propri elementi costitutivi dalla stessa norma incriminatrice.

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, all'art. 3, lettera a) della direttiva 2008/99 CE che impone l'incriminazione dello "scarico, emissione o immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo e nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alla persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo e alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora".

⁴⁶ In un primo momento, infatti, è sembrato che un corretto recepimento della direttiva comportasse l'obbligo di introdurre, nel nostro ordinamento, fattispecie ambientali di danno.

fattispecie penali di danno, come è il caso dell'Italia il cui sistema di tutela penale ambientale è incentrato prevalentemente sul ricorso a fattispecie di pericolo astratto⁴⁷, sia in quanto apparentemente in grado di colmare la lacuna presente nel nostro ordinamento costituita dall'assenza di fattispecie che sanzionano più severamente il caso in cui dall'inosservanza della normativa amministrativa ambientale derivi la morte o la lesione all'integrità fisica ⁴⁸.

Del resto, è abbastanza noto che, perlomeno in ambito italiano, una delle principali accuse mosse all'impianto della disciplina a protezione dell'ambiente concerna proprio il profilo della scarsa offensività delle condotte punite, da cui discende la predominante natura bagattellare degli illeciti.

Per tale ragione l'imput proveniente dalla direttiva avrebbe potuto (e dovuto) generare un significativo miglioramento della qualità complessiva del sistema, qualora gli Stati membri avessero introdotto fattispecie incriminatrici di condotte concretamente lesive del bene ambiente con correlativa graduazione proporzionale della risposta sanzionatoria in relazione alla gravità dell'offesa, pur senza rinunciare all'impiego di illeciti penali incentrati su un'anticipazione della soglia di tutela a livello di pericolo astratto.

Da ultimo, pur esulando dallo specifico campo di indagine del presente lavoro, non può non segnalarsi che la direttiva ha altresì previsto una responsabilità delle persone giuridiche per i reati ambientali, imponendo agli Stati membri di adottare disposizioni che sanzionino gli enti per il cui tramite siano commessi gli illeciti in essa contemplati.

-

⁴⁷ Alla prevalenza accordata dal legislatore italiano, nel settore ambientale, alle fattispecie di pericolo astratto fa eccezione l'art. 257 del d.lgs. 152 del 2006 che è, invece, strutturato secondo il modello tipico dei reati di danno. Si tratta infatti di una fattispecie che punisce la condotta di inquinamento tout court e non il pericolo di inquinamento.

⁴⁸ Nell'ordinamento italiano, infatti, per la punizione di queste tipologie di condotte si deve fare ricorso alle disposizioni del codice penale che incriminano i delitti contro la pubblica incolumità o contro la salute pubblica. Tuttavia, poiché tali fattispecie non hanno come oggetto diretto di tutela il bene ambiente, esse non contemplano la violazione della normativa ambientale extrapenale come esplicita modalità di realizzazione della condotta tipica. Ciò comporta un'ulteriore divergenza con le linee guida tracciate dalla direttiva, le quali, come detto, prescrivono invece di tipizzare – accanto ad illeciti ambientali esclusivamente offensivi dell'ambiente – anche illeciti a dimensione plurioffensiva, strutturati sul collegamento tra infrazione ambientale e produzione di un danno o di un pericolo a carico della salute, della vita o dell'incolumità fisica: così L. SIRACUSA, L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale, cit., 881.

In particolare, il legislatore comunitario ha stabilito due differenti ipotesi di responsabilità della persona giuridica: quella per i reati commessi da soggetti che detengano una posizione preminente in seno all'ente e quella delle persone sottoposte all'altrui autorità per i reati commessi in conseguenza della carenza di sorveglianza o di controllo da parte di chi vi era tenuto (artt. 6-7 direttiva). In entrambi i casi, ai fini della punibilità dell'ente, occorre che i reati vengano commessi a suo *vantaggio* e che le condotte siano poste in essere "intenzionalmente o quantomeno per grave negligenza⁴⁹".

4. L'attuazione della direttiva

All'indomani della direttiva, la maggioranza della dottrina aveva auspicato l'introduzione nel nostro ordinamento di un nuovo assetto di tutela penale dell'ambiente imperniato su reati di danno o di pericolo concreto, con l'abbandono almeno parziale del tradizionale modello di tutela imperniato sul modello del reato di pericolo astratto.

Tuttavia, la legge delega n. 96 del 2010, dedicando due soli scarni articoli (artt. 2 e 19) al recepimento della stessa non aveva sciolto i dubbi e gli interrogativi sulle concrete modalità di recepimento dei nuovi reati di matrice europea.

In particolare, l'art. 2 della legge delega, contenente "principi e criteri direttivi generali", destinati a valere per tutte le numerose direttive da recepire, stabiliva sanzioni penali nei limiti dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, in via alternativa o congiunta, in quest'ultimo caso in relazione a danni di particolare gravità per il bene protetto.

_

⁴⁹ La questione relativa al significato da attribuire al termine "negligenza grave" utilizzata dal legislatore comunitario è stata fortemente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto per i problemi di compatibilità che sarebbero potuti derivare in sede di recepimento della direttiva nel nostro ordinamento. La Corte di Giustizia, a tal proposito, ha a sostenuto che "la nozione di negligenza grave (...) deve essere intesa nel senso che implica un'azione o un'omissione involontaria mediante la quale il responsabile viola, in maniera qualificata, l'obbligo di diligenza che avrebbe dovuto o potuto rispettare alla luce delle sue qualità, conoscenze, capacità nonché della sua situazione soggettiva" (cfr. CGCE, sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06, Intertanko e a./Secretary of State for tran sport, in www.curia.europa.eu).

L'unica disposizione specificamente dedicata al suo recepimento era rappresentata dall'art. 19, il quale imponeva al Governo di "introdurre tra i reati di cui alla sezione III del capo I del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231(...) le fattispecie criminose indicate nelle direttive di cui al comma 1", assistendole "con sanzioni amministrative pecuniarie, di confisca, di pubblicazione della sentenza ed eventualmente anche interdittive".

Anche il decreto legislativo 7 luglio 2011 n. 121⁵⁰, nel dare attuazione alla suddetta legge delega, offre meno di quello che la direttiva sembrava promettere agli occhi di buona parte dei commentatori⁵¹.

Ed infatti esso, lungi dallo stravolgere l'attuale disciplina penale dell'ambiente tramite l'introduzione di fattispecie di pericolo concreto o di danno rilevanti per le matrici ambientali o per la salute e l'integrità fisica delle persone come richiesto dall'art. 3 lett. a) della direttiva, si è limitato ad introdurre, all'interno del codice penale, due nuove fattispecie contravvenzionali⁵²: quella prevista dall'articolo 727 bis, che punisce l'uccisione, la distruzione, la cattura, il prelievo, la detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, e quella disciplinata dall'articolo 733 bis, che incrimina la distruzione o il deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto ⁵³; e ad inserire alcuni illeciti ambientali nell'elenco

_

⁵⁰ Si evidenzia che il decreto in parola ha dato attuazione anche alla direttiva 2009/123/CE concernente l'inquinamento provocato da navi.

⁵¹ Sulle novità attese in dottrina all'indomani delle direttive citate cfr. M. BENOZZO, La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche, in Dir. e giur. agr. alim. e dell'ambiente, 2009, 301; G. M. VAGLIASINDI, La direttiva 2008/99/ce e il trattato di Lisbona, cit., 458; C. PAONESSA, Gli obblighi di tutela penale, Pisa, 2009, 232; L. SIRACUSA, L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale, in www.penalecontemporaneo.it, 2; A. L. VERGINE, Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale, in Ambiente e Sviluppo, 2009, 10. Contra, per la tesi della sufficienza, quanto a struttura della fattispecie, dell'esistente modello italiano di tutela penale dell'ambiente rispetto allo standard minimo di tutela previsto dalla direttiva 2008/99/CE, si veda C. RUGA RIVA, Diritto penale dell'ambiente, Giappichelli, Torino, 2011, 66 ss. nonché E. LO MONTE, La direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione, cit., 236.

⁵² Trattasi delle due uniche fattispecie previste dalla direttiva e assenti nell'ordinamento interno. Esse sono state inserite nel libro III, titolo I, capo II del codice penale intitolato "Contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale".

⁵³ Entrambe le fattispecie sono state inserite nel codice penale dall'art. 1 del d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121, in attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente.

dei reati presupposto della responsabilità degli enti previsti dal d. lgs. 8 giugno 231 del 2001⁵⁴.

È evidente dunque che il legislatore, introducendo solo due fattispecie ambientali a fronte delle nove contemplate dall'art. 3 della direttiva comunitaria, ha ritenuto le ulteriori ipotesi già disciplinate dal d.lgs. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente) e dalle leggi speciali in materia ambientale.

Senza volerci addentrare nell'analisi delle fattispecie di nuovo conio, basti qui osservare come risulti palese che l'attuazione della direttiva non è stata in grado di realizzare quei miglioramenti che dall'intervento del legislatore comunitario sembravano doversi attendere nel settore della tutela penale dell'ambiente. Ed invero, al di là della previsione delle citate fattispecie che, sicuramente, corrispondono al modello dei reati di danno⁵⁵, la punizione delle condotte lesive dell'ambiente resta prevalentemente incentrata sull'anticipazione della soglia di tutela a livello di pericolo astratto prevista nella vigente disciplina di settore e sull'assenza di quella graduazione proporzionale della risposta sanzionatoria in relazione alla gravità dell'offesa cagionata.

⁵⁴ In particolare, nel recepire la direttiva, il legislatore delegato, per configurare le ipotesi di responsabilità degli enti per gli illeciti ambientali, ha inserito all'art. 25-undecies alcune figure di reato già previste dall'ordinamento penale nonché quelle introdotte all'uopo dal d.lgs. 121 del 2011 (artt. 727 bis e 733 bis).

In particolare, per quanto concerne l'art. 733 bis si tratta di un reato di danno (nel caso di distruzione) o di pericolo concreto (nell'ipotesi di deterioramento con conseguente compromissione dello stato di conservazione dell'habitat).

Conclusioni

L'indagine svolta con il presente lavoro ha tentato di verificare quali tra le fattispecie ambientali presenti nel nostro ordinamento, ed in particolare nel c.d. Codice dell'ambiente (d.lgs. 152 del 2006), risultino compatibili con il principio di offensività e quali, invece, sembrerebbero non esserlo, con conseguente necessità di procedere ad una loro depenalizzazione o riformulazione "costituzionalmente orientata".

A tal fine, stante la molteplicità di illeciti ambientali esistenti, si è deciso di procedere ad un'analisi degli stessi sulla base della classificazione (rectius: tripartizione) formale - che la dottrina maggioritaria in materia è solita utilizzare - strutturata a seconda del comportamento tipizzato e del grado o livello di subordinazione della norma penale a fonti o provvedimenti extrapenali, distinguendo tra:

- 1) illeciti incentrati sul superamento dei limiti tabellari di emissione o immissione di sostanza nocive per l'ambiente indicati da atti normativi extra penali (ad esempio a regolamenti o decreti ministeriali o interministeriali);
- 2) illeciti incentrati sull'omessa richiesta di preventiva autorizzazione all'esercizio di talune attività o sull'esercizio di attività con autorizzazione sospesa o revocata o negata;
- 3) illeciti incentrati sul mancato rispetto di un obbligo di comunicazione o informazione alla Pubblica Amministrazione.

Ciò posto, si è tentato di verificare, quali, tra le fattispecie (rectius: tra i gruppi di illeciti) presenti nella materia in questione sanzionano condotte in qualche misura effettivamente dotate di attitudine offensiva nei confronti del bene finale ambiente e quali, invece, incriminano comportamenti inosservanti sostanzialmente neutri quanto a disvalore e, rispetto ai quali, la disobbedienza al precetto parrebbe riassumere effettivamente l'unico elemento fondante il ricorso alla sanzione penale.

Ebbene, dall'analisi effettuata si è giunti alla conclusione che, pur avendo il legislatore optato nella quasi totalità dei casi allo schema dei reati di pericolo astratto, in talune ipotesi la condotta incriminata risulta talmente "lontana" dalla messa in pericolo del bene ambiente da lasciare ragionevolmente presumere la natura esclusivamente formale dell'infrazione e il conseguente mancato rispetto del canone di offensività.

In particolare, la necessità di procedere ad una riformulazione in chiave di offesa si è riscontrata per gli illeciti del terzo tipo ossia quelli incentrati sull'omessa comunicazione o informazione di dati rilevanti alla Pubblica Amministrazione (ad es. l'art. 137 comma 7 del d.lgs. 152 del 2006 che sanziona il gestore del servizio idrico integrato che non ottempera all'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 110 comma 3 del medesimo decreto).

In queste ipotesi, infatti, la sanzione penale punisce, non tanto lo svolgimento dell'attività in sé, quanto il mancato ottemperamento all'obbligo di comunicazione, avendo, il legislatore, scelto di incriminare comportamenti che, esaurendo il loro disvalore nell'ostacolare la raccolta delle informazioni necessarie alla Pubblica Amministrazione per effettuare un monitoraggio costante delle imprese operanti in settori a rischio ecologico, si rivelano del tutto "neutri" sul piano dell'offesa. Di conseguenza le funzioni amministrative, lungi da costituire un filtro per il contenimento di attività potenzialmente lesive dell'ecosistema, rappresentano l'oggetto diretto e finale della stessa tutela penale, sicché la soglia di punibilità si colloca in una posizione talmente arretrata rispetto alla lesione possibile dell'ambiente da far ritenere queste fattispecie del tutto inconciliabili con il principio di offensività del reato.

Conclusioni diverse valgono, invece, per le altre due tipologie di fattispecie ambientali ove, seppur con argomentazioni diverse, si è voluto dimostrare la loro compatibilità con il suddetto principio.

Invero, a differenza dei reati fondati sull'omessa comunicazione, in quelli che si incentrano sullo svolgimento di attività in assenza dell'autorizzazione o con autorizzazione sospesa o revocata, la subordinazione della liceità penale del comportamento a una valutazione di merito della Pubblica Amministrazione

lascia presumere che si tratti di condotte che risultano astrattamente pericolose per il bene finale, nella misura in cui disattendono le modalità di svolgimento ritenute dalla Pubblica Amministrazione necessarie al contenimento della loro pericolosità in concreto.

Tuttavia, posto che le fattispecie così strutturate rappresentano la maggioranza dei reati ambientali presenti nel nostro ordinamento, si è ritenuto che la soluzione più idonea fosse quella di verificare la loro reale portata offensiva procedendo ad un'analisi delle condotte per le quali la legge prescrive una preventiva autorizzazione e considerando il complesso delle regole amministrative che disciplinano il rilascio dell'autorizzazione richiesta, in modo tale da poter accertare se il controllo precauzionale della Pubblica Amministrazione riguardi qualsiasi tipo di condotta ovvero solo quelle che, esercitate in modo continuativo, risultino potenzialmente pericolose per l'ambiente. Infatti, solo laddove il rilascio dell'autorizzazione sia subordinato alla valutazione della pericolosità (presunta) del comportamento che ne costituisce oggetto, la fattispecie incriminatrice non si limiterà a sanzionare un mera disobbedienza al diritto amministrativo, ma sarà diretta ad evitare che tramite quella violazione dell'obbligo formale di preventiva ammissione si pongano in essere attività dotate di attitudine offensiva contro l'ambiente.

Ebbene, dall'analisi del dato normativo è stato possibile evincere come il legislatore si sia dato carico del rispetto del principio di offensività posto che non tutte le condotte di scarico, di emissione etc. necessitano di un controllo preventivo, ma solo quelle provenienti da determinate fonti o comunque esercitate in modo continuativo nell'ambito di specifiche attività economiche industriali, ossia quelle attività che sulla base di parametri tecnico-scientifici mostrano una spiccata attitudine a pregiudicare l'integrità dell'ambiente. Si pensi, ad esempio, all'art. 137 del Codice dell'ambiente che punisce chiunque effettui scarichi di acque reflue industriali senza autorizzazione: essa è tutt'altro che neutra quanto a disvalore, essendo oggetto di apposita regolamentazione proprio perché il legislatore parte dal presupposto che un simile scarico, in quanto "appendice" di attività economiche produttive e dunque caratterizzato da una

certa regolarità e continuità, è generalmente fornito di una spiccata attitudine lesiva nei confronti dell'equilibrio ecologico dei corpi idrici.

Stesso rispetto del principio di offensività si è riscontrato nelle fattispecie ambientali che sanzionano la violazione di limiti tabellari nelle attività di scarico, di emissione e di smaltimento di sostanze inquinanti ossia in tutte quelle ipotesi in cui la norma incriminatrice rinvia a fonti secondarie il compito di specificare, dal punto di vista tecnico, uno o più elementi della fattispecie, utilizzando pertanto la struttura tipica della normazione penale in bianco.

Ebbene, lasciando da parte la constatazione che detta tecnica di incriminazione risulta essere la più adeguata a tutelare un bene in continua evoluzione, quale è l'ambiente, attraverso rapidi aggiornamenti della normativa vigente sulla scorta dei progressi scientifici e tecnologici, si è evidenziato come il ruolo degli standards di tollerabilità sia esclusivamente quello di selezionare condotte già caratterizzate da un grado di pericolosità, fissando un limite di prevenzione e contenimento della potenzialità lesiva. In altri termini, i limiti tabellari hanno proprio la funzione di contenere il rischio di quelle attività che, ancorché socialmente utili, risultano dannose per l'ambiente con la conseguenza che la condotta violativa degli stessi è connotata di per se di un'attitudine offensiva che giustifica l'incriminazione alla luce del principio di offensività.

Bibliografia

ALBAMONTE A., Sistema penale ed ambiente, Padova, 1989.

AMENDOLA G., La nuova legge sull'inquinamento delle acque, Milano, 1977.

ANGIONI F., Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, Milano, 1983.

ANGIONI F., Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale, in AA.VV., Bene giuridico e riforma della parte speciale, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, 74.

ANGIONI F., Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, Milano, 1994.

ANGIONI F., Il principio di offensività, in Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali (Atti del Convegno di Saint Vincent, 6-8 maggio 1994), Milano, 1996, 113 ss.

ANTOLISEI F., Il problema del bene giuridico, in Scritti di diritto penale, Milano, 1995.

ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2003.

AZZALI G., La tutela penale dell'ambiente: un'indagine di diritto comparato, Milano, 2001.

BAJNO R., Contributo allo studio del bene giuridico nel diritto penale "accessorio": l'ipotesi urbanistico-ambientale, in Riv.it.dir.e proc.pen., 1979, 120 ss.

BAJNO R., Ambiente (tutela dell') nel diritto penale (voce), in Dig. disc. pen., I, 1987, 116 ss.

Bajno R., La tutela dell'ambiente nel diritto penale, in Riv. trim. dir. pen. Econ., 1990, 341.

Bajno R., Problemi attuali del diritto penale ambientale, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, 452.

BARATTA A., Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico in Studi in memoria di G. Tarello, II, Milano, 1990, 19 ss.

BERGAMASCO C., Commento all'art. 181 del d.lgs. 42 del 2004, in Codice commentato dei reati e degli illeciti in materia ambientale, a cura di F. GIUNTA, Padova, 2007, 1283.

BELTRAME S., Gestione dei rifiuti e sistema sanzionatorio, Padova, 2000.

BELTRAME S., L'art. 51 del decreto Ronchi: reato di danno o reato di pericolo, in Ambiente, 2011, 843 ss.

Benozzo M., La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche, in Dir. e giur. agr., alim. e dell'ambiente, 2009, 301.

BERNARDI A., La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie, in Annali dell'Università di Ferrara, saggi, IV, Ferrara, 1997.

BERNASCONI C., L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale, in Indice penale, 1996, 454 ss.

BERNASCONI C., Il difficile equilibrio tra legalità ed offensività nella tutela penale dell'ambiente, in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 2003, 82.

BERNASCONI C., Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza, Pisa, 2008.

BERRA A., Brevi riflessioni sul bene giuridico ambiente, in Riv. giur. edilizia, 1990, 263 ss.

BLOCH M., Apologie pour l'histoire ou métier d'historien, Cahier des Annales, 3, Paris, 1952.

BORGONOVO D., Corte Costituzionale e ambiente, in Riv.giur.ambiente, 1989, 461 ss.

BRICOLA F., Teoria generale del reato (voce), in Noviss. Dig. It., XIX, 1973, 7 ss.

BRICOLA F., Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela, in Studi in memoria di G.Delitata, I, Milano, 1984, 99 ss.

BRICOLA F., Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in Funzioni e limiti del diritto penale, a cura di M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, Padova, 1982, 3 ss.

BRICOLA F., Aspetti penalistici degli inquinamenti, in Diritto e ambiente. Materiali di dottrina e giurisprudenza commentati da M. Almerighi e G. Alpa, Padova, 1987, 7.

CAIANIELLO V., La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale, in G. DE VERGOTTINI, Localizzazione degli impianti energetici e tutela dell'ambiente e della salute, Rimini, 1988, 35 ss.

CALAMANTI A., Tecnica sanzionatoria e funzione della pena nei reati ecologici, in Giust. pen., 1992, 617 ss.

CANESTRARI S., Reati di pericolo (voce), in Enc. Giur., vol. XXVI, 1991, 8 ss.

CAPACCIOLI E. – DAL PIAZ F., Ambiente (tutela dell'). Parte generale e diritto amministrativo (voce), in Noviss. Dig. It., Appendice, I, 1980, 257 ss.

CARAVITA B., Diritto dell'ambiente, Bologna, 2005.

CARINGELLA F., Manuale di diritto amministrativo, Roma, 2013.

CARNELUTTI F., Il danno e il reato, Padova, 1926.

CARNELUTTI F., Teoria generale dl reato, Padova, 1933.

CARUGNO G.N., La tutela ambientale tra fattispecie di pericolo astratto e fattispecie di pericolo concreto, in Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare, Milano, 1999, 77.

CASETTA E., Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2012.

CATENACCI M., La tutela penale dell'ambiente. Un problema di interazione fra tecniche di tutela, Pescara, 1992.

Catenacci M., La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura 'sanzionatoria', Padova, 1996

CATENACCI M., "Beni" e "Funzioni" oggetto di tutela nella legge "Merli" sull'inquinamento delle

acque, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, 1225.

CATENACCI M., Bene Giuridico (voce), in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 671.

CATENACCI M., I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale, in Studi in onore di G. Marinucci, II, Milano, 2006, 1415.

CATENACCI M., Offensività del reato (voce), in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 3902 ss.

CATENACCI M., I reati ambientali e il principio di offensività, in Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente, a cura di M. CATENACCI e G. MARCONI, Torino, 2009, 269 ss.

CAVALIERE A., Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, in AA. VV., Costituzione, diritto e processo penale a cura di G. GIOSTRA – G. INSOLERA, Milano, 1998, 161 ss.

CECCHETTI M., Rilevanza costituzionale dell'ambiente e argomentazioni della Corte, in Riv.giur.amb., 1994, 252.

CICALA M., Ambiente (tutela dell') (voce), in Noviss. Dig.it., App., I, 1980, 255 ss.

Cocco G., L'atto amministrativo invalido elemento della fattispecie penale, 1996, Cagliari, 1996.

Cocco G., Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico, in Studi in onore di G. Marinucci, I, Milano, 2006, 167.

CONTENTO G., Corso di diritto penale, Bari, 2006.

DE FRANCESCO G., Interessi collettivi e tutela penale. "Funzioni" e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale, in Studi in onore di G. Marinucci, I, Milano, 2006, 929.

DE VERO G., Introduzione al diritto penale, Torino, 2002.

DE VITA A., I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale, Napoli, 1999.

DELITALA G., Reati di pericolo, in Studi Petrocelli, III, Milano, 1972, 1731.

DELL'ANNO P., Manuale di diritto ambientale, Padova, 2000.

DOLCINI E., Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione, in Riv. it. dir.e proc. pen., 1984, 589 ss.

DOLCINI E., Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale, in Il diritto penale alla svolta di fine millenio, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 211.

DOLCINI E., MARINUCCI G., Costituzione e politica dei beni giuridici, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 333 ss.

DONINI M., Teoria del reato (voce), in Dig. disc. pen., vol. XIV, 1999, 145.

DONINI M., Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris e oggetto del dolo nei reati a struttura e condotta neutra', Milano, 1993.

DONINI M., CASTRONUOVO D., La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti, Padova, 2008.

FERRARA A., La "materia ambiente" nel testo di riforma del titolo V, in AA. VV., Problemi del federalismo, Milano, 2001, 185 ss.

FERRAJOLI L.; Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Bari, 2009.

FIANDACA G., Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale, in Riv. It. dir. e proc. pen., 1982, 42 ss. (anche in AA.VV., Diritto penale in trasformazione, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Milano, 1985, 141 ss.).

FIANDACA G., La tipizzazione del pericolo, in AA.VV., Beni e tecniche della tutela penale, Milano, 1987, 50 ss.

FIANDACA G., Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria, in Le discrasie tra la dottrina e la giurisprudenza in diritto penale, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, 63 ss.

FIANDACA G., L'offensività è un principio codificabile?, in Foro it., 2001, 1 ss.

FIANDACA G. – TESSITORE G., Diritto penale e tutela dell'ambiente, in AA.VV., Materiali per una riforma del sistema penale, Milano, 1984, 61.

FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2009.

FIORE C., Il reato impossibile, Napoli, 1959.

FIORE C., Il principio di tipicità e "concezione realistica del reato", in AA.VV. Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di G.VASSALLI, Milano, 1982, 60.

FIORE C., Il principio di offensività, in Indice penale, 1995, 275 ss.

FIORELLA A., Il reato in generale (voce), in Enc. Dir,. Vol. XXVIII, 1987, 770 ss.

FIORELLA A., Ambiente e diritto penale in Italia, in Protection of the environment and penale law, a cura di C. Zanchì, Bari, 1993, 231.

GALLO M., Dolo (dir.pen) (voce), in Enc.dir., XIII, 1964, 750.

GALLO M., I reati di pericolo, in Foro Penale, 1969, 1 ss.

GALLO M., Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale, Torino, 1999.

Gallo M., Appunti di diritto penale, vol. II. Il reato. Pt. I, La fattispecie oggettiva, Torino, 2007.

Gallo M., Appunti di diritto penale, vol. II. Il reato. Pt. II. L'elemento psicologico, Torino,

2007.

Gallo M., Appunti di diritto penale, vol. III, Le forme di manifestazione del reato, Torino, 2003.

GIAMPIETRO F., Bonifica dei siti contaminati. I nodi interpretativi, Milano, 2002.

GIAMPIETRO F., Le nuove frontiere del diritto comunitario dell'ambiente, in Ambiente, 1998, 197.

GIANNINI M. S., "Ambiente": saggio sui diversi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. pub. com., 1997, 313.

GIUNTA F., Ideologie punitive e tecniche di formazione nel diritto penale dell'ambiente, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1990, 845 ss.

GIUNTA F., Il diritto penale dell'ambiente in Italia, tutela di beni o tutela di funzioni? in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1097.

GIUNTA F., Il bene giuridico dell'ambiente: nozione ed impieghi nel campo del diritto penale, in Ambiente e diritto, a cura di S.GRASSI, M.CECCHETTI, A.ANDRONIO, Firenze, 1999, 575.

GIUNTA F., Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione, in Criminalia, 2006, 231 ss.

GIUNTA F., La "luce chiara della verità" e l' "ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione, in Scritti per Federico Stella, Vol. I, Napoli, 2007, 573 ss.

GRASSO G., L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1986, 689.

GRASSO G, I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa internazionale e comunitaria in materia di tutela delle acque, in Protection of the environment and penale law, a cura di C. Zanchì, Bari, 1993, 239.

GREGORI G.; DA COSTA P.J., Problemi generali del diritto penale dell'ambiente, Padova, 1992.

GUSTAPANE A., La tutela globale dell'ambiente: dalla legge 349 del 1986 alle leggi 142 e 241 del 1990, Milano, 1991.

GUSTAPANE A., Tutela dell'ambiente (diritto interno), in Enc.dir., XLV, 1992, 413.

HASSEMER W., Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici, in Dei delitti e delle pene, 1984, 104.

INSOLERA G., Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente, in Dir. pen. e proc., 1997, 737.

JACQUE' J. P., L'acte unique européen, in Revue Trimestrelle Droit Européen, 1986, 608.

JESCHECK H.H., I fondamenti filosofici del progetto tedesco di codice penale in paragone con quelli della riforma penalistica italiana, in Studi in onore di F.Antolisei, vol. II, Milano, 1965, 135 ss.

Karamat A., La politica dell'Unione europea in relazione alle sanzioni ambientali. Proposte per

una direttiva sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale, in Riv. giur. Amb., Milano, 2008, 8 ss.

LICCI G., Reato putativo e reato impossibile in AA.VV., Commentario sistematico al codice penale, diretto da M. Ronco, vol. 2, tomo I, Bologna, 2007, 783.

Lo Monte E., La direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione, in Dir. giur. agr. alim. amb., 2009, 231.

LUTHER J., Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia, in Politica del diritto, 1989, 673 ss.

MAGLIA S., Diritto ambientale alla luce del d.lgs. 152/2006 e successive modificazioni, Roma, 2009.

MANDUCHI C., Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2003, 1210 ss.

MANES V., Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005.

MANNA A., Beni della personalità e limiti della protezione penale, Padova, 1989.

MANNA A., Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, 665.

Manna A., Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1999, 851.

MANNA A., Struttura e funzioni dell'illecito penale ambientale. Le caratteristiche della normativa sovranazionale, in Giur. merito, 2004, 2162.

MANNA A., PLANTAMURA V., Una svolta epocale per il diritto penale dell'ambiente italiano? in Dir. pen proc., 2007, 1075.

MANNOZZI G., CONSULICH F. La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, 899.

MANTOVANI F., Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Mortati, IV, Milano, 1977, 445.

MANTOVANI F., Il problema dell'offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale in Problemi generali di diritto penale, Milano, 1982, 63.

MANTOVANI F., Diritto penale. Parte generale, Padova, 2011.

MANTOVANI M. O., L'esercizio di un'attività non autorizzata: profili penali, Torino, 2003.

MARINUCCI G., Profili di una riforma del diritto penale, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice, Milano, 1987, 25 ss.

MARINUCCI G., Politica criminale e riforma del diritto penale, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI,

Studi di diritto penale, Milano, 1991, 45 ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica, Milano, 2001.

MARINUCCI G., DOLCINI E., Costituzione e politica dei beni giuridici, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1994, 345.

MARTINI A., Aria, in Commentario breve alla leggi penali complementari a cura di F. PALAZZO, C. PALIERO, Padova, 2003, 65.

MASSARO A., Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. 85 del 2006, in Cass. Pen. n. 11, 2006, 3859.

MASSARO A., Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

MERENDA I., Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità, Roma, 2007.

MERLI A., Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale, Napoli.

MICHELETTI D., Commento all'art. 279 del d.lgs. 152 del 2006, in Codice commentato dei reati e degli illeciti in materia ambientale, a cura di F. Giunta, Padova, 2007, 1126.

Moccia S., Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca, Napoli, 1984.

MOCCIA S., Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 343.

MOCCIA S., Aspetti involutivi del sistema penale, in Il diritto penale alla svolta di fine millennio, a cura di S. Canestreri, Torino, 1998, 264.

MUSCO E., Bene giuridico e tutela dell'onore, Milano, 1974.

NEPPI MODONA G., Il Reato impossibile, Milano, 1965.

NEPPI MODONA G., Reato impossibile (voce), in Noviss. Dig. It., vol. XIV, 1967, 974 e ss.

NEPPI MODONA G., La riforma della parte generale del codice penale, il principio di lesività e i rapporti con la parte speciale, in Problemi generali del diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di G.VASSALLI, Milano, 1982, 77.

NEPPI MODONA G., Il lungo cammino del principio di offensività, in Studi in onore di M. Gallo, Torino, 2004, 89 ss.

NUVOLONE P., Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità in Trent'anni di dir. e proc. pen., vol. I, Padova, 1965, 538 ss.

NUVOLONE P., I limiti taciti della norma penale, Padova, 1972.

NUVOLONE P., La problematica penale della Costituzione, in Scritti in onore di Costantino Mortati, vol. IV, Milano, 1977, 491 ss.

NUVOLONE P., Il sistema del diritto penale, Padova, 1982.

Padovani T., La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana, in Riv.it. dir. e proc. pen., 1984, 952.

Padovani T., La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, in Dei delitti e delle pene, 1984, 114 ss.

PADOVANI T., Il Binomio irriducibile. La distinzione tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale in Diritto penale in trasformazione, a cura di E. DOLCINI – G. MARINUCCI, Milano, 1985, 421.

Padovani T., Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo, in Cass. Pen., 1987, 670.

Padovani T., La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice, Milano, 1987, 90.

Padovani T., Un percorso penalistico, in Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, Torino, 1993, 307.

PADOVANI T., Il destino sistematico e politico criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia, in AA.VV., Modelli ed esperienze di riforma dl diritto penale complementare (Atti del Convegno di Modena 14-15 dicembre 2001), Milano, 2003, 155 ss.

PADOVANI T., Diritto penale, Milano, 2008.

PAGLIARO A., Bene giuridico e interpretazione della legge penale, in Studi in onore di F. Antolisei, II, Milano, 1965, 391 ss.

PAGLIARO A., Principi di diritto penale, Parte generale, Milano, 2003.

PALAZZO F. C., Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema) in AA. VV., L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, a cura di A. Pizzorusso – V. Varano, Milano, 1985, 531 ss.

PALAZZO F. C., Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione, in Studi in memoria di Pietro Nuvolone, I, Milano, 1990, 369.

PALAZZO F. C., I confini della tutela penale: selezione di beni e criteri di criminalizzazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 453 ss.

PALAZZO F. C., Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione, in AA. VV.,

Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali, Milano, 1996, 83 ss.

Palazzo F. C., Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in Riv. it. dir.e proc. pen., 1998, 350 ss.

PALAZZO F. C., Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente, in Ambiente e diritto, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, Firenze, 1999, 545.

PARODI GIUSINO M., I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale, Milano, 1990.

Patalano V., Significati e limiti della dommatica del reato di pericolo, Napoli, 1975.

Patrono P., Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1988, 87.

Patrono P., Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1989, 1020.

PATRONO P., Il diritto penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ, 1996, 1147.

Patrono P., I reati in materia di ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ, 2000, 669.

PATTI S., Ambiente (tutela dell') nel diritto civile (voce), in Dig. disc. priv. Sez .civ., I, Torino, 1987, 286.

Patti S. Diritto all'ambiente e tutela della persona, in Giur. It., 1980, 859 ss.

PEDRAZZI C., Problemi di tecnica legislativa, in AA.VV., Comportamenti economici e legislazione penale, Milano, 1979, 17 ss.

PEDRAZZI C., Profili penalistici di tutela dell'ambiente, in Indice penale, 1991, 617.

PETROCELLI B., L'antigiuridicità, Padova, 1959.

PETRONE M., La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio, in Studi in onore di M.Gallo. Scritti degli allievi, Torino, 2004, 151.

PIRAS A., Discrezionalità amministrativa, in Enc. Dir., vol. XIII, 1964, 88 ss.

PLANTAMURA V, Principi, modelli e forme per il diritto penale ambientale del terzo milennio, in Riv. trim. dir. pen. econ, 2002, 1025.

PLANTAMURA V., Una nuova frontiera europea per il diritto penale, in Dir. pen. proc., 2009, 911.

PULITANÒ D., Obblighi costituzionali di tutela penale? in Riv. It. dir. e proc. pen., 1983, 498.

PULITANÒ D., Bene giuridico e giustizia costituzionale, in Bene giuridico e riforma della parte speciale, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, 131.

PULITANÒ D., La formulazione della fattispecie di reato, oggetti e tecniche, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice, Milano, 1987, 33.

Ramacci L., La nuova disciplina dei rifiuti. Commento organico al quadro normativo e al sistema

delle sanzioni dopo il "Testo Unico dell'ambiente", Piacenza, 2006.

RAMACCI L., Diritto penale dell'ambiente, Padova, 2007.

ROMANO M., Commentario sistematico al codice penale, Milano, 2004.

ROMANO M., Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo), in Studi in onore di G. Marinucci, a cura di C. Paliero – E. Dolcini, Milano, 2006, 1721 ss.

ROMI R., Droit international et européen de l'environnement, Paris, 2005.

RUGA RIVA C., Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contributo della colpa in contesti di incertezza scientifica, in Studi in onore di G. Marinucci, I, Milano, 2006, 1743.

RUGA RIVA C., Diritto penale dell'ambiente, Torino, 2011.

SALAZAR L., La sentenza sulla protezione penale dell'ambiente, in Riv. giur. amb., 2006, 62.

Satta F., Gli obblighi comunitari di tutela penale ambientale alla luce della Direttiva 2008/99/CE e del Trattato di Lisbona, in Riv. pen. 2010, 1222.

Schiesaro G., Problemi e prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente: verso una riformulazione in chiave offensiva del reato, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 779.

Scoca F. G., Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, in Dir. e soc., 1993, 399.

SERIANNI V., Reato impossibile (voce), in Enc. Giur. Trecc. vol. XXVI, 1991, 6 ss.

SGUBBI F., La tutela penale degli "interessi diffusi", in La Questione Criminale, 1975, 439.

SGUBBI F., Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale, Bologna, 1990.

SIRACUSA L., Quale tutela penale dell'ambiente? Nuove prescrizioni europee e proposte di riferimento in Italia, in Dir. pub. comp. eur., 2005, 457 ss.

SIRACUSA L., Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive, in Dir. pen. proc., 2006, 773 ss.

SIRACUSA L., La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione, Milano, 2007.

SIRACUSA L., La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2008, 870.

SIRACUSA L., Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2008, 240.

SIRACUSA L., L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

STELLA F., La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo, in Riv. it. dir.e proc. pen., 1973, 1 ss.

STORTONI L., L'ambiente: aspetti penali della legislazione europea, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1999, 883.

STORTONI L., Angoscia, tecnologia ed esorcismo penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, 71 ss.

THENE A., Commento all'art. 18 L. 8 luglio 1986 n. 349, in Codice Commentato dei reati e degli illeciti ambientali, a cura di F. Giunta, Padova, 2005, 1604.

TRAPANI M., Legge penale, I), Fonti, in Enc. Giur., XVIII, 1990, 1 ss.

Trapani M., La divergenza tra il voluto e il realizzato, Torino, 2006.

Trapani M., Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici, XIV Colloqui giuridico internazionale, Città del Vaticano, 2012.

VAGLIASINDI G. M., Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie, in Cass.pen., 1999, 269.

VAGLIASINDI G. M., La direttiva 2008/99/ce e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?, in Dir. comm. internaz., 2010, 449.

VASSALLI G., Cause di non punibilità, in Enc. dir., VI, 1960, 690 ss.

VASSALLI G., Considerazioni sul principio di offensività, in Studi Pioletti, Milano, 1982, 617 ss.

VERGINE A. L., Ambiente nel diritto penale (tutela dell') (voce), in Dig. Disc. pen. IX, Appendice, 1995, 755.

VERGINE A. L., La causa di non punibilità di cui all'art. 114 della legge n. 388/2000, in www.lexambiente.com.

VERGINE A. L., Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale, in Ambiente e Sviluppo, 2009, 10.

VINCIGUERRA S., Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento, in Studi in onore di Marinucci, a cura di C. Paliero – E. Dolcini, Milano, 2006, 2077 ss.

Zuccalà G., Sul preteso principio di necessaria offensività, in AA. VV, Studi in memoria di Giacomo Delitala, III, Milano, 1984, 1689 ss.

Zuccalà G., Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" e la pretesa necessaria offesa ad un bene, in Riv. Trim. dir. pen. econ, 2004, 839 ss.