

LEXAMBIENTE

RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE
ISSN 2612-2103



NUMERO 1\2021

- La procedura di sanatoria dei reati ambientali: limiti legali e correzioni interpretative in *malam partem* di A. MELCHIONDA
- Vi è spazio per una pena prescrittiva - reintegratoria in materia ambientale? di M. DOVA
- Emissioni in atmosfera e sanzioni penali: questioni (ancora) controverse sull'impianto contravvenzionale previsto dal testo unico ambientale di E. MARINI
- La protección del medio ambiente en Chile y sus implicancias penales. Visión general di M. C.RAMÍREZ GUZMÁN
- The criminal enforcement of waste management law in irish district courts: a critical analysis (part. 1) di K. O'LEARY



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente

PROPRIETARIO EDITORE

Luca RAMACCI

DIRETTORE RESPONSABILE

Laura BIFFI

DIREZIONE SCIENTIFICA

Luca RAMACCI – Carlo RUGA RIVA

COMITATO SCIENTIFICO E DEI REVISORI

Aldo ACETO, Gastone ANDREAZZA, Giuseppe BATTARINO, Maurizio BELLACOSA, Costanza BERNASCONI, Mauro CATENACCI, Luigi CORNACCHIA, Francesco D'ALESSANDRO, Monica DELSIGNORE, Giovanni DE SANTIS, Andrea DI LANDRO, Vito DI NICOLA, Massimiliano DOVA, Aldo FIALE, Pasquale FIMIANI, Antonio FINIZIO, Marco GAMBARDELLA, Alberto GARGANI, Andrea GENTILI, Antonio GULLO, Giuseppe LOSAPPIO, Roberto LOSENGO, Adelmo MANNA, Luca MASERA, Carlo MELZI D'ERIL, Enrico MENGONI, Renato NITTI, Giuseppe NOVIELLO, Vincenzo PAONE, Chiara PERINI, Marco PIERDONATI, Nicola PISANI, Gianni REYNAUD, Luis Ramon Ruiz RODRIGUEZ, Giuseppe ROTOLO, Elisa SCAROINA, Licia SIRACUSA, Paulo SOUSA MENDES, Antonio VALLINI, Alberta Leonarda VERGINE, Stefano ZIRULIA

RESPONSABILE REDAZIONE

Maria Ludovica PARLANGELI

LEXAMBIENTE è una rivista online, completamente gratuita che ha lo scopo di stimolare la discussione critica nella comunità scientifica dei penalisti accademici, nel mondo degli avvocati e dei magistrati, tutti fautori, nei rispettivi ruoli, di un diritto penale da sempre dominato dal formante giurisprudenziale, e proprio per questo bisognoso, ci pare, di attenzione critica da parte della dottrina.

L'autorevolezza dei contributi è garantita da una doppia revisione cieca (double blind peer review) ad opera dei componenti del comitato scientifico, dotati di specifiche competenze in materia penale ambientale.

La Rivista ospiterà articoli, saggi, note a sentenza e recensioni, anche di diritto straniero e comparato, concernenti il diritto penale ambientale in senso ampio, comprensivo non solo degli inquinamenti ma anche della tutela del territorio, del paesaggio, degli animali, degli OGM, della salute pubblica ecc.

Verrà dedicata particolare attenzione ai temi più attuali nella discussione pubblica e scientifica così come nella realtà giudiziaria.

L'ambizione è di far dialogare in modo costruttivo teoria e prassi, partendo dai problemi di tutela per giungere a soluzioni teoricamente fondate e rispettose dei principi e delle garanzie costituzionali e sovranazionali.

I contributi (articoli, saggi, note a sentenza, recensioni) vanno sottoposti alla redazione all'indirizzo redazione.lexambiente@gmail.com e dovranno dare conto in modo sintetico del quadro normativo pertinente e dei relativi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. L'autore non dovrà essere coinvolto come parte processuale nelle sentenze o nei contributi oggetto di commento.

La rivista è autonoma rispetto alla già nota lexambiente.it che continua ad essere operativo pubblicando, come sempre dal 1998, contributi più snelli e di taglio meno teorico e novità legislative e giurisprudenziali, tutti conservanti nell'archivio di oltre 15.000 documenti.



LEXAMBIENTE
Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente
Fasc. 1/2021

INDICE n. 1\2021

<i>Editoriale</i>	I
La procedura di sanatoria dei reati ambientali: limiti legali e correzioni interpretative in <i>malam partem</i> di A. MELCHIONDA	1
Vi è spazio per una pena prescrittiva - reintegratoria in materia ambientale? di M. DOVA.....	18
Emissioni in atmosfera e sanzioni penali: questioni (ancora) controverse sull'impianto contravvenzionale previsto dal testo unico ambientale di E. MARINI	29
La protección del medio ambiente en Chile y sus implicancias penales. Visión general di M. C. RAMÍREZ GUZMÁN.....	43
The criminal enforcement of waste management law in irish district courts: a critical analysis (part. 1) di K. O'LEARY.....	64

Questo primo numero del 2021 (il decimo in assoluto), si apre con un articolo di Alessandro Melchionda, il quale sottopone a critica l'orientamento restrittivo, seguito nella prassi, che esclude dal meccanismo estintivo previsto dagli artt. 318-bis e ss. del d.lgs. n. 152/2006 le contravvenzioni punite con pena congiunta o con sola pena dell'arresto, orientamento peraltro conforme all'inedita e problematica "fonte" rappresentata dalle circolari di varie Procure della Repubblica. Il contributo di Melchionda trae spunto da una vicenda normativa specifica e settoriale cogliendovi un tratto più generale: la tendenza del potere giudiziario a oltrepassare la lettera della legge in nome di avvertite esigenze di razionalizzazione di discipline repute lacunose o non chiare.

Massimiliano Dova, dopo avere riscontrato, anche sulla base di dati statistici, l'ineffettività delle pene detentive e di quelle pecuniarie in materia di reati ambientali, propone di dare un ruolo centrale – come pene principali – alle pene prescrittive-reintegratorie (obblighi di bonifica e ripristino, lavoro di pubblica utilità), sia come sanzioni esclusive per le attuali contravvenzioni ambientali, sia come pene da affiancare, in alternativa o in aggiunta, a quelle detentive o pecuniarie per i delitti ambientali.

Elena Marini ci offre una ricognizione critica delle principali questioni concernenti la disciplina penale dell'inquinamento atmosferico, con particolare riguardo all'art. 279 del d.lgs. n. 152/2006, anche alla luce di recenti modifiche apportate dal legislatore.

Chiudono il numero due contributi stranieri.

Come abbiamo già fatto in passato, riteniamo utile guardare ad un fenomeno globale come l'inquinamento anche attraverso le lenti della comparazione, che possono offrire spunti e suggestioni anche *de jure condendo*.

Più nel dettaglio presentiamo un lavoro di una penalista accademica cilena, María Cecilia Ramírez Guzmán, che ci offre una analisi della disciplina penale ambientale vigente in Cile, articolata su singole disposizioni penali pensate su specifici settori (aria, acqua, rifiuti, pesca ecc.), senza che siano ad oggi maturate le condi-

zioni per una nuova e aggiornata disciplina penale di contrasto alle più gravi forme di inquinamento all'ambiente unitariamente inteso.

L'ultimo contributo (del quale viene pubblicata la prima parte, la seconda sarà sul prossimo numero) è di un magistrato irlandese, Kevin O'Leary, che dà conto del quadro normativo penale-ambientale del suo Paese, frutto del recepimento di varie Direttive europee, che anche dopo Brexit vincolano l'Irlanda, rimasta in Europa.

L'Irlanda, Paese di *common law*, ha dunque visto il fiorire di vari testi normativi di natura anche penale, pur conservando alcune peculiarità, come ad es. il regime di *strict liability* per le contravvenzioni in materia di rifiuti: l'elemento soggettivo non deve essere provato dall'accusa, ma è onere della difesa introdurre la *defense* di avere tenuto le cautele ragionevoli per evitare la violazione. Citando la Settimana Enigmistica, un osservatore malizioso potrebbe commentare "trova le differenze" con la prassi italiana, nella quale l'accusa non si preoccupa granchè di dimostrare la sussistenza della colpa in capo all'agente, e la difesa tenta di regola invano di allegare elementi a discolpa.

Buona lettura!

Luca Ramacci Carlo Ruga Riva

.



**LA PROCEDURA DI SANATORIA DEI REATI AMBIENTALI: LIMITI
LEGALI E CORREZIONI INTERPRETATIVE *IN MALAM PARTEM***

**THE SANATORY PROCEDURE FOR ENVIRONMENTAL CRIMES: LEGAL
LIMITS AND INTERPRETATIVE CORRECTIONS IN *MALAM PARTEM***

di Alessandro MELCHIONDA

Abstract. Il contributo sviluppa un'analisi delle incertezze interpretative emerse nella selezione delle "contravvenzioni" ambientali ammesse alla nuova procedura di sanatoria prevista dal Codice dell'ambiente, considerando criticamente le soluzioni restrittive adottate con circolari redatte a seguito di accordi tra enti territoriali giudiziari ed amministrativi.

Abstract. This paper is intended to analyze the interpretative uncertainties raised by the "environmental crimes" admitted to the new extinguishing procedure that is provided for by the Environmental regulation/code. It also aims to consider critically the restrictive solutions adopted by local regulations with the agreement of both the judicial and administrative local authorities.

Parole chiave: Contravvenzioni ambientali, oblazione ambientale, principio di legalità, diritto penale giurisprudenziale, favor rei, Testo unico ambientale, non punibilità.

Key words: Environmental crimes, environmental oblation, principle of legality, jurisprudential criminal law, favor rei, environmental law, non-punishable offense.



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le complesse incertezze sulla selezione delle “contravvenzioni” ammesse alla sanatoria ambientale. – 3. Le indicazioni emergenti dalla “prassi” e dalle circolari interpretative degli enti territoriali. – 4. Le ragioni a favore di una sanatoria estesa a tutte le contravvenzioni. – 5. La diversa soluzione accolta in un caso giurisprudenziale. – 6. Osservazioni conclusive. Il “primato della legge” è ancora una “inquietudine vetero-illuminista”?

1. Premessa*

Nel quadro di un sistema penale rigidamente fondato sul principio di legalità, il riferimento ad uno spazio di “diritto penale giurisprudenziale” dovrebbe suonare come una forma di contraddizione in termini¹.

E questo era certamente l'assunto sul quale si erano formati i primi studiosi dei principi costituzionali in materia penale, convintamente contrari alla legittimazione di qualunque spazio di intervento modificativo riconoscibile alla giurisprudenza sul piano della sfera formale della punibilità². Da questo punto di vista, anzi, la coerenza di questo primo approccio di studio si spingeva anche ad escludere la stessa possibilità di una modificazione in senso più favorevole, ritenendo contrari a Costituzione anche i casi di c.d. analogia *in bonam partem*³.

Ma tant'è. Certamente per effetto di innovazioni di sistema determinate dalle più recenti aperture a fonti sovranazionali, ma forse anche a causa della sempre maggiore incapacità legislativa di guidare l'intervento penale lungo binari di chiarezza e precisione atti a precludere l'esigenza di interventi correttivi, nel corso degli ultimi decenni il riferimento al c.d. “diritto penale giurisprudenziale” si è esteso alla considerazione di sempre maggiori spazi di evidenza⁴, spesso manifestandosi sotto le

* Contributo destinato al volume “*La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*”, (a cura di R. Acquaroli – E. Fronza – A. Gamberini). Si ringraziano i curatori per averne autorizzata la pubblicazione in questa Rivista.

1 Il tema è da sempre oggetto di particolare attenzione da parte di Gaetano Insolera: v. Il diritto penale giurisprudenziale, in *Dei delitti e delle pene*, 1991 e, più di recente, Id., Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”, in *Criminalia*, 2012, 285 ss.

2 Fondamentale su questo aspetto l'insegnamento del comune Maestro: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, 1973, 7 ss.

3 Per questa iniziale prospettiva v. per tutti P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 131 ss.

4 La letteratura in argomento è vastissima. Per un efficace dato di sintesi è qui sufficiente il rinvio all'ampio quadro di indicazioni contenute nella monografia di D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019; nonché alla raccolta di saggi curata da G. FIANDACA, *Sistema penale in transizione e diritto penale giurisprudenziale*, Padova, 1997, ed agli importanti



mutate spoglie di quel c.d. “diritto vivente”⁵, che la stessa Corte costituzionale ha più volte riconosciuto e legittimato quale motivo sufficiente per ovviare a limiti legislativi altrimenti suscettibili di dare spazio a casi di illegittimità costituzionale⁶.

La casistica, in questo senso, è quanto mai ricca di esempi notissimi, come con riferimento alla questione del c.d. “concorso esterno nei reati associativi”⁷, rispetto alla quale anche la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha interpretato l’evoluzione giurisprudenziale come un caso di ampliamento della sfera della punibilità, fondato sul solo sviluppo degli orientamenti della giurisprudenza⁸. Uno sviluppo, in particolare, ritenuto financo imprevedibile da parte di chi si fosse trovato a ragionare sulla base del solo ordinamento vigente prima di questa più ampia ed articolata evoluzione interpretativa; e proprio per questo motivo giudicato come foriero di una identificazione di nuovi casi di concorso punibile, che è stata ritenuta insuscettibile di applicazione retroattiva.

Si tratta di un percorso di trasformazione già ampiamente studiato e nel quale sono stati colti vari profili di novità anche positiva, favorendo una capacità di adattamento del sistema penale ai molteplici mutamenti della società e, nel contempo, potendo anche concorrere alla formazione di un quadro di maggiore tassatività “in chiave sostanziale” dell’ordinamento⁹.

In questo quadro di più ampie considerazioni e mutamenti normativi, nascosti tra i mille rivi della nostra legislazione si annidano talvolta casi molti particolari, che, seppur di limitata rilevanza più generale, può essere utile portare in maggiore evidenza per fornire ulteriori elementi di riflessione.

Nella specie, il settore di riferimento è quello del c.d. diritto penale ambientale e la questione concretamente considerata si incentra sulla recente disciplina di sanatoria che è stata emanata con

contributi di F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. contemp. Riv. Trim.*, 2016, 4 ss. e M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, *ibidem*, 13 ss.

5 Come ricordato da D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., 74 ss., l’espressione risale a Corte cost., sent. 11 dicembre 1974, n. 276 e descrive la «norma non quale appare proposta in astratto, ma quale operante nella quotidiana applicazione dei giudici» e come «vive nella realtà concreta».

6 Sul punto, è doveroso qui ricordare anche il contributo di G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli, 2011, 2351 ss.

7 Per tutti v. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

8 Il riferimento è ovviamente alla nota vicenda “Contrada” ed alla sentenza della Corte di Strasburgo, arr.t 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. 66655/13, anch’essa oggetto di copiosa bibliografia e sulla quale v. per tutti M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346 ss.; nonché F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2016.

9 Su questo raccordo tra il quadro del c.d. “diritto vivente” ed una valutazione in chiave “sostanziale” del principio di tassatività sia consentito rinviare alle osservazioni a suo tempo sviluppate in A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in AA. VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, studi coordinati da A. Cadoppi, Padova, 1996, 391 ss.



legge 22 maggio 2015 n. 68 ed inserita nel tessuto normativo del c.d. "Codice dell'ambiente" contenuto nel D.Lgs. n. 152/2006.

2. Le complesse incertezze sulla selezione delle "contravvenzioni" ammesse alla sanatoria ambientale.

Come è noto, con il regime oggi previsto dagli artt. 318-*bis* ss. ed inserito nella Parte sesta-*bis* del "Codice dell'ambiente" il legislatore ha disciplinato un procedimento di estinzione di alcune fattispecie di reati ambientali basato sull'adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo accertatore e sul successivo pagamento in sede amministrativa di una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione (art. 318-*quater*)¹⁰.

Si tratta di innovazione di particolare rilievo, che è stata subito salutata con ampio favore, in quanto intesa quale "congegno normativo" «immaginato come la migliore e più immediata forma di protezione ambientale, il modo cioè più celere per ottenere quella respiscenza comportamentale che non solo garantisce la migliore cura ambientale, ma rende persino inutile la celebrazione di un processo, dispendioso e, per molti versi, esposto a cause estintive che ne compromettono l'efficienza e la funzionalità»¹¹.

10 Su questa disciplina v. in generale: G. AMENDOLA, *Legge ecoreati. La cassazione riscrive le condizioni per la estinzione delle contravvenzioni ambientali*, in *RivistaDGA.it*, 2020, n. 2, 1 ss.; M.C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 novembre 2015; M. CHILOSI, *Estinzione delle contravvenzioni ambientali*, in *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di C. Ruga Riva, Torino, 2017, 129 ss.; E. COTTU, *La prescrizione dei reati ambientali: efficacia, coerenza, ragionevolezza?*, in *Dir. pen. contemp. Riv. Trim.*, 2018, 272 ss.; A. FALCONE, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni previste dal testo unico dell'ambiente introdotta dalla legge n. 68/2015 Alla ricerca di alcune utili indicazioni operative*, in *Lexambiente.it*, 29 luglio 2016, 1 ss.; P. FIMIANI, *Limiti applicativi del sistema estintivo delle contravvenzioni ambientali tramite prescrizioni (titolo VI bis TUA)*, in *Lexambiente Riv. Trim.*, 2019, 4, 22 ss. e in *La legge sugli ecoreati*, cit., 119 ss.; N.F. GIULIANI, *La nuova procedura di estinzione dei reati ambientali*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 476 ss.; A. MARTUFI, *La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche. Alcune annotazioni in merito alla speciale procedura estintiva prevista per le contravvenzioni del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Dir. pen. contemp. Riv. Trim.*, 2018, 293 ss.; P. MOLINO, *Le altre disposizioni della legge n. 68/2015*, in *Diritto penale dell'impresa*, a cura di Parodi, Milano, 2017, 799 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale. dal boia (improbabile) all'esattore (incerto)*, in *Dir. pen. contemp.*, 21 ottobre 2016; V. PAONE, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 e l'istituto della prescrizione applicato ai reati ambientali*, in *Lexambiente.it*, 22 Giugno 2017, 1 ss.; F. POMES, *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, in *Lexambiente Riv. Trim.*, 2019, 4, 60 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, 61 ss.; ID., *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, 73 ss.; M. TELESCA, *Osservazioni sulla l.n. 68/2015 recante "disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 luglio 2015; P. SEVERINO, *Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori*, in *Dir. pen. contemp. Riv. Trim.*, 2018, 190 ss.; A. VITA, *La procedura estintiva dei reati contravvenzionali del d.lgs. 152/2006 introdotta dalla l.n. 68/2015: analisi e riflessioni*, in *osservatorioagromafie.it*, 2016, 1 ss.

11 V.B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale*, cit., 5.



Le condizioni stabilite dall'art. 318-*bis* per l'ammissione alla procedura sono due: (I) che il reato sia una contravvenzione (restando quindi esclusi i delitti) e (II) che l'illecito non abbia cagionato «danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette».

Ferma l'esigenza di concreto apprezzamento di quest'ultimo requisito di offensività, la formula così utilizzata dal legislatore nella determinazione della prima condizione di ammissibilità della procedura ha subito aperto un dubbio interpretativo circa l'esatto riferimento apprezzabile con l'esplicito richiamo al concetto di «contravvenzione»¹².

Come è stato osservato, infatti, si tratta «di un ambito definito dal legislatore con insufficiente nitore, atteso che se il meccanismo estintivo, all'art. 318-*quater*, subordina l'esito estintivo al pagamento di una somma pari ad un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa (comma 2, primo periodo), non è precisato se l'estinzione possa operare rispetto alle contravvenzioni sanzionate con la sola ammenda, ovvero a quelle punite alternativamente con l'arresto o con l'ammenda o, ancora, alle contravvenzioni per cui sia prevista la sanzione dell'arresto e dell'ammenda»¹³.

La specificità del dettato normativo è però apparsa subito quale elemento rilevante. E questo anche perché, come si è osservato, «in difetto di un'espressa esclusione, è sembrato possibile inferire l'applicabilità della nuova procedura estintiva anche in caso di pena alternativa. Ciò in quanto il combinato disposto della norma in commento con l'art. 318-*octies* che, al comma 3, in caso di adempimento tardivo o di rimozione delle conseguenze dannose o pericolose secondo modalità diverse da quelle prescritte, prevede che la condotta ripristinatoria posta in essere possa essere valutata ai fini dell'applicazione dell'oblazione di cui all'art. 162-*bis* del codice penale, che è disposizione applicabile alle contravvenzioni punite con pene alternative»¹⁴. A questa prima considerazione si è poi aggiunta anche un'altra notazione e si è posto in evidenza, che «l'espresso richiamo dei lavori preparatori alla procedura estintiva prevista in materia di sicurezza e di igiene del lavoro, ove il meccanismo estintivo è operante anche rispetto a contravvenzioni punite con pena alternativa, costituisce un ulteriore elemento che milita nel senso della conclusione enunciata, cioè

12 Sulla questione v. M.C. AMOROSO, *La nuova procedura*, cit., 4 ss.; U. CASSIO, *Proposta prima applicazione della L. 68/2016 – “Ecoreati” - Titolo VI bis D.Lgs. 152/06*, in *Lexambiente.it*, 8 aprile 2016, 1 ss.; N. CARBONI – R. BERTUZZI, *La estinzione di alcuni reati contravvenzionali introdotta dalla Legge 68/2015*, in *Lexambiente.it*, 16 febbraio 2016, 1 ss.; A. FALCONE, *La nuova procedura estintiva*, cit., 3; V.B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale*, cit., 11; V. PAONE, *La prescrizione dei reati ambientali secondo la l. 68/2015: non mancano dubbi interpretativi*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2016, VII, 499 ss.; V. PAONE, *Dopo tre anni dall'entrata in vigore della l. n. 68/2015, persistono dubbi e criticità in tema di estinzione delle contravvenzioni ambientali*, in *Lexambiente Riv. Trim.*, 2019, n. 1, 73 ss.; A. SCARCELLA, *L'istituto della prescrizione amministrativa e la sua applicabilità ai reati commessi dall'ente*, in *Resp. amm. società e enti*, 2016, III, 24 ss.; A. SERLENGA, *Legge n. 68/2015: la nuova procedura di estinzione del reato ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2016, VI, 419 ss.

13 A. FALCONE, *La nuova procedura estintiva*, cit., 3.

14 A. FALCONE, *La nuova procedura estintiva*, cit., 3, così ricordando l'identica puntualizzazione di M.C. AMOROSO, *La nuova procedura*, cit., 4.



dell'applicabilità anche rispetto a contravvenzioni punite con pena alternativa, con l'esclusione, secondo alcuni degli interpreti, delle contravvenzioni che siano cumulativamente punite con l'arresto e con l'ammenda»¹⁵.

Nel complesso si è però delineato un quadro di totale divergenza, con opinioni favorevoli ad ammettere l'estensione della procedura di sanatoria anche alle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto¹⁶ ed altre contrarie a questa estensione, per taluni nei soli casi nei quali la pena dell'arresto risulti prevista quale unica sanzione¹⁷, per altri anche nel caso di sanzione detentiva congiunta a quella pecuniaria¹⁸.

3. Le indicazioni emergenti dalla “prassi” e dalle circolari interpretative degli enti territoriali.

Calata nel contesto della concreta applicazione pratica, la questione ha ovviamente aperto subito l'esigenza di individuare un concreto criterio operativo ed ha generato plurime prese di posizione da parte degli organismi locali¹⁹.

Nel quadro dei documenti che sono stati così resi noti, particolare attenzione alla problematica è emersa in occasione di un confronto organizzato dalla Procura Generale presso la Corte d'Appello di Bologna con tutte le Procure distrettuali dell'Emilia-Romagna, l'A.R.P.A.E. Emilia-Romagna, la Capitaneria di Porto di Ravenna, il Nucleo Operativo Ecologico dei Carabinieri di Bologna ed il

15 Così ancora A. FALCONE, *La nuova procedura estintiva*, cit., 3.

16 Per questa soluzione v. N. CARBONI – R. BERTUZZI, *La estinzione*, cit., 2; V.B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale*, cit., 18 ss.

17 In questo senso v. G. BATTARINO, *Ecoreati: prime questioni applicative dopo la riforma della l. 68/2015*, in *Quotidiano giuridico*, 8 gennaio 2016; U. CASSIO, *Proposta*, cit., 1; N.F. GIULIANI, *La nuova procedura*, cit., 482; A. SERLENGA, *Legge n. 68/2015*, cit., 419 ss.

18 Si tratta dell'opinione forse prevalente: v. M.C. AMOROSO, *La nuova procedura*, cit., 5; P. FIMIANI, *Limiti applicativi*, cit., 26 ss.; P. MOLINO, *Le altre disposizioni*, cit., 799; V. PAONE, *La prescrizione dei reati ambientali*, 499; A. SCARCELLA, *L'istituto della prescrizione*, cit., 24 ss.

19 V. ad esempio S. VITELLO, *Linee guida in tema di prescrizioni ed estinzioni delle contravvenzioni ambientali ai sensi degli artt. 318 bis-318 octies del d.lgs. 152/06*, con riferimento alle indicazioni fornite dalla Procura della Repubblica di Siena: <https://www.procurasiena.it/allegaticlasse/275.pdf>; per la Procura della Repubblica di Brescia, v. https://www.procura.brescia.it/allegatinews/A_12063.pdf; per la Procura della Repubblica di Trento, v. https://www.reteambiente.it/repository/normativa/22311_circ_trento.pdf; per la Procura della Repubblica di Velletri, v. http://www.giustizia.lazio.it/appello.it/proc_velletri/documenti/Modulistica/News/Lineeguidaambiente.pdf. Per una più ampia rassegna di queste indicazioni v. D. CORBELLA, *Le principali innovazioni introdotte dalla legge 68/2015, in particolare il procedimento estintivo delle contravvenzioni ambientali ex artt. 318 bis e ss. D.lgs. 152/06: dai primi orientamenti applicativi ai più recenti protocolli sottoscritti dalle Procure Generali della Repubblica*, in *Lexambiente.it*, 24 Settembre 2019.



Comando Regionale del Corpo di Polizia Forestale, all'esito del quale è stata emanata una Circolare con la quale è stato formalizzato uno specifico protocollo d'intesa²⁰.

Con questo protocollo si è optato per la soluzione più restrittiva, così giungendo ad imporre un'ulteriore condizione applicativa rispetto a quelle già formalmente previste dal dettato legislativo. Nella Circolare si precisa, infatti, quanto segue: «La discussione tra i sottoscrittori del protocollo ha tuttavia portato ad individuare una terza condizione per l'applicazione della disciplina; condizione desumibile da un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa. Tale condizione fa riferimento alle specie delle pene delle contravvenzioni in esame. In particolare, si ritiene che la procedura di estinzione possa applicarsi alle sole contravvenzioni punite con pena pecuniaria (ammenda) o alternativa (arresto o ammenda), restandone escluse le fattispecie sanzionate con sola pena detentiva (arresto) o con pena congiunta (arresto e ammenda)».

La motivazione posta a sostegno di questa precisazione merita qui di essere puntualmente considerata, proprio perché mette in luce alcuni aspetti di rilievo sui quali preme focalizzare l'attenzione.

Innanzitutto, la Circolare pone riguardo al tenore letterale dell'art. 318-*quater* D.Lgs. n. 152/2006, laddove la disposizione subordina l'estinzione della contravvenzione al pagamento di «una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa», senza, tuttavia, accennare ad un eventuale meccanismo di conversione della pena detentiva in pecuniaria; e si osserva: «Applicare la disciplina alle contravvenzioni punite con pena congiunta (arresto e ammenda) e non a quelle punite con il solo arresto sarebbe contrario al principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione (trattamento uguale di casi uguali e dissimile di casi differenti), perché persone che hanno commesso reati meno gravi (puniti con il solo arresto), sarebbero escluse da una disciplina di favore che si applicherebbe, invece, a chi ha commesso reati più gravi (sanzionati con pena congiunta)».

E su questo primo punto si aggiunge: «D'altro canto, applicare la procedura estintiva alle contravvenzioni che prevedono la pena detentiva, da sola o congiunta che sia, facendo ricorso al criterio di ragguglio tra pene detentive e pecuniarie di cui all'art. 135 c.p. (250 € per ogni giorno di pena detentiva) trova tre ragioni di contrarietà. L'art. 318-*quater* d.l.vo 152/2006 non fa riferimento a questo criterio, sicché applicarlo in ragione della "clausola generale" contenuta nella norma del codice penale ("quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguglio tra pene pecuniarie e pene detentive"), sembra contrario al principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.), che

20 V. Protocollo d'Intesa n. 1/2016, sottoscritto in data 18 maggio 2016 tra la Direzione Generale di Arpa Emilia-Romagna, la Procura Generale presso la Corte di Appello di Bologna, i rappresentanti di tutte le nove Procure territoriali ed i comandanti del NOE Carabinieri, Corpo Forestale dello Stato e Capitaneria di Porto. Il testo del protocollo è pubblicato in *lexambiente.it*, 14 giugno 2016, a questo indirizzo: <https://lexambiente.it/materie/ambiente-in-genero/188-dottrina/188/12249-ambiente-in-genero-gestione-delle-prescrizioni-ambientali.html>. Su questo protocollo v. A. CANDI, *Un protocollo condiviso per i reati ambientali*, in *Ecoscienza*, 2016, n. 3, 16 ss.



impone che sia il legislatore a stabilire chiaramente, per legge, i presupposti per l'applicazione della pena e non il Giudice, in via interpretativa».

Ferme queste prime considerazioni, la Circolare prosegue poi considerando che: «In secondo luogo, l'applicazione del criterio “un giorno di arresto/250 € di ammenda”, priverebbe in larga parte di effetti pratici la disciplina, con riguardo alle contravvenzioni in esame. Basti pensare che vi sono contravvenzioni punite con l'arresto fino a tre anni (v. ad es. l'art. 137 comma 11 d.l.vo 152/2006), per le quali la procedura estintiva sarebbe accessibile al contravventore pagando una somma pari a 68.437 € (un quarto massimo della pena prevista, previo ragguglio). Alle contravvenzioni punite con pena congiunta per le quali l'arresto può arrivare sino a tre anni (v. ad es. l'art. 137 comma 5 ultima parte d.l.vo cit.), a quella somma si aggiungerebbe un quarto della pena pecuniaria (nell'esempio altri 30.000 €)». Secondo i sottoscrittori della Circolare «l'osservazione non solo rende evidente come l'applicazione della disciplina alle contravvenzioni sanzionate (anche) con l'arresto incontrerebbe difficoltà pratiche, stante la sua esosità, ma porta ulteriore conforto alla tesi della improponibilità di un'interpretazione giurisprudenziale che arrivi agli effetti pratici ora indicati (una quantificazione assai elevata delle somme richieste al contravventore)».

In terzo luogo si è inoltre considerato il fatto che, «per quanto consta ai sottoscrittori dell'accordo, non esiste alcuna circoscrizione di Tribunale in cui la disciplina estintiva sia stata applicata anche alle contravvenzioni punite con il solo arresto. Il che conferma l'impraticabilità del ragguglio pena detentiva/pena pecuniaria ex art. 135 c.p., e costituisce ulteriore argomento a sostegno dell'interpretazione per cui la somma da pagare per estinguere il reato è quella desumibile dalla stretta lettera della legge (che fa riferimento alla sola ammenda). L'argomento rafforza, altresì, la tesi della irragionevolezza di un'applicazione della disciplina alle contravvenzioni punite con pena congiunta, le quali sarebbero doppiamente favorite: non solo rispetto alle contravvenzioni punite con il solo arresto (escluse dal beneficio), ma anche con riferimento a quelle punite con la sola ammenda o con pena alternativa. Esse sarebbero, infatti, equiparate a queste ultime, eliminando ogni significato alla pena detentiva in termini di disvalore da elidere con l'adempimento della prescrizione e il pagamento della somma prevista».

La Circolare considera poi altri due aspetti.

Viene operato un raffronto con l'analogha procedura estintiva contemplata dagli artt. 20 ss. D.Lgs. 758/1994 in tema di sicurezza e igiene sul luogo di lavoro, alla quale il legislatore si sarebbe ispirato nello stilare la disciplina della parte VI -bis D.Lgs. n. 152/2006 e si osserva: «A favore della riferibilità della procedura estintiva alle sole contravvenzioni punite con pena pecuniaria o alternativa depone anche la circostanza che la disciplina è mutuata dall'analogo procedimento estintivo dei reati in materia di sicurezza e igiene sul lavoro di cui agli artt. 20 ss. del d.l.vo 758/1994, che – appunto – si riferisce a queste sole contravvenzioni (art. 301 d.l.vo 81/2008).



Da ultimo, si osserva che l'art. 318-*septies* d.l.vo 152/2006 dispone che un inadempimento tardivo, ma comunque congruo, oppure l'eliminazione delle conseguenze della contravvenzione con modalità diverse da quelle dettate dall'organo di vigilanza, sono valutati ai fini dell'applicazione della oblazione ex art. 162-*bis* c.p. e che, quest'ultima norma, non si applica alle contravvenzioni punite con l'arresto o con pena congiunta. Ragioni di coerenza sistematica e, ancora una volta, di ragionevolezza portano a ritenere che il campo delle contravvenzioni estinguibili con la nuova procedura coincida con quello cui si applica l'oblazione del codice penale. Diversamente, esisterebbe un'area di contravvenzioni estinguibili ex Parte sesta-*bis* alla quale non sarebbe applicabile la previsione dell'art. 318-*septies* (perché punite con pena detentiva o congiunta)».

Alla luce di queste precisazioni la Circolare ha quindi concluso convenendo di riconoscere questi criteri:

«1) la procedura estintiva è ammissibile per le contravvenzioni in materia ambientale previste dal d.l.vo 152/2006 punite con pena pecuniaria (ammenda) ovvero alternativa (arresto o ammenda);

2) la valutazione del danno o pericolo concreto e attuale di danno è effettuata dall'organo accertatore, ma un eventuale contrario avviso del Procuratore della Repubblica – al quale la notizia di reato va comunque trasmessa senza ritardo ex art. 347 c.p.p. – determina la esclusione o la ammissioni del contravventore alla procedura, essendo questa, pur sempre, una condizione negativa dell'esercizio dell'azione penale (ovvero di procedibilità), la cui valutazione finale è necessariamente rimessa alla autorità giudiziaria, cui è devoluto l'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.)».

Il quadro delle indicazioni fornite in questa Circolare, al pari di quanto ulteriormente emerso in molti altri protocolli adottati in diversi ambiti territoriali, è stato direttamente esaminato anche dalla “Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati”, che ha dato conto di questa valutazione nella «*Relazione sull'attuazione della legge 22 maggio 2015 n. 68 in materia di delitti contro l'ambiente*» approvata il 20 febbraio 2017²¹. Sul tema è poi intervenuto anche l'“Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale” (ISPRA) il cui Consiglio federale, in data 29 novembre 2016, ha approvato un apposito documento di «*Indirizzi per l'applicazione della procedura di estinzione delle contravvenzioni ambientali ex parte VI-bis D.Lgs. 152/2006*»²². Con questo documento si è ritenuto di fornire una indicazione concreta e si è precisato che: «L'interpretazione suggerita, in linea con le indicazioni fornite dalla maggioranza delle Procure che si sono espresse, è quella di escludere

21 Il testo della Relazione è disponibile a questo indirizzo: <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/02/20/leg.17.bol0769.data20170220.com39.pdf>

22 Il testo di questo documento è presente a questo indirizzo: <https://www.isprambiente.gov.it/files/snpa/consiglio-federale/Deliberaecoreaticonalleghi.pdf>



dall'ambito di applicazione della procedura estintiva anche le contravvenzioni punite con arresto e ammenda, in quanto, l'assoggettabilità delle stesse alla procedura, a fronte dell'esclusione delle contravvenzioni punite con il solo arresto, darebbe luogo a una ingiustificata disparità di trattamento, data la tendenziale maggiore gravità delle contravvenzioni punite con arresto e ammenda rispetto a quelle punite con il solo arresto (un esempio evidente di quanto sopra esposto si rinviene confrontando le contravvenzioni previste dall'art. 137, comma 3 e comma 5, del D.Lgs. n. 152/2006)»²³.

4. Le ragioni a favore di una sanatoria estesa a tutte le contravvenzioni.

A sommosso, ma convinto avviso di chi scrive, queste conclusioni sono del tutto illegittime e le relative argomentazioni inidonee a sostenere tale precipua lettura interpretativa.

Innanzitutto, il testo legislativo è chiaro nella parte in cui regola i presupposti applicativi del particolare e nuovo meccanismo estintivo disciplinato dal D.Lgs. n. 152/2006. All'art. 318-*bis*, rubricato "Ambito di applicazione", si legge infatti testualmente che: «Le disposizioni della presente parte si applicano alle ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette».

Il legislatore, dunque, è stato chiaro e preciso nel disporre che tale disciplina sia applicabile a tutte le contravvenzioni previste dal decreto oggi identificato con il "Codice dell'ambiente", e non ne ha limitato l'area d'impiego ad un sottoinsieme di queste, come viceversa accaduto in altri ambiti, tra i quali – come noto – anche quello della sicurezza sul luogo di lavoro²⁴.

Già questo primo argomento letterale porta, pertanto, a ritenere esplicita la scelta legislativa di riferire la causa estintiva di cui alla parte VI-*bis* del Testo Unico sull'Ambiente a tutte le fattispecie concrete di natura contravvenzionale che non abbiano provocato danno o pericolo concreto di danno ai beni ambientali protetti, a prescindere dalla specie della pena per esse comminata.

²³ Così a pag. 14 del documento.

²⁴ Come è stato subito segnalato, la delimitazione alle sole ipotesi previste dal decreto porta invece ad escludere altre "contravvenzioni ambientali", quali ad esempio quelle previste in materia di O.G.M. o di sostanze pericolose (per questa segnalazione v. per tutti C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., 75). Nel contempo, poiché «la lettera dell'art. 318-*bis* ("ipotesi contravvenzionali ... previste dal presente decreto") sembra riferirsi (anche) ai precetti, e non solo alle sanzioni contenute nel d.lgs. n.152/2006», si ritengono parimenti escluse anche le «contravvenzioni contenute in leggi esterne al TUA, ma che ad esso rinviano per la disciplina sanzionatoria (cfr. ad es. la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 16, d.lgs. n. 36/2003 sulle discariche, il quale rinvia per le pene all'art. 51, comma 3, d.lgs. n. 22/1997, rinvio oggi da riferirsi all'art. 256, comma 3, TUA)» (così ancora C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 61).



Ritenere diversamente, ed affermare che le disposizioni di cui si tratta possano riguardare le sole contravvenzioni punite con l'ammenda o con la pena pecuniaria in alternativa all'arresto, costituisce una palese interpretazione *contra legem* ed *in malam partem*. Per questo motivo, l'adozione di una tale opzione ermeneutica violerebbe il principio di legalità e di necessaria determinatezza della legge penale: l'asserita necessità di motivare la diversa tesi sostenuta dalla Circolare in ragione di una lettura "costituzionalmente conforme" della disposizione in parola trova pertanto un limite esplicito ed insuperabile nella stessa necessità di osservare il primario rilievo dei principi fissati dall'art. 25, comma 2, Cost.

Per quanto concerne, poi, il criterio di conversione della pena detentiva in pecuniaria, gli argomenti addotti paiono inconferenti. Innanzitutto, non è riscontrabile alcuna violazione del principio costituzionale di legalità nei termini indicati dal protocollo d'intesa sopra considerato. In effetti, il legislatore non ha, in alcun modo, delegato al Giudice il compito di «stabilire [in via interpretativa] i presupposti per l'applicazione della pena». Gli artt. 318-*bis* ss. D.Lgs. n. 152/2006 indicano, infatti, con chiarezza quali sono i presupposti ai quali è rimessa l'estinzione delle contravvenzioni in materia ambientale. Ciò che il legislatore non ha disciplinato espressamente è soltanto un aspetto di dettaglio relativo al *quantum* della somma pecuniaria che il contravventore è tenuto a pagare ex art. 318-*quater* D.Lgs. n. 152/2006. Inoltre, in assenza di ulteriori indicazioni legislative, la determinazione del criterio di ragguaglio non è affidata alla discrezionalità del giudice, trovando al contrario riferimento diretto nella clausola generale di cui all'art. 135 c.p., delineata dallo stesso legislatore «per qualsiasi effetto giuridico».

Ma anche nell'eventualità che dall'applicazione del criterio di conversione dettato dall'art. 135 c.p. possano derivare disorientamenti pratico-applicativi dovuti all'erosità degli indennizzi risultanti, con conseguente irragionevole disparità di trattamento, questa circostanza non legittimerebbe una interpretazione *contra legem* ed *in malam partem*. Al contrario, il modo corretto di procedere sarebbe, semmai, quello di sollevare questione di legittimità costituzionale, solo di tale limitato aspetto della nuova disciplina, per violazione del parametro di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.; una questione, tuttavia, che, in ragione del criterio della necessaria rilevanza della questione di costituzionalità, dovrebbe e potrebbe essere prospettata solo in caso di procedimento penale avente ad oggetto la contestazione di una contravvenzione "ambientale" punita con la sola pena dell'arresto.

Priva di qualunque valenza dirimente appare, inoltre, anche l'invocata motivazione, che fa richiamo alla prassi seguita dalle Procure della Repubblica circa la non applicazione della causa estintiva di cui agli artt. 318-*bis* ss. D.Lgs. n. 152/2006 alle contravvenzioni punite con la pena detentiva. Tale argomento è del tutto irrilevante, soprattutto se riferito ad un caso, come quello che qui rileva, rispetto al quale il dettato legislativo è chiaro quanto a presupposti applicativi. Di certo, comunque, non potrà mai essere una prassi applicativa fondata su di un'interpretazione *contra legem* ed *in malam partem* che potrà fungere da valido supporto argomentativo di quella medesima lettura interpretativa.



In terzo luogo, seppure è vero che il meccanismo di estinzione delle contravvenzioni c.d. “ambientali” è ispirato all’analoga procedura di cui agli artt. 20 ss. D.Lgs. n. 758/1994 in tema di sicurezza e igiene sul lavoro, è altrettanto vero che le due discipline mantengono una loro autonomia sistematica, come di recente acclarato anche dalla stessa Corte costituzionale. Secondo la Consulta, infatti, «pur essendo palese che il legislatore ha utilizzato per i reati ambientali una soluzione che ricalca il sistema già sperimentato in materia antinfortunistica, non è manifestamente irragionevole la previsione di una diversa [disciplina di dettaglio]. La differenza è riconducibile a scelte discrezionali del legislatore in relazione a beni diversi con conseguente non omogeneità del *tertium comparationis* espresso dall’art. 24 del d.lg. n. 758 del 1994»²⁵. Pertanto, se il legislatore del D.Lgs. n. 758/1994 ha espressamente limitato, all’art. 19, la causa di estinzione del reato alle sole contravvenzioni punite con l’ammenda sola o alternativa all’arresto, mentre nel testo dell’art. 318-*bis* del “Codice dell’ambiente” tale limitazione non appare, *a fortiori* un’interpretazione che punti ad equiparare le due normative darebbe spazio ad un’analogia *in malam partem*, in quanto tale vietata nel diritto penale.

Da ultimo, anche con riguardo all’argomentazione relativa all’art. 318-*septies* D.Lgs. n. 152/2006, privo di qualunque rilievo risulta il richiamato confronto con la diversa disciplina dell’oblazione di cui all’art. 162-*bis* c.p., atteso che, proprio perché si tratta di istituto diverso ed autonomo rispetto alla causa di estinzione prevista dalla normativa in materia ambientale, anche in questo caso ogni ipotetico raffronto non potrebbe mai legittimare un’interpretazione analogica *contra legem* ed *in malam partem*.

5. La diversa soluzione accolta in un caso giurisprudenziale.

Per quanto noto a chi scrive, sulla questione non risultano pubblicate specifiche pronunce giurisprudenziali.

Può allora essere di interesse dare conto di quanto emerso nel quadro di una concreta vicenda processuale, nell’ambito della quale il segnalato problema di estensione della procedura di sanatoria assumeva una specifica rilevanza, in quanto la contestazione era riferita alla contravvenzione di “attività di gestione di rifiuti non autorizzata” prevista dall’art. 256, comma 2, D. Lgs. n. 152/2006, ipotesi sanzionata con la pena dell’arresto e dell’ammenda.

Ancorché fosse stato oggettivamente accertato, che la violazione contestata non avesse determinato alcun concreto pericolo e che fossero stati successivamente sanati tutti i profili di rilevata

²⁵ Corte cost., sent. 9 aprile 2019, n.76, in *Giur. cost.*, 2019, 922 ss., con nota di G. AMARELLI, *Proporzionalità e tertium comparationis: la maggiore onerosità dell’oblazione tardiva ambientale rispetto a quella antinfortunistica non è irragionevole*.



irregolarità, in accordo con quanto indicato nella Circolare sopra illustrata gli enti accertatori non avevano ritenuto di dare corso alla procedura estintiva prevista dall'art. 318-*bis* D.Lgs. n. 152/2006.

La vicenda ha così fornito l'occasione per approfondire i dubbi interpretativi sopra illustrati. Nel caso di specie, peraltro, non si era ritenuto ostativo alla diretta applicazione della procedura estintiva il fatto che la vicenda si trovasse già in fase di giudizio dibattimentale. Trattandosi, infatti, di causa estintiva subordinata al mero accertamento degli indicati presupposti di legge (natura "contravvenzionale" dell'illecito contestato e assenza di "danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette"), non pareva esservi motivo per poter escludere che, anche in quel caso, potesse e dovesse trovare applicazione il più generale di cui all'art. 129 c.p.p., così come reso applicabile in fase dibattimentale dall'art. 531 c.p.p. Identica conclusione pare del resto avallata da uno specifico arresto giurisprudenziale, con il quale la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che: «la procedura estintiva delle contravvenzioni in materia ambientale prevista dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 318-*bis*, e s.s. è applicabile anche nel caso in cui, previo accertamento dell'assenza di danno o pericolo concreto di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette, l'autorità amministrativa di vigilanza competente non abbia impartito prescrizioni per regolarizzare la situazione di fatto che integra la contravvenzione accertata»; così, quindi, riconoscendo, che tale disciplina deve trovare applicazione anche nelle «ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto, precedentemente all'emanazione della prescrizione, all'adempimento degli obblighi di legge sanzionati»²⁶.

All'esito del vaglio dibattimentale, l'organo giudicante ha tuttavia escluso l'ammissibilità della procedura estintiva, aderendo alla soluzione interpretativa favorevole ad escludere dalla sfera di applicazione di quest'ultima tutte le contravvenzioni per le quali risulta prevista la sanzione detentiva, soluzione che si è ritenuto di poter evincere «da una valutazione complessiva della disciplina in questione, essendo necessario operare un approccio di tipo razionale e sistematico che consenta di dare alla norma un'interpretazione coerente con il quadro legislativo nel quale la stessa è incastonata»²⁷.

Le argomentazioni poste alla base di questa conclusione sono state bene illustrate e meritano di essere qui riportate con maggior dettaglio.

Si è così osservato che, «sotto il profilo testuale, la disciplina prevista dall'art. 318-*bis* deve essere letta in combinato disposto con quella di cui all'art. 318-*quater*, comma 2, che, ai fini degli effetti estintivi, parametrizza la sanzione amministrativa da irrogarsi al contravventore, in caso di positivo adempimento delle prescrizioni, alla sanzione pecuniaria prevista per la contravvenzione in contestazione». L'unica lettura coerente con questo dato letterale è, quindi, parsa «quella di ritenere la disciplina applicabile alle sole contravvenzioni del Codice dell'Ambiente punite con la pena della

26 Così Cass., sez. III, 18 aprile 2019, n. 36405.

27 Trib. Ferrara, sent. 13 novembre 2019, n. 1710, inedita.



sola ammenda oppure con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Opinando diversamente, in ipotesi di contravvenzioni punite con la sola pena detentiva dell'arresto, gli organi amministrativi sarebbero nell'impossibilità di determinare ed applicare l'ammenda, mentre, nel caso di pena congiunta, non è prevista la conversione della pena detentiva, sicché verrebbe indebitamente esclusa dal meccanismo una parte della sanzione».

Come già osservato, quest'ultimo argomento non è forse dirimente. Nel caso di specie si è tuttavia condiviso l'assunto secondo il quale «non si ritiene possa trovare applicazione il criterio di ragguglio di cui all'art. 135 c.p., non essendo lo stesso esplicitamente richiamato dalla norma e non potendosi ritenere che lo stesso possa operare in virtù della clausola generale “per qualsiasi effetto giuridico”, dovendo la stessa essere intesa con riferimento alla natura processuale e sostanziale della disposizione *de qua* (cfr. Cass., SSUU 13 dicembre 1995, n. 12310) e non ad una sua operatività generalizzata. In sintesi, l'art. 135 c.p. richiede, per poter operare, una espressa previsione legislativa (racchiusa nell'inciso “*Quando... si deve eseguire un ragguglio*”), che nel caso di specie non pare sussistente».

In aggiunta, si è ulteriormente osservato che, a favore della «esclusione delle contravvenzioni sanzionate con pena congiunta depone anche il rinvio fatto dall'art. 318-*septies*, comma 3 all'art. 162-*bis* c.p., relativo all'oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative, stabilendosi che, nel caso in cui vi sia l'adempimento in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma che comunque risulti congruo, ovvero vi sia comunque l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate, tali circostanze sono valutate ai fini dell'applicazione della procedura di oblazione ex art. 162-*bis* c.p.. Da ciò si deduce che l'ambito di applicazione della disciplina di cui agli articoli 318-*bis* e seguenti debba coincidere con quello dell'oblazione facoltativa (che non si applica alle contravvenzioni punite con la sola pena detentiva o con pena congiunta), giacché altrimenti il richiamo all'art. 162-*bis* c.p. sarebbe del tutto incoerente».

Questa conclusione è parsa «conforme anche all'interpretazione teologica della norma ed al principio di gradualità della pena, dovendosi ritenere che il legislatore abbia assoggettato al meccanismo riparatorio, che chiude le disposizioni in materia di reati ambientali, le violazioni minori, ovvero sia quelle che non hanno determinato danno o pericolo concreto e attuale e che hanno una pena contenuta nei limiti dell'ammenda, da sola o alternativa all'arresto. / Argomentando in senso contrario si andrebbe a sovvertire il sistema sanzionatorio penale che, vede una graduazione di sanzioni commisurata all'entità della lesione del bene protetto: infatti si finirebbe per sanzionare meno gravemente chi ha violato una disposizione punita con pena cumulativa rispetto a chi ha violato una disposizione punita con la sola pena detentiva oppure per applicare una sanzione amministrativa di eguale entità a chi, accedendo alle prescrizioni amministrative, abbia commesso un reato punito con pena congiunta e con pena alternativa (ad esempio colui che abbia effettuato l'attività di gestione non autorizzata di rifiuti, a prescindere dalla circostanza che questi siano non pericolosi o pericolosi)».



In modo difforme dall'opinione che si è innanzi illustrata, si è altresì ritenuto di poter escludere che questo esito interpretativo possa dirsi in contrasto con il principio di legalità e di tassatività. E questo perché, si è osservato, «nel caso di specie, l'operazione interpretativa criticata non giunge ad un illegittimo ampliamento di una fattispecie incriminatrice e quindi dell'area del penalmente illecito, ma ha la funzione di delimitare l'ambito di operatività della speciale procedura estintiva prevista dal T.U.A. Non viene pertanto indebitamente estesa la portata di una norma incriminatrice tramite un'attività ermeneutica che consenta al giudice di ingerirsi nella normazione penale, ma si opera una interpretazione sistematica e coerente di una speciale causa di estinzione del reato: ne deriva che i principi costituzionali richiamati non siano conferenti nel contrastare un'interpretazione di tipo sistematico e teologico che operi una valutazione complessiva della disciplina, consentendo di superare lo stretto tenore letterale dell'art. 318-*bis* per comprendere il concreto ambito di operatività di detta normativa».

In termini analoghi a quanto considerato anche in vari contributi, un diretto conforto a questa interpretazione restrittiva è stato colto anche nella lettura dei lavori preparatori e nel parallelismo più volte riscontrato con la disciplina prevista dalle disposizioni di cui agli artt. 20 e ss. D.Lgs. n. 758/94, poi richiamati dall'art. 301 D.Lgs. n. 81/2008 in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro.

Nel contempo si è altresì escluso, che questa soluzione implichi «un'indebita interpretazione analogica in *malam partem* (che, peraltro, anche in questo caso non è riferita ad una norma penale incriminatrice), ma solo un'argomentazione di tipo sistematico che consente di leggere la disciplina in questione in modo coerente ed armonico rispetto all'impianto legislativo ed allo spirito della riforma»²⁸.

6. Osservazioni conclusive. Il “primato della legge” è ancora una “inquietudine vetero-illuminista”?

Come è dato rilevare, argomenti e controargomenti si sviluppano così lungo un percorso di contrapposizione logico-giuridica, che appare difficile, se non impossibile, risolvere con dati di certezza. Validi motivi di ragionevolezza sono, quindi, sicuramente apprezzabili in entrambe le soluzioni.

Ma, sullo sfondo, rimane un dato inequivocabile. Ed è quello del testo di legge, che stabilisce un concetto chiarissimo, laddove all'art. 318-*bis* del “Codice dell'ambiente” stabilisce espressamente che: «*Le disposizioni della presente parte si applicano alle ipotesi contravvenzionali in materia*

²⁸ Ferma la mancata ammissione alla sanatoria ex art. 318-*bis* del Codice dell'ambiente, nel caso di specie la riconosciuta assenza di offensività della condotta giudicata ha comunque portato ad una assoluzione ex art. 131-*bis* c.p. per la “particolare tenuità del fatto”.



ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette».

Come deve essere inteso, allora, il “primato della legge”? Nell’ordinamento italiano la legge qualifica come “contravvenzioni” tutti i reati che prevedono la pena dell’arresto e/o quella della ammenda. Ed allora, la ragionevolezza delle argomentazioni che, selezionando con altro criterio la sfera degli illeciti contravvenzionali ammessi alla procedura di sanatoria, danno così supporto ad una tesi che modifica il testo di legge è sufficiente per correggere una ritenuta incapacità del legislatore di sapersi esprimere correttamente? Ma soprattutto, chi è deputato a proporre questa attività di correzione “legislativa”? È accettabile l’idea, che questo potere possa essere esercitato dagli uffici delle procure in accordo con gli enti territoriali competenti per i controlli ambientali? È ammissibile, che la prassi così già consolidata possa essere intesa quale criterio argomentativo utile per la correzione del testo di legge? Ma soprattutto, è sufficiente la ritenuta maggiore “ragionevolezza” degli esiti interpretativi per ammettere una soluzione che, a parità di condizioni oggettive (“assenza di danno o di pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette”), preclude il ricorso ad una sanatoria che il legislatore non ha formalmente precluso?

L’avallo interpretativo, pur ben motivato, così offerto da un organo giudicante concorre sicuramente ad attribuire una patente di maggiore accettabilità (e di futura “prevedibilità”) a questo percorso di correzione normativa. Ma qual è il limite entro il quale possa dirsi compito del giudice correggere le parole della legge? Un limite certamente condiviso ed accettato è quello che lascia spazio solo ad una interpretazione correttiva “costituzionalmente conforme”. Ma può dirsi conforme a Costituzione una correzione interpretativa che, in contrasto con l’espresso dettato di legge, riduca gli spazi di applicabilità di una procedura con effetti estintivi della punibilità? È più “conforme a Costituzione” prevenire possibili effetti di irrazionalità sanzionatoria connessi ad una forse non attentamente meditata applicazione del criterio di ragguaglio tra pene detentive e pecuniarie di cui all’art. 135 c.p., o negare *tout court* il beneficio estintivo a chi ha commesso una violazione che, al di là di una astratta maggiore gravità della sanzione edittale, di fatto non ha cagionato alcun danno o pericolo concreto al bene tutelato?

Certo, come si è visto essere stato osservato, in questi casi potrebbe anche non configurarsi una formale violazione del principio di legalità, in quanto non si amplia la sfera della punibilità. Ma rimane comunque soluzione più sfavorevole, e quindi *in malam partem*, che è subordinata al rispetto di altri principi costituzionali: *in primis*, con riguardo al principio di uguaglianza, nelle sue declinazioni in termini di “ragionevolezza” e di “proporzionalità”; ma, nel contempo, anche al principio di determinatezza della legge penale, a sua volta visto oggi anche nella prospettiva convenzionale di “prevedibilità” della risposta giudiziale.

Bene, in tutti questi casi di “correzione” interpretativa *in malam partem*, ci piace ancora credere, che la competenza a decidere sulla conformità a Costituzione della soluzione proposta spetti solo al



“Giudice della legge” e quindi alla Corte costituzionale, che già ha riconosciuto le condizioni per prendere posizione anche su questioni con esiti potenzialmente più sfavorevoli²⁹. Al di là, quindi, della ritenuta maggiore “ragionevolezza” delle conclusioni proposte e/o della loro più condivisa “plausibilità” e/o “conformità” alla *voluntas legislatoris*, ci piace ancora credere che, in tutti questi casi di asserita incapacità del legislatore di esprimersi con un uso corretto dei concetti normativi, la risposta ultima debba essere affidata a chi, secondo la Costituzione, è istituzionalmente deputato ad effettuare questo controllo di “ragionevolezza”³⁰.

Il divieto di deroghe al principio del giudice “naturale preconstituito” vale certamente per il giudizio sulle persone, ma rimane regola di apprezzata garanzia anche quando il giudizio verte sulla legge e sul rispetto dei principi costituzionali.

Forse, anche in questo caso, si tratta solo di considerazioni che possono essere intese quali «inquietudini circoscritte a quattro gatti garantisti, pigramente adagiati sul consunto sofà vetero-illuminista»³¹. Ma provare, ogni tanto, a riproporle non è certamente un male per la tenuta di un sistema che, comunque sia, rimane fondato sul principio di legalità.

29 Il riferimento è soprattutto a Corte cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148, in *Foro it.*, 1983, I, 1800 ss., con nota di D. PULITANÒ, *La “non punibilità” di fronte alla Corte costituzionale*, e a Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 321 ss., con nota di G. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*.

30 Di recente, alla Consulta è stata giustamente rimessa la valutazione sulla legittimità costituzionale di altri aspetti di più esplicita limitazione dell’ambito di applicabilità della nuova procedura di sanatoria della contravvenzioni ambientali: nella specie si trattava del limite riferito alla applicabilità di questa sanatoria nei soli procedimenti ancora in fase di indagine preliminare alla data di entrata in vigore della riforma, limite che la Corte costituzionale non ha però ritenuto di poter sindacare, in quanto giudicato riconducibile ad uno spazio di discrezionalità legislativa, che non si ritiene valutabile al di fuori dei casi di manifesta violazione proprio del principio di “ragionevolezza”: v. Corte cost., sent. 13 novembre 2020, n. 238, in relazione alla quale si v. il commento di D. FRANZIN, *La procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali al vaglio della Corte costituzionale: limiti e ragionevolezza della deroga del principio della retroattività della lex mitior*, in *Lexambiente Riv. Trim.*, 2020, 4, 91 ss.

31 G. INSOLERA, *Qualche riflessione*, cit., 297.



VI È SPAZIO PER UNA PENA PRESCRITTIVA-REINTEGRATORIA IN MATERIA AMBIENTALE?

IS THERE SPACE FOR A PRESCRIPTIVE-REINTEGRATORY PENALTY IN THE ENVIRONMENTAL MATTER?

di **Massimiliano DOVA**

Abstract. Prendendo spunto dai dati che emergono da una recente ricerca empirica sulla prassi applicativa dei reati ambientali presso il Tribunale di Milano, che sembra mettere in evidenza il profondo vuoto di effettività del sistema penale, il contributo analizza i possibili spazi applicativi, in questo ambito, di un'autonoma tipologia di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio. Forme di condotta reintegratoria di tipo patrimoniale o simbolico (ad es. lavoro di pubblica utilità) trovano già riconoscimento nel diritto penale ambientale sotto le più diverse qualificazioni normative (ad es. sanzioni accessorie; condizioni di accesso a meccanismi di *probation* o *diversion*; cause di non punibilità). Si tratta tuttavia di ipotesi che sono fatalmente percepite come una rinuncia all'esercizio del potere punitivo. L'introduzione di una pena prescrittiva-reintegratoria consentirebbe, invece, non solo di superare questo equivoco, ma di dare altresì rilievo a un modello di risposta al reato che pare particolarmente razionale rispetto agli scopi di prevenzione e tutela.

Abstract. Taking its cue from the data of an empirical research on environmental crimes at the Court of Milan, which seems to highlight the profound vacuum of effectiveness of the criminal system, the contribution analyzes possible areas of application of prescriptive sanctions with reintegration content. Forms of patrimonial or symbolic reintegration (e.g. community service) have already been recognized in environmental criminal law. However, these forms of reintegration are fatally perceived as a renunciation of punishment. But instead, prescriptive sanctions would overcome this misunderstanding and highlight a model of response to the crime that seems to achieve prevention purposes.

Parole chiave: pena, reintegrazione, prescrizioni, prevenzione.

Key words: criminal sanctions, reintegration, prescriptions, prevention.



SOMMARIO: 1. I limiti della strategia politico-criminale in materia ambientale – 2. La rilevanza della condotta reintegratoria in materia ambientale e paesaggistica. – 3. Un nuovo modo di concepire le varie forme di condotta reintegratoria.

1. I limiti della strategia politico-criminale in materia ambientale

È fin troppo nota la strategia di politica criminale adottata nella tutela dell'ambiente, per doverla ricostruire in dettaglio. Qualche aspetto merita, tuttavia, di essere messo in rilievo perché costituisce un'utile premessa dalla quale muovere l'analisi.

Non solo l'originario modello contravvenzionale previsto dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ma soprattutto il nuovo diritto penale dell'ambiente disciplinato dal Titolo VI *bis* del Codice hanno un comune tratto distintivo. Sia pure secondo livelli di rigore diametralmente opposti, in entrambi i casi le finalità di prevenzione generale e speciale vengono, quanto meno sul piano della comminatoria di pena, perseguite quasi esclusivamente attraverso la minaccia della pena detentiva. Quest'ultima è talvolta affiancata, in modo casuale, dalla pena pecuniaria: una risposta che talvolta funge da livello punitivo aggiuntivo; in altri casi rappresenta un'opzione sulla quale non si è disposti a investire in forma autonoma. Questo modello di risposta al reato prevalentemente incentrato sulla privazione della libertà sembra apparentemente privo di alternative. E ciò non solo sulla carta, ma persino nel modo di concepire la risposta al reato: la rinuncia, in concreto, alla pena detentiva, per reagire in modo diverso all'illecito penale, viene fatalmente percepita come una completa abdicazione dello Stato al proprio potere punitivo.

Per cogliere appieno i risultati di questa strategia di politica criminale occorre gettare uno sguardo sulla prassi. Mentre i nuovi ecodelitti, pur essendo ormai trascorsi sei anni dalla loro introduzione, hanno finora trovato applicazione in un numero estremamente circoscritto di procedimenti, le contravvenzioni ambientali hanno un ruolo estremamente vitale¹. La ricca giurisprudenza di merito sulle contravvenzioni ambientali segnala, tuttavia, un profondo vuoto di effettività. A prescindere dalla tutt'altro che infrequente decorso della prescrizione prima ancora della sentenza di primo grado, nella stragrande maggioranza dei casi la pena inflitta corrisponde a pochi mesi di arresto (raramente superiore a un anno) e vi è un ampio ricorso alla sospensione condizionale (nel 60% dei casi nella prassi milanese), senza che quest'ultima sia subordinata all'adempimento di obblighi di riparazione. Si tratta di pene detentive brevi che, in ragione dei meccanismi che regolano

¹ A fronte di 6 procedimenti pendenti per i delitti ambientali presso il Tribunale di Milano, nel triennio 2015-18 sono state depositate 188 sentenze per i reati previsti dal t.u. dell'ambiente. È quanto emerge da una recente ricerca empirica: C. SANTORO, C. AZZALIN, *Le sentenze in materia di reati ambientali presso il Tribunale di Milano nel triennio 2015-2017: risultati e prospettive*, in questa *Rivista*, 4, 2018, p. 28.



l'esecuzione della pena, non verranno eseguite. Per altro verso le pene pecuniarie (in gran parte non eseguite) sono del tutto irrisorie, specialmente se si tiene in considerazione che questi reati vengono commessi nell'ambito dell'attività d'impresa. A ciò si aggiunga che anche la responsabilità degli enti viene contestata solo in casi eccezionali².

Ma vi è un aspetto che si intende sottolineare: gli obblighi di bonifica e ripristino, che assumono significati eterogeni nella disciplina del t.u.a., sembrano trovare applicazione marginale. Sebbene tali obblighi abbiano un'importanza fondamentale per la tutela (anche solo a posteriori) dell'ambiente, si preferisce ribadire la scelta tradizionale sia sulla carta, che nella prassi: minacciare e applicare (spesso senza conseguenze) la privazione della libertà, anziché perseguire, come obiettivo principale, la reintegrazione (anche solo simbolica) degli interessi protetti.

2. La rilevanza della condotta reintegratoria in materia ambientale e paesaggistica.

Il diritto penale dell'ambiente disciplinato dal d.lgs. 152/2006, che come anticipato è ancora il protagonista indiscusso nella prassi, si caratterizza per la micro-lesività seriale delle aggressioni. Tra l'accumulo degli effetti delle condotte reiterate e l'effettiva lesione degli interessi in gioco vi è un distacco temporale che lascia ampi margini di operatività a forme di contro-azione rispetto al fatto incriminato, che possono assumere un ruolo significativo, poiché hanno lo scopo di elidere gli effetti dell'inquinamento, salvaguardando così *in extremis* le matrici ambientali e, conseguentemente, la salute umana.

Nel settore ambientale condotta reintegratoria assume tre forme che, pur avendo connotazioni parzialmente differenti, sembrano rientrare in un insieme unitario. Messa in sicurezza, bonifica e ripristino (talvolta si usa il termine omnicomprensivo di recupero³, come nel caso di cui all'art. 452-*duodecies* c.p.), così come definiti dall'art. 240 TUA, sembrano collocarsi in un'ideale progressione logica e temporale che va dalla graduale eliminazione dei fattori di rischio fino alla restituzione del luogo alla sua originaria fruibilità.

La messa in sicurezza costituisce la prima possibile macro-categoria che comprende tipologie diverse e graduali d'azione reintegratoria: si passa da interventi di tipo emergenziale (*lett. m*), in caso di eventi di contaminazione repentini, a interventi operativi (*lett. n*), fino ad arrivare a interventi

2 Cfr. C. SANTORO, C. AZZALIN, *op. cit.*, p. 33 ss.

3 Così andrebbe inteso il lemma secondo Corte di cassazione, Ufficio del massimario, settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, Rel. n. III/04/2015, 29 maggio 2015, in www.cortedicassazione.it, p. 31: «una lettura coerente con l'intero impianto della normativa dovrebbe condurre ad una interpretazione omnicomprensiva del lemma, che porti ad includervi ogni attività materiale e giuridica necessaria per il "recupero" dell'ambiente inquinato o distrutto, e dunque anche e soprattutto la bonifica del sito da ogni particella inquinata e da ogni agente inquinante».



permanenti (*lett. o*), che consentono di «isolare in modo definitivo le fonti inquinanti rispetto alle matrici ambientali circostanti e a garantire un elevato e definitivo livello di sicurezza per le persone e l'ambiente».

In un momento cronologicamente successivo rispetto alla messa in sicurezza, si inserisce la bonifica (*lett. p*), la quale consente di «eliminare le fonti di inquinamento e le sostanze inquinanti o [di] ridurre le concentrazioni delle stesse presenti nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee ad un livello uguale o inferiore ai valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)».

Infine, il ripristino (*lett. q*) consiste in «interventi di riqualificazione ambientale e paesaggistica, anche costituenti complemento degli interventi di bonifica e messa in sicurezza permanente, che consentono di recuperare il sito alla effettiva e definitiva fruibilità per la destinazione d'uso conforme agli strumenti urbanistici».

Estremamente ampia, omnicomprensiva e, per certi aspetti, indefinita è la definizione di ripristino di cui all'art. 302, c. 9 TUA. Quest'ultima disposizione stabilisce che con tale termine si intende: «nel caso delle acque, delle specie e degli habitat protetti, il ritorno delle risorse naturali o dei servizi danneggiati alle condizioni originarie; nel caso di danno al terreno, l'eliminazione di qualsiasi rischio di effetti nocivi per la salute umana e per la integrità ambientale. In ogni caso il ripristino deve consistere nella riqualificazione del sito e del suo ecosistema, mediante qualsiasi azione o combinazione di azioni, comprese le misure di attenuazione o provvisorie, dirette a riparare, risanare o, qualora sia ritenuto ammissibile dall'autorità competente, sostituire risorse naturali o servizi naturali danneggiati».

Per dare concreta attuazione a queste tipologie di condotta reintegratoria, il legislatore ha costruito un complesso e poco coordinato sistema che, sia pure in via subordinata rispetto alla pena detentiva, è volto a darerisposta al reato in modo più razionale rispetto all'obiettivo di tutela.

In materia ambientale (ma anche in quella edilizia o paesaggistica), la condotta reintegratoria, in linea con l'indicazione di principio eurounitaria di cui all'art. 191 TUE («chi inquina paga»), assume significati diversi: in molti casi la bonifica o il ripristino dello stato dei luoghi costituiscono una sanzione accessoria (artt. 452-duodecies c.p.; 256, c. 3, 256-bis, c. 5, 260, c. 4 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; art. 181, c. 2 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; art. 31, c. 9 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380); in altre ipotesi tali condotte consentono un'attenuazione del trattamento sanzionatorio (artt. 140 d.lgs. 152/2006 e 452-decies c.p.); in altri casi ancora i comportamenti reintegratori costituiscono (almeno formalmente) una causa di non punibilità sopravvenuta (art. 257, c. 4 d.lgs. 152/06 e 181, c. 1-quinquies d.lgs. 42/2004), oppure individuano, sulla falsariga dell'art. 165 c.p., una condizione alla quale il giudice può subordinare l'accesso alla sospensione condizionale della pena (artt. 139; 255, c. 3; 257, c. 3; 260, c. 4 d.lgs. 152/2006); analogamente l'applicazione della pena su richiesta delle parti art. 444 c.p.p. è subordinato all'adempimento della prescrizione reintegratoria.



In questo catalogo si inseriscono il meccanismo generale dell'oblazione (art. 162-bis c.p.) e il modello in giunzionale in materia ambientale (artt. 318-bis ss. d.lgs. 152/2006), che si risolvono tuttavia nella prassi in una pura monetizzazione del reato. A prevalere sono esigenze di economia processuale, anziché obiettivi di reintegrazione degli interessi in gioco.

A ciò si aggiunga che, in materia ambientale, vi è uno schema punitivo che risulta insolito quanto interessante: sia nell'originaria ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 257 d.lgs. 152/2006, sia nel nuovo delitto di cui all'art. 452-terdecies c.p., ad essere incriminata è la stessa inottemperanza alla prescrizione reintegratoria⁴. Si tratta di un modello in base al quale la minaccia di pena detentiva subentra, come strumento di garanzia esecutiva, in caso di inosservanza della prescrizione reintegratoria⁵.

A prescindere dai complessi e problematici rapporti tra la fattispecie contravvenzionale extracodicistica (257, c. 1 d.lgs. 152/2006) e quella delittuosa in tema di bonifica (art. 452-terdecies c.p.), la condotta reintegratoria assume un ruolo ulteriore: il quarto comma dell'art. 257 TUA stabilisce che l'osservanza del progetto di bonifica approvato ai sensi degli articoli 242 e seguenti TUA costituisce condizione di non punibilità per le contravvenzioni ambientali che incriminano l'inquinamento.

Al contrario, l'art. 452-decies c.p. prevede, in relazione ai delitti ambientali, un'attenuante a effetto speciale (riduzione dalla metà a due terzi) per «colui che si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi». Trascurando la prima variante che prevede un'interruzione della condotta lesiva più simile al ravvedimento operoso previsto in tema di delitto tentato, la seconda ipotesi contempla un'ipotesi di reintegrazione che richiede un'azione antagonista da parte del reo⁶. Discostandosi dal recesso attivo di cui all'art. 56, c. 4 c.p., il cui presupposto è che il reo si adoperi volontariamente per impedire l'evento⁷, l'art. 452-decies c.p. utilizza lo schema tipico della condotta *post factum*: un'azione reintegratoria (in forma specifica) rispetto al fatto commesso che si differenzia anche dal modello risarcitorio dell'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6 c.p.

A ciò si aggiunga che, secondo quanto stabilito dall'art. 452-undecies c.p., la reintegrazione consente altresì l'esclusione della confisca.

Vi è poi un'evidente incongruenza nella disciplina introdotta dal legislatore del 2015: mentre la contravvenzione di cui all'art. 257 TUA rientra tra i reati presupposto per la responsabilità degli enti

4 Sul punto C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 27 ss. e p. 273 ss.

5 F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzione*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 222.

6 Sul punto G. AMARELLI, *Art. 452-decies*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2149 ss.

7 Corte di cassazione, Ufficio del massimario, *op. cit.*, p. 27.



(art. 25-*undecies* d.lgs. 231/01)⁸, il nuovo delitto di omessa bonifica è stato irragionevolmente omesso, impoverendo così la già scarsa effettività sia della responsabilità degli enti, sia della condotta reintegratoria, quando l'inquinamento sia stato causato, come accade di frequente, nell'ambito di un'attività d'impresa.

Oltre che in materia ambientale, la condotta reintegratoria opera anche in relazione alla tutela del paesaggio.

Un analogo modello che restituisce centralità alla condotta reintegratoria è previsto dall'art. 181 d.lgs. 42/2004 che incrimina l'esecuzione di opere in assenza di autorizzazione o in difformità da essa. Costruito come causa di non punibilità sopravvenuta, l'art. 181, c. 1-*quinqüies* d.lgs. 42/2004 stabilisce che «La rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa, e comunque prima che intervenga la condanna, estingue il reato di cui al comma 1», consistente nell'esecuzione di lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici, «senza la prescritta autorizzazione o in difformità della stessa».

La condotta reintegratoria prevista in materia paesaggistica, il cui ambito applicativo è stato recentemente ampliato dalla Corte costituzionale⁹, sembra essere funzionale alla *ratio* di tutela. Una tutela a posteriori che, per coerenza, dovrebbe essere legislativamente estesa anche ai reati in materia edilizia, per i quali opera, invece, la sola causa estintiva derivante dal rilascio in sanatoria del permesso a costruire di cui all'art. 45, c. 3 d.p.r. 380/01¹⁰.

8 Per un'analisi critica sulla possibile estensione della causa di non punibilità sopravvenuta di cui all'art. 257, c. 4 TUA agli enti cfr. C. RUGA RIVA, *Reato di omessa bonifica e D. Lgs. n. 231/2001: la bonifica giova (anche) all'ente?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, p. 412; sul punto v. anche A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono". Criticità e prospettive della riparazione delle offese a un bene giuridico collettivo*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2014, p. 27 ss.

9 Cfr. Corte cost., 11 gennaio - 23 marzo 2016, n. 56. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 181, comma 1-bis, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nella parte in cui prevede che l'esecuzione di lavori di qualsiasi genere, senza la prescritta autorizzazione o in difformità della stessa, su beni paesaggistici dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento, rientri nella più grave ipotesi delittuosa, indipendentemente dal fatto che vi sia stato un superamento dei limiti volumetrici. E ciò in ragione dell'irragionevole disparità di trattamento derivante dalla scelta del legislatore di sottoporre alla più lieve contravvenzione analoghi lavori che siano stati effettuati su beni paesaggistici sottoposti a vincolo *ex lege*, senza che siano state oltrepassate le soglie volumetriche indicate dallo stesso art. 181 d.lgs. 42/2004. Sul punto v. C. RUGA RIVA, *La Corte costituzionale riscrive il delitto paesaggistico: "rime obbligate" o possibili dissonanze?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 876 ss.

10 Cfr. Cass., 6 maggio 2014, n. 37168, CED 259943, la quale ha chiarito che «la demolizione dell'opera abusivamente edificata non produce l'effetto estintivo del reato urbanistico di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, non essendo applicabile analogicamente la disciplina dettata in materia di reati paesaggistici dall'art. 181, comma primo-*quinqüies*, del D.Lgs. n. 42 del 2004, la quale ha una funzione premiale, diretta ad incentivare il recupero degli illeciti minori e a far riacquistare alla zona vincolata il suo originario pregio estetico»; nello stesso senso Cass., 21 gennaio 2013, n. 10245, CED 254430, secondo la quale «la rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici, pur se accompagnata dalla successiva demolizione del manufatto abusivo, non estingue il reato edilizio ma, esclusivamente, la contravvenzione paesaggistica prevista dal D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181, comma 1, (tra le altre, Sez. 3, n.



L'incentivazione di meccanismi di ripristino del bene giuridico sembra rafforzare la tutela apprestata dall'ordinamento, anziché indebolirla. E ciò non solo sul piano della prevenzione generale positiva, poiché l'assunzione attiva di un obbligo di reintegrazione non fa che riaffermare il valore del precetto, ma anche rispetto a una prevenzione generale negativa, perché l'astratta minaccia sanzionatoria si traduce, in concreto, in meccanismi sospensivi vuoti di contenuti. Semmai l'aspetto problematico più delicato consiste nell'individuazione di strumenti in grado di incentivare, attraverso un'adeguata contropinta motivazionale, oppure di rendere coercibile la condotta reintegratoria.

A tal riguardo, il nuovo delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p., pur essendo stato inserito nel nuovo titolo IV-*bis* dedicato ai delitti contro l'ambiente, sembra incriminare anche l'inosservanza dell'ordine di ripristino previsto in materia paesaggistica dall'art. 181. c. 2 d.lgs. 42/2004, il quale dispone che «con la sentenza di condanna viene ordinata la rimessione in pristino dello stato dei luoghi a spese del condannato».

Vi è poi un ulteriore strumento di pressione per imporre la risposta (bonifica o ripristino) che sembra più idonea a tutelare gli interessi coinvolti (paesaggio, ambiente e salute): la possibilità di disporre, in caso di commissione di reati in materia ambientale e paesaggistica, la confisca ai sensi dell'art. 240 c.p. o dell'art. 452-*undecies* c.p.

In questo panorama frastagliato della rilevanza attribuita alla condotta reintegratoria in materia ambientale, si sottolinea l'importanza di un istituto di portata generale che trova tuttavia spazi applicativi (sia pure limitati) nell'ambito qui analizzato. Si tratta della sospensione con messa alla prova. Particolarmente significativo è il connubio tra prescrizioni di natura reintegratorio-patrimoniale, come l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e il risarcimento del danno, e il lavoro di pubblica utilità, che è una forma di reintegrazione simbolica sorretta da finalità sanzionatorio-risocializzative.

3. Un nuovo modo di concepire le varie forme di condotta reintegratoria.

Su tali forme di reintegrazione (anche simbolica), che garantiscono una salvaguardia a posteriori dei beni tutelati, si può cercare di svolgere una riflessione più ampia sulla loro natura.

25026 del 12/05/2011, Stefano, Rv. 250675; Sez. 3, n. 19317 del 27/04/2011, P.G. in proc. Medici e altro, Rv. 250341; sez. 3 n. 17535 del 07/05/2010, Medina, Rv. 247167; sez. 3, n. 17078 del 18/05/2006, n. 17078, Vigo, Rv. 234323)». Sull'estensione dell'ambito applicativo della causa di non punibilità sopravvenuta di cui all'art. 181, c. 1-*quinquies* d.lgs. 42/04, la Corte costituzionale (ord. 439/2007) ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata, per violazione dell'art. 3 Cost., con riferimento ai reati in materia edilizia. Sul punto v. A. PECCIOLI, *Le cause di estinzione dei reati urbanistici ed edilizi*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, cit., p. 451 ss.



A ben vedere non si tratta propriamente di forme di premialità, poiché, come è stato lucidamente messo in rilievo, «la vera 'sanzione' che l'ordinamento ha interesse ad irrogare ed a vedere eseguita in concreto, in simili ipotesi, [è] precisamente l'obbligo di riparazione»¹¹.

In tal senso la condotta reintegratoria non è solo in grado di far apprezzare, in modo positivo, all'autore del fatto il significato fondamentale del bene leso o messo in pericolo, ma consente di perseguire al meglio le finalità della pena. Sul piano general-preventivo, si impone un impegno oneroso al reo, che è funzionale alla riaffermazione simbolica del valore salvaguardato dalla fattispecie. Sul piano special-preventivo, vi è un'assunzione di responsabilità da parte del reo in relazione all'offesa arrecata che permette di riannodare il vincolo solidaristico (art. 2 Cost.) che sta alla base della convivenza civile¹². Tutti scopi che, invece, rimangono ad una distanza siderale quando viene inflitta una pena detentiva o pecuniaria.

Pare opportuno liberare la risposta sanzionatoria più ragionevole, ossia l'obbligo di bonifica o ripristino e lavoro di pubblica utilità, dalla sua consueta e fuorviante classificazione come forma di abdicazione delle potestà punitiva.

Sia le forme di reintegrazione più marcatamente patrimoniali (bonifica e ripristino), sia quella più simbolica (lavoro di pubblica utilità) più che costituire le condizioni alla quale è subordinata la concessione della "carota" (la non punibilità o attenuazione di pena) per evitare "il bastone" (l'inflizione di pene anche severe), assumono in realtà i contorni di una risposta punitiva più effettiva sul piano della tutela, sia pure a posteriori, del bene giuridico.

Che la condotta reintegratoria abbia una valenza sanzionatoria¹³ è confermato da un consistente orientamento della stessa giurisprudenza della Corte di cassazione sul reato di cui all'art. 181 d.lgs. 42/2004, quando quest'ultima è chiamata a vagliare la legittimità dell'obbligo di ripristino al quale

11 Così L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori nel diritto penale ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999, p. 615.

12 In tal senso anche L. BISORI, *op. cit.*, p. 616, il quale peraltro auspica il ricorso a pene private: «sarebbe sufficiente prevedere una sola volta la pena della riparazione (da sola o congiunta ad altre pene, è questione impregiudicata) come sanzione tipica per il fatto inquinatorio, ed eventualmente disporre, per il caso di inadempimento, adeguati meccanismi di conversione in altre pene – più afflittive ed eseguibili – che fungano da norme di chiusura del sistema». Qualche riserva sul ricorso a sanzioni ripristinatorie è espressa da F. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *op. cit.*, p. 545 ss.: «è chiaro che questa tendenza legislativa produce una attenuazione della componente tanto retributiva quanto rieducativa della pena in una più generale prospettiva che potrebbe dirsi di progressiva 'privatizzazione' della sanzione criminale» (p. 549 s.); lo stesso A. rileva che «circoscrivere la tutela penale dell'ambiente alle sole fattispecie 'ingiunzionali' significherebbe di molto indebolirla, rendendola esclusivamente 'successiva' e rinunciando dunque totalmente alle virtualità preventive e dissuasive del diritto penale» (p. 569); sulla valenza special-preventiva della condotta reintegratoria (bonifica) v. P. SEVERINODI BENEDETTO, *I profili penali relativi alla bonifica di siti inquinati*, in *Ambiente*, 2000, p. 418; D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152. Norme in materia ambientale*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 367, il quale sottolinea che «nulla meglio dello sforzo ripristinatorio richiesto al reo è in grado di esplicitare, al contempo, una funzione profondamente rieducativa».

13 Sul punto, ampiamente, cfr. A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 37.



può essere subordinata la sospensione condizionale della pena¹⁴. In questi casi il ripristino rimane, tuttavia, in sospenso in una sorta di incerto limbo classificatorio, nel quale assume talvolta natura di sanzione sostanzialmente penale¹⁵ e talaltra natura di sanzione con funzione ripristinatoria¹⁶.

Il carattere chiaramente punitivo della condotta reintegratoria, che assume natura multifunzionale, sembra riemergere ogniqualvolta bonifica e ripristino costituiscono una pena accessoria.

Significato sanzionatorio che viene, al contrario, negato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all'ordine di demolizione in materia edilizia (art. 31, c. 9 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380). Sostenuta da comprensibili ragioni di effettività, l'esclusione della natura punitiva di tale obbligo funge da grimaldello per sfondare qualsiasi argine garantistico (non solo della materia penale): definito come una sanzione accessoria di natura oggettivamente amministrativa avente carattere ripristinatorio, l'ordine di demolizione, oltre a non potersi estinguere per morte del reo¹⁷, è sottratto alla disciplina della prescrizione del reato, della pena e delle sanzioni amministrative¹⁸ e grava «sul

14 Di recente Cass. 21 ottobre 2014, n. 48984, CED 261164.

15 Cass. 14 giugno 2002, n. 29667, CED 222115. Secondo la Corte l'ordine di ripristino, al quale può essere subordinata la sospensione condizionale della pena, «non ha natura di sanzione amministrativa né di pena accessoria ma è assimilabile a una vera e propria sanzione penale».

16 In questo senso Cass., 28 aprile 2005, n. 33289, CED 232180; Cass. 28 maggio 2004, CED 229612.

17 Cass., 18 gennaio 2010, n. 3861, CED 249317, secondo la quale, quindi, «L'ordine di demolizione del manufatto abusivo, disposto con la sentenza di condanna per reato edilizio, non è estinto dalla morte del reo sopravvenuta alla irrevocabilità della sentenza, non avendo natura penale ma di sanzione amministrativa accessoria». Di recente, anche per il quadro analitico della giurisprudenza di legittimità sull'ordine di demolizione, v. Cass., 20 gennaio 2016, n. 9949, in *www.iusexplorer.it*, la quale ha ribadito che «la demolizione del manufatto abusivo, anche se disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, qualora non sia stata altrimenti eseguita, ha natura di sanzione amministrativa, che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio, non ha finalità punitive ed ha carattere reale, producendo effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso. Per tali sue caratteristiche la demolizione non può ritenersi una pena nel senso individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU e non è soggetta alla prescrizione stabilita dall'art. 173 c.p.».

18 Così Cass., 7 luglio 2015, n. 36387, CED 264736, secondo la quale «In materia di reati concernenti le violazioni edilizie, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, avendo natura di sanzione amministrativa di carattere ripristinatorio, non è soggetto alla prescrizione stabilita dall'art. 173 cod. pen. per le sanzioni penali, né alla prescrizione stabilita dall'art. 28 legge n. 689 del 1981 che riguarda unicamente le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva»; Cass., 23 marzo 2011, n. 18533, CED 250291, secondo la quale «L'ordine di demolizione del manufatto abusivo (art. 31, comma nono, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) resta eseguibile, qualora sia stato impartito con la sentenza di applicazione della pena su richiesta, anche nel caso di estinzione del reato conseguente al decorso del termine di cui all'art. 445, comma secondo, cod. proc. pen. (In motivazione la Corte ha, altresì, escluso l'applicazione sia dell'art. 2946 cod. civ., riguardante la prescrizione dei diritti e non delle sanzioni amministrative, sia dell'art. 28, legge 24 novembre 1981, n. 689, applicabile alle sanzioni amministrative aventi ad oggetto somme di denaro)»; nello stesso senso Cass., 18 febbraio 2003, n. 16537, CED 227176, secondo la quale «L'ordine di demolizione del manufatto abusivo, impartito dal giudice con la sentenza di condanna per reati concernenti l'edilizia e l'urbanistica, non è soggetto alla prescrizione quinquennale stabilita per le sanzioni amministrative dall'art. 28 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto detta prescrizione riguarda le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva, mentre la fattispecie in questione configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio».



soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso»¹⁹.

Tra le varie ipotesi già menzionate vi è, altresì, il nuovo art. 452-*duodecies* c.p., il quale impone, in caso di condanna (anche *ex art.* 444 c.p.p.) per uno dei nuovi delitti ambientali, «il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi».

Qui la condotta controffensiva, aggiungendosi alla pena edittale, rischia però di rimanere inattuata. Vero è che il delitto di omessa bonifica di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. incrimina, più severamente della fattispecie generale di cui all'art. 389 c.p., l'inosservanza dell'ordine giudiziale di bonifica-pena accessoria. Ciò non di meno, l'inflizione delle draconiane risposte punitive carcerarie previste dall'intero Titolo IV-*bis* c.p. rischia di obliterare, attraverso la repressione, lo strenuo obiettivo reintegratorio-risocializzante.

Nei vari casi menzionati, non è il significato della medesima condotta reintegratoria a mutare. In realtà, ad essere diversi sono i meccanismi attraverso i quali l'ordinamento cerca di stimolare o imporre la risposta sanzionatoria più razionale, ossia la reintegrazione post-fatto da parte del reo per la messa in sicurezza, la bonifica e/o il ripristino del luogo.

Un dato sembra certo: al netto del volto severo mostrato dai nuovi delitti ambientali, il modello di condotta reintegratoria qui analizzato costituisce un punto di riferimento valido per altri settori dell'ordinamento penale.

Vale, infine, la pena riflettere sul rilievo che la condotta reintegratoria "in veste punitiva" può assumere a seconda della tipologia e gravità delle fattispecie incriminatrici.

A differenza del lavoro di pubblica utilità, che sembra avere caratteristiche in grado di adattarsi ad un più ampio catalogo di fattispecie incriminatrici, l'efficacia degli obblighi di ripristino e bonifica sembra essere strettamente legata alla struttura dei divieti: il modello reintegratorio-patrimoniale sembra poter efficacemente funzionare per rispondere alla serialità (micro)lesiva o, comunque, dinanzi all'anticipazione della tutela alla soglia del pericolo. Dinanzi a reati d'evento di maggiore gravità, come alcuni di quelli previsti dal nuovo Titolo IV-*bis* c.p., le varie tipologie di condotta reintegratoria (sia patrimoniale che simbolica) sono coerenti con una tutela *in extremis* del bene e può costituire il vero obiettivo coltivato dall'ordinamento, anche se in questi casi si fa più evidente un deficit sul piano general-preventivo, che potrebbe essere colmato attraverso una risposta punitiva più articolata. Una volta fallito il messaggio preventivo-intimidativo, il rimedio non può, tuttavia, limitarsi (come accade oggi) all'inflizione di una pena detentiva che rischia di aggiungere una nuova frattura umana e sociale, senza in alcun modo farsi carico della reintegrazione del bene leso.

¹⁹ Cass., 20 gennaio 2016, cit., § 5 del considerato in diritto.



In questa prospettiva, la strategia politico-criminale potrebbe essere strutturata su tre diversi livelli: nel primo rientrerebbero le contravvenzioni previste dal d.lgs. 152/2006, per le quali la risposta punitiva minacciata in via principale sarebbe la pena prescrittiva a contenuto reintegratorio sia di carattere patrimoniale (bonifica e ripristino) sia simbolico (lavoro di pubblica utilità). In tal modo, dinanzi all'eventuale impossibilità di realizzare una completa reintegrazione patrimoniale, si potrebbe fare ricorso al lavoro di pubblica utilità, come già astrattamente previsto dalla disciplina della sospensione condizionale. Lavoro di pubblica utilità che, del resto, sta trovando un largo impiego nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova. Nel secondo livello rientrerebbero i delitti ambientali, in relazione ai quali la pena prescrittiva potrebbe essere affiancata (in via alternativa o combinata in base a criteri di conguaglio) ad altre tipologie di pena (pecuniaria, interdittiva e detentiva) da graduare in base alla gravità del fatto e alle finalità di prevenzione speciale positiva; il terzo livello sarebbe invece dedicato al rafforzamento della pena prescrittiva, sul modello dell'attuale fattispecie di omessa bonifica, in base al quale la pena detentiva, in attuazione del principio di *extrema ratio*, funge da contropinta motivazionale per l'adempimento delle prescrizioni reintegratorie.



**EMISSIONI IN ATMOSFERA E SANZIONI PENALI: QUESTIONI
(ANCORA) CONTROVERSE SULL'IMPIANTO CONTRAVVENZIONALE
PREVISTO DAL TESTO UNICO AMBIENTALE.**

**EMISSIONS INTO THE ATMOSPHERE AND CRIMINAL SANCTIONS:
ISSUES (STILL) CONTROVERSE ABOUT THE CONTRAVENTIONAL
PLANT PROVIDED FOR BY THE SINGLE ENVIRONMENTAL TEXT.**

di Elisa MARINI

Abstract. Il presente contributo analizza le principali questioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno riguardato le fattispecie penali in materia di emissioni in atmosfera previste dall'art. 279 D.Lgs. n. 152/2006 (in particolare dai primi due commi della citata disposizione), anche alla luce della recente riforma operata dal D.Lgs. n. 102/2020.

Abstract. This work analyzes the main doctrinal and jurisprudential issues which have affected the criminal offenses relating to emissions into the atmosphere, referred to in art. 279 of Legislative Decree no. 152/2006 (in particular, the first two paragraphs of the aforementioned provision), also in light of the recent reform made by Legislative Decree no. 102/2020.

Parole chiave: emissioni in atmosfera, contravvenzioni ambientali.

Key words: emissions in the atmosphere, environmental misdemeanors.



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sanzioni previste dal Testo Unico Ambientale in tema di emissioni in atmosfera: l'art. 279. – 3. Le fattispecie di installazione o esercizio di stabilimento in assenza di autorizzazione (comma 1).– 4. Il reato di superamento dei limiti di emissione in atmosfera di cui al secondo comma: analisi della fattispecie e questioni problematiche. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Nell'affrontare il tema legato all'apparato delle sanzioni penali relative alle emissioni in atmosfera, attraverso l'analisi degli orientamenti interpretativi formati in materia, si ritiene utile – preliminarmente – una sintetica premessa di carattere sistematico.

Come noto, nel nostro ordinamento, la materia dell'inquinamento atmosferico è articolata in una serie di normative che si collocano in parte nel Codice Penale, ed in parte nelle leggi speciali, a partire dal Testo Unico Ambientale (D.Lgs.n. 152/2006, di seguito anche "T.U.A.").

Se dovessimo operare una macro-distinzione sul piano categorico, potremmo senza dubbio affermare che le fattispecie codicistiche – in particolare i delitti di inquinamento e disastro introdotti dalla Legge n. 68/2015 – tutelano il bene-ambiente sotto il profilo del danno effettivo, mentre la norma di riferimento del D.Lgs.n. 152/2006, ossia l'art. 279 (sul quale si concentrerà il presente contributo), appresta una tutela *“alla funzione amministrativa del bene ambientale in chiave formale e prodromica a quelle codicistiche di danno, secondo lo schema politico amministrativo fondato sul sistema di autorizzazioni e standard ambientali che pongono limiti massimi della quantità di inquinamento consentita (...)”*¹.

Il 2006 è stato il primo anno importante sul piano della regolamentazione delle emissioni inquinanti, seguito dal 2010, nel corso del quale, da un lato – attraverso il D.Lgs. n. 128 (*“Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, a norma dell'articolo 12 della legge 18 giugno 2009, n. 69”*) – sono state introdotte importanti revisioni alla Parte Quinta del Testo Unico Ambientale, essendo stata riscritta, in maniera più organica, la disciplina delle emissioni in atmosfera provenienti da impianti ed attività (in particolare, da impianti termici di piccola potenza); dall'altro – attraverso il D.Lgs. n. 155 (*“Attuazione della direttiva 2008/50/CE relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa”*) – è stato sostituito l'assetto normativo previgente in materia di qualità dell'aria, con l'adeguamento agli standard europei e l'introduzione di modalità operative più efficaci.

Le disposizioni della Parte Quinta sono state ulteriormente integrate ad opera del D.Lgs. n. 183/2017 (*“Attuazione della direttiva (UE) 2015/2193 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25*

¹ G. De Santis, *“La violazione dei limiti di emissioni in atmosfera nella strettoia tra istantaneità e permanenza. (Nota a Cass. Sez. III n. 16042 del 12 aprile 2019)”*, in Lexambiente, n. 2/2019, p. 77.



novembre 2015, relativa alla limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati da impianti di combustione medi, nonché per il riordino del quadro normativo degli stabilimenti che producono emissioni nell'atmosfera, ai sensi dell'articolo 17 della legge 12 agosto 2016, n. 170”), e da ultimo, recentemente, dal D.Lgs. n. 102/2020 (“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 15 novembre 2017, n. 183, di attuazione della direttiva (UE) 2015/2193 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa alla limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati da impianti di combustione medi, nonché per il riordino del quadro normativo degli stabilimenti che producono emissioni nell'atmosfera, ai sensi dell'articolo 17 della legge 12 agosto 2016, n. 170”), pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 13 agosto 2020, che, oltre a contenere disposizioni integrative e correttive del citato D.Lgs. n. 183/2017, ha previsto una serie di nuovi adempimenti per i gestori degli impianti e – per quanto di specifico interesse nell’odierna sede – ha inciso anche sul dato testuale dell’art. 279 T.U.A., con parziali modifiche e depenalizzazioni, di cui si dirà nell’immediato prosieguo².

2. Le sanzioni previste dal Testo Unico Ambientale in tema di emissioni in atmosfera: l’art. 279.

L’art. 279 D.Lgs. n. 152/2006, nell’attuale formulazione, prevede una serie di sanzioni, sia penali che amministrative – queste ultime particolarmente rilevanti dopo la recente riforma del D.Lgs. n. 102/2020– che si riconducono alle seguenti fattispecie:

- installazione o esercizio di uno stabilimento in assenza di autorizzazione (comma 1);
- violazione dei limiti di emissione e delle prescrizioni (commi 2 e 2-bis)
- messa in esercizio di un impianto senza previa comunicazione (comma 3);
- omessa comunicazione dei dati relativi alle emissioni (comma 4);
- superamento dei valori limite di qualità dell’aria (comma 5);
- omessa adozione delle misure necessarie ad evitare l’aumento delle emissioni (comma 6).

Vi è, poi, una disposizione finale, prevista dal comma 7, che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 15.500 euro a 155.000 euro per la violazione delle prescrizioni dell'articolo 276 (“Controllo delle emissioni di cov derivanti dal deposito della benzina e dalla sua distribuzione dai terminali agli impianti di distribuzione”) – qualora non soggetta alle sanzioni previste dai commi da 1 a 6 – e per la violazione delle prescrizioni dell'articolo 277 (“Recupero di cov prodotti durante le operazioni di rifornimento presso gli impianti di distribuzione di benzina”), all’irrogazione della

² Per un approfondimento più dettagliato e specifico sull’iter legislativo che ha caratterizzato l’intera normativa in materia di inquinamento atmosferico, si rimanda all’introduzione alla voce “Aria”, di L. Benedusi, contenuta in S. Maglia, Codice dell’Ambiente, 2020, pp. 915-921.



quale provvede la regione o la diversa autorità indicata dalla legge regionale (ex artt. 17 e ss. L. n. 689/1981), con sospensione delle autorizzazioni in essere in caso di recidiva.

A seguito della riforma del 2020, che ha depenalizzato le fattispecie contravvenzionali in precedenza previste dai commi 3 e 4 (incidendo, altresì, sul testo del comma 1), le violazioni penalmente rilevanti sono dunque, ad oggi, parzialmente ridimensionate rispetto al passato³.

3 Per agio del lettore, si riporta il testo completo della disposizione in commento attualmente in vigore:

“1. Fuori dai casi per cui trova applicazione l'articolo 6, comma 13, cui eventuali sanzioni sono applicate ai sensi dell'articolo 29-quattordices, chi inizia a installare o esercisce uno stabilimento in assenza dell'autorizzazione prevista dagli articoli 269 o 272 ovvero continua l'esercizio con l'autorizzazione scaduta, decaduta, sospesa o revocata è punito con la pena dell'arresto da due mesi a due anni o dell'ammenda da 1.000 euro a 10.000 euro. Con la stessa pena è punito chi sottopone uno stabilimento ad una modifica sostanziale senza l'autorizzazione prevista dall'articolo 269, comma 8 o, ove applicabile, dal decreto di attuazione dell'articolo 23 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35. Chi sottopone uno stabilimento ad una modifica non sostanziale senza effettuare la comunicazione prevista dall'articolo 269, comma 8 o comma 11-bis, o, ove applicabile, dal decreto di attuazione dell'articolo 23 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, è assoggettato ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 300 euro a 1.000 euro, alla cui irrogazione provvede l'autorità competente.

2. Chi, nell'esercizio di uno stabilimento, viola i valori limite di emissione stabiliti dall'autorizzazione, dagli Allegati I, II, III o V alla parte quinta del presente decreto, dai piani e dai programmi o dalla normativa di cui all'articolo 271 è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda fino a 10.000 euro. Se i valori limite violati sono contenuti nell'autorizzazione integrata ambientale si applicano le sanzioni previste dalla normativa che disciplina tale autorizzazione.

2-bis. Chi, nell'esercizio di uno stabilimento, viola le prescrizioni stabilite dall'autorizzazione, dagli allegati I, II, III o V alla Parte Quinta, dai piani e dai programmi o dalla normativa di cui all'articolo 271 o le prescrizioni altrimenti imposte dall'autorità competente è soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 10.000 euro, alla cui irrogazione provvede l'autorità competente. Se le prescrizioni violate sono contenute nell'autorizzazione integrata ambientale si applicano le sanzioni previste dalla normativa che disciplina tale autorizzazione.

3. Fuori dai casi sanzionati ai sensi dell'articolo 29-quattordices, comma 7, chi mette in esercizio un impianto o inizia ad esercitare un'attività senza averne dato la preventiva comunicazione prescritta ai sensi dell'articolo 269, comma 6, o ai sensi dell'articolo 272, comma 1, è soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 euro a 2.500 euro. E' soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 euro a 2.500 euro, alla cui irrogazione provvede l'autorità competente, chi non presenta, nei termini previsti, la domanda o la relazione di cui all'articolo 271, comma 7-bis, chi non effettua, nei termini, una delle comunicazioni previste all'articolo 273-bis, comma 6 e comma 7, lettere c) e d), e chi non presenta, nei termini, la domanda prevista all'articolo 273-bis, comma 6.

4. Fuori dai casi sanzionati ai sensi dell'articolo 29-quattordices, comma 8, chi non comunica all'autorità competente i dati relativi alle emissioni ai sensi dell'articolo 269, comma 6, è soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 10.000 euro.

5. Nei casi previsti dal comma 2 si applica sempre la pena dell'arresto fino ad un anno se il superamento dei valori limite di emissione determina anche il superamento dei valori limite di qualità dell'aria previsti dalla vigente normativa.

6. Chi, nei casi previsti dall'articolo 281, comma 1, non adotta tutte le misure necessarie ad evitare un aumento anche temporaneo delle emissioni è punito con la pena dell'arresto fino ad un anno o dell'ammenda fino a milletrecentadue euro.

7. Per la violazione delle prescrizioni dell'articolo 276, nel caso in cui la stessa non sia soggetta alle sanzioni previste dai commi da 1 a 6, e per la violazione delle prescrizioni dell'articolo 277 si applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 15.500 euro a 155.000 euro. All'irrogazione di tale sanzione provvede, ai sensi degli articoli 17 e seguenti della legge 24 novembre 1981, n. 689, la regione o la diversa autorità indicata dalla legge regionale. La sospensione delle autorizzazioni in essere è sempre disposta in caso di recidiva”.



Al fine di circoscrivere in maniera ancor più puntuale l'analisi delle principali questioni interpretative che costituiranno l'oggetto dell'odierna disamina, si premette sin d'ora che le stesse riguarderanno i primi due commi dell'art. 279 T.U.A., e questo sia per la frequenza con cui le corrispondenti ipotesi di reato vengono contestate nella prassi, sia per l'interesse del dibattito giuridico che ne è scaturito sia in dottrina che in giurisprudenza, e che ha riguardato tematiche di diritto penale generale relative, in particolare, alla natura dei reati, al soggetto attivo dei medesimi (con conseguente diatriba in ordine alla classificazione del reato quale proprio o comune) e dall'individuazione del momento consumativo, con tutte le conseguenze che ne derivano anche, ad esempio, in punto di prescrizione.

3. Le fattispecie di installazione o esercizio di stabilimento in assenza di autorizzazione (comma 1).

Il primo comma dell'art. 279 T.U.A. – novellato da ultimo, come detto, dal D.Lgs. n. 102/2020 – si applica, in forza della clausola di riserva posta in apertura, agli impianti non sottoposti alla disciplina dell'autorizzazione integrata ambientale, in merito ai quali dispone l'art. 29-*quaterdecies* T.U.A.

La fattispecie in esame incrimina, da un lato, chi inizia ad installare o esercisce uno stabilimento⁴ in assenza della prescritta autorizzazione, ovvero ne continua l'esercizio sebbene l'autorizzazione sia scaduta, decaduta, sospesa o revocata, e dall'altro chi sottopone uno stabilimento ad una modifica sostanziale senza aver previamente ottenuto la prescritta autorizzazione.

4 Nel previgente impianto normativo, prima dell'intervento del D.Lgs. n. 128/2010, era utilizzato il termine "impianto" in luogo di "stabilimento". La nozione di cui all'art. 268, comma 1, lett. h), definisce lo "stabilimento" come un "complesso unitario e stabile, che si configura come un complessivo ciclo produttivo, sottoposto al potere decisionale di un unico gestore, in cui sono presenti uno o più impianti o sono effettuate una o più attività che producono emissioni". Conformemente alla modifica legislativa, in giurisprudenza si è affermato che "non è più soggetta ad autorizzazione la installazione del singolo impianto che produce emissione in atmosfera, bensì la realizzazione dello stabilimento nel suo complesso, dovendo intendersi con tale termine l'insieme delle attività esercitate nel medesimo luogo mediante uno o più impianti o macchinari. Sicché la installazione o modificazione del singolo impianto o attività nell'ambito dello stabilimento non è di per sé soggetta ad autorizzazione (art. 269, comma 1, seconda parte). È, però soggetta ad autorizzazione, ai sensi del medesimo articolo, la modifica sostanziale dello stabilimento che comporti una variazione delle emissioni in atmosfera A seguito delle modifiche apportate al D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 269 dal D.Lgs. 29 giugno 2010, n. 128, art. 3, comma 3, non è più soggetta ad autorizzazione la installazione del singolo impianto che produce emissione in atmosfera, bensì la realizzazione dello stabilimento nel suo complesso, dovendo intendersi con tale termine l'insieme delle attività esercitate nel medesimo luogo mediante uno o più impianti o macchinari. Sicché la installazione o modificazione del singolo impianto o attività nell'ambito dello stabilimento non è di per sé soggetta ad autorizzazione (art. 269, comma 1, seconda parte). È, però soggetta ad autorizzazione, ai sensi del medesimo articolo, la modifica sostanziale dello stabilimento che comporti una variazione delle emissioni in atmosfera (art. 269, comma 8 come modificato dal D.Lgs. n. 128 del 2010, art. 3, comma 3, lett. i) e, quindi, anche la installazione o modificazione di impianti che la determini." (Cass. pen., Sez. III, 23 aprile 2012, n. 15500).



Configura invece un mero illecito amministrativo, ai sensi dell'ultimo periodo, la realizzazione di una modifica non sostanziale dello stabilimento in assenza di comunicazione⁵.

La norma prevede, dunque, la sanzione penale in relazione alla violazione della disciplina amministrativa che prescrive l'ottenimento di un previo titolo abilitativo che legittimi l'installazione, l'esercizio o la modifica sostanziale di uno stabilimento.

Sul punto, la giurisprudenza ha individuato il bene giuridico tutelato dalla fattispecie nella funzione di controllo preventivo sulle emissioni inquinanti attribuita alla pubblica amministrazione, evidenziando che *“l'autorizzazione all'esercizio di impianti produttivi di emissioni ha funzioni non soltanto abilitative, ma anche di controllo del rispetto della normativa di settore”*⁶.

In tema di inquinamento atmosferico, la Corte di Cassazione, già sotto la vigenza dell'abrogato D.P.R. n. 203/1988, aveva affermato – per poi costantemente ribadire⁷ – che l'autorizzazione non si limita a svolgere una funzione abilitativa, cioè di rimozione di un ostacolo all'esercizio di alcune facoltà, ma che assume anche un ruolo di controllo del rispetto della normativa e dei correlati standards, consentendo il cosiddetto “monitoraggio ecologico”: *“Conseguentemente, l'omessa valutazione della P.A. impedisce quella conoscenza ed informazione ambientale e quel controllo sull'attività cui sono deputati il procedimento autorizzatorio e le relative sanzioni in caso di disobbedienza a questi precetti, comportando perciò una effettiva conseguenza pericolosa, in quanto conoscenza ed informazione sono strumenti necessari per la prevenzione. Pertanto solo dopo aver ottenuto il provvedimento autorizzatorio può affermarsi che sono venute meno le conseguenze pericolose eliminabili dal contravventore”*⁸.

Sugli stessi presupposti, la dottrina ha evidenziato come la fattispecie in esame configuri un reato di pericolo presunto, *“slegato da un'effettiva verifica della compromissione delle condizioni, seppur definite in premessa, di salubrità dell'aria. Ad essere tutelato è il regime amministrativo facente capo alla PA, giacché la norma mira a garantire il controllo preventivo da parte di quest'ultima sul piano della funzionalità e della potenzialità inquinante di un impianto industriale”*⁹.

Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che la valutazione della suddetta potenzialità inquinante, in relazione all'esercizio di un impianto in assenza della prescritta autorizzazione, va effettuata in

5 A tal proposito, l'art. 267, comma 1 T.U.A. definisce il campo di applicazione della Parte Quinta del Testo Unico Ambientale, disponendo che la disciplina *“si applica agli impianti (...) ed alle attività che producono emissioni in atmosfera”*, e l'art. 269, comma 1 prescrive che *“per tutti gli stabilimenti che producono emissioni deve essere richiesta l'autorizzazione”*.

6Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2017, n. 56281.

7Ex multis, Cass. pen., Sez. III, 28 giugno 2007, n. 35232.

8Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 1996, n. 3589.

9 G. De Santis, *op. cit.*, p. 77.



concreto, e che solo l'effettiva produzione di emissioni integra il presupposto per l'applicazione della sanzione penale, non essendo sufficiente la mera capacità o idoneità produttiva¹⁰.

Trascorrendo alle questioni più dibattute – alle quali si accennava nel paragrafo precedente – non può non darsi conto degli opposti orientamenti che si sono registrati, sia in dottrina che in giurisprudenza, in ordine all'individuazione del soggetto attivo del reato.

Se, da un lato, l'impiego del pronome personale "chi", da parte del legislatore, è stato valorizzato quale connotato caratterizzante un reato comune¹¹, altri autori hanno sostenuto che la contravvenzione in esame configuri un reato proprio del gestore dell'impianto, in ragione della componente omissiva che caratterizza gli illeciti delineati dall'art. 279 D.Lgs. n. 152/2006¹²: secondo tale orientamento, il presupposto dell'obbligo di tenere determinate condotte sarebbe infatti contenuto nell'art. 268, lett. n), D.Lgs. n. 152/2006, il quale definisce il "gestore" come "*la persona fisica o giuridica che ha potere decisionale circa l'installazione o l'esercizio dello stabilimento e che è responsabile dell'applicazione dei limiti e delle prescrizioni disciplinate*" nel Testo Unico Ambientale¹³.

In giurisprudenza, l'interpretazione prevalente ha inteso individuare il soggetto attivo della contravvenzione in esame – anche con riguardo alle ulteriori fattispecie ivi previste – nel gestore

10Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36903 (ma anche Cass. pen., Sez. feriale, 6 ottobre 2015, n. 40155), che ha sostenuto testualmente – sulla scorta della giurisprudenza precedente, tra cui Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2011, n. 5347 – come "*l'affermazione di responsabilità per il reato di cui al D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 279, per l'emissione in atmosfera di sostanze (pericolose e non) in assenza di autorizzazione, comporta la prova della concreta produzione delle emissioni da parte dell'impianto, "non potendo ritenersi sufficiente la mera potenzialità produttiva di emissioni inquinanti (...).Ciò in quanto, per la configurabilità del reato occorre che le emissioni siano effettivamente sussistenti posto che l'art. 269 T.U.A. prescrive che l'autorizzazione deve essere richiesta per "tutti gli stabilimenti che producono emissioni" e l'art. 267, comma 1, T.U.A. nel definire il campo di applicazione della nuova disciplina, precisa che essa "si applica agli impianti (...) ed alle attività che producono emissioni in atmosfera", e con ciò definisce in modo più rigoroso e restrittivo il presupposto del reato, che non è più la generica possibilità (come nella disciplina previgente), ma la concreta attività di produzione delle emissioni da parte dell'impianto (Sez. 3, n. 40964 del 11/10/2006, P.M. in proc. D'Orta, Rv. 235454)".*

11L. Ramacci, *Diritto penale dell'ambiente*, 2009, p. 442; A. Macrillò, *I nuovi reati ambientali*, 2017, p. 125.

12 P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, 2015, p. 751.

13Per completezza di esposizione, si segnala un ulteriore indirizzo esegetico che distingue i soggetti attivi del reato in base alle differenti fattispecie. Rispetto ai reati che presuppongono la necessità di ottenere un titolo abilitativo, è stato rilevato come la disciplina amministrativa individui quale proprio destinatario il gestore (che per le persone giuridiche dovrà essere identificato nel legale rappresentante o nell'amministratore delegato), il quale, in via esclusiva, potrà rivestire la qualifica di soggetto attivo del reato. Quanto alla condotta di installazione dell'impianto in mancanza della prescritta autorizzazione, si è evidenziato come il committente dell'opera possa anche non coincidere con il proprietario della medesima: in tale ipotesi, a seconda che la mancanza di autorizzazioni riguardi il profilo edilizio e/o paesaggistico, o, al contrario, il titolo abilitativo alle emissioni in atmosfera, potranno rispondere del fatto il costruttore o il proprietario. Infine, riguardo alle fattispecie che implicano l'operatività dello stabilimento, il destinatario del precetto penale potrà essere individuato anche nel direttore di stabilimento, senza esclusione degli ulteriori soggetti eventualmente chiamati in causa a titolo di cooperazione o concorso. Per approfondimenti si rimanda a C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, 2013.



dell'attività da cui provengono le emissioni inquinanti¹⁴, ossia nel soggetto obbligato a richiedere l'autorizzazione ai sensi del già menzionato art. 269 T.U.A., qualificando dunque il reato come proprio.

Trascorrendo al profilo della condotta, la questione più rilevante attiene al rapporto tra le varie fattispecie previste dalla disposizione in commento: la giurisprudenza ha difatti osservato che le condotte di "inizio di installazione" e "esercizio", qualora siano poste in essere di seguito dallo stesso soggetto, non possono configurare reati distinti, eventualmente uniti dall'identità del disegno criminoso, ma momenti successivi di una progressione criminosa, con la conseguenza che il reato deve considerarsi unico¹⁵, e nello stesso senso si è espressa anche la dottrina¹⁶.

È stato inoltre rilevato che qualora l'autorizzazione sia stata ottenuta prima della messa in esercizio dell'impianto, ma dopo l'inizio di installazione del medesimo, verrà realizzato unicamente il reato di inizio di installazione senza autorizzazione¹⁷.

Più precisamente, in merito al rapporto tra le condotte di "inizio di installazione" ed "esercizio", qualora poste in essere dallo stesso soggetto, la Suprema Corte ha stabilito che *"non configurano fatti separati, eventualmente uniti dall'identità del disegno criminoso, ma momenti successivi di una progressione criminosa, con la conseguenza che il reato deve considerarsi unico. Tale reato si consuma o con il rilascio dell'autorizzazione o, in alternativa, con la cessazione dell'esercizio dell'impianto."*

*È ovvio, infatti, che la costruzione e l'attivazione dell'impianto si presentano come necessariamente prodromiche rispetto allo svolgimento dell'esercizio dello stesso impianto senza la prescritta autorizzazione. Le condotte poste in essere dall'imputato non possono, dunque, essere parcellizzate e prese in considerazione una per una ai fini della prescrizione, ma devono essere considerate globalmente"*¹⁸.

Un contrasto dottrinale si è poi registrato in ordine all'ultima parte del primo periodo dell'art. 279, comma 1, che prevede il reato di esercizio dello stabilimento con autorizzazione scaduta, decaduta, sospesa o revocata.

Secondo un primo orientamento, minoritario e risalente, si tratterebbe di una fattispecie di danno¹⁹; tuttavia, altri autori hanno successivamente osservato come la prosecuzione dell'esercizio dello

14 Cass. pen., Sez. III, 17 aprile 2019, n. 16669; Cass. pen., Sez. III, 19 luglio 2017, n. 35572; Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 43246.

15 Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2014, n. 8678.

16D. Micheletti, *Sub art. 279 D.lgs. 3.4.2006 n. 152*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, 2007, p. 473; A. Martini, *Commento agli artt. 24, 25 e 26 d.P.R. 203 del 1998*, in C. E. PALAZZO-F.C. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2003, p. 62.

17C. Ruga Riva, *op. ult. cit.*, p. 165.

18 Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2014, n. 8678.

19 A. Martini, *op. cit.*, p. 140.



stabilimento non determini di per sé solo il passaggio da un pericolo accertato ad un danno, configurandosi la mera persistenza del pericolo.

In ogni caso, la fattispecie in esame sarebbe qualificabile come reato di danno solo ammettendo che la stessa tuteli esclusivamente il bene strumentale delle funzioni di controllo attribuite alla pubblica amministrazione, e non anche il bene finale della salubrità dell'aria²⁰.

Il secondo periodo della disposizione in esame contempla il reato di modifica sostanziale dello stabilimento in difetto di autorizzazione.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha definito sostanziali le modifiche che comportino un aumento o una variazione qualitativa delle emissioni o che alterino le condizioni di convogliabilità tecnica delle stesse, a fronte delle quali si rende necessario esperire l'ordinaria procedura di cui all'art. 269, comma 2 T.U.A.²¹.

Un altro tema molto dibattuto ha riguardato l'individuazione del momento consumativo di alcune delle fattispecie previste dal primo comma, in particolare quella di inizio di installazione dello stabilimento in assenza di autorizzazione.

Alcuni autori hanno ritenuto che la citata contravvenzione debba considerarsi istantanea, in quanto *“la formula “inizia” sembra indicare un momento temporale ben preciso, superato il quale il reato è già integrato in tutti i suoi requisiti; l'eventuale prosecuzione della costruzione e l'eventuale seguente messa in esercizio riguardano fasi diverse, se del caso integranti altre fattispecie contenute nell'art. 279, con applicazione di un unico reato (di esercizio non autorizzato, trattandosi di norma a più fattispecie), posto che la seconda porzione di condotta assorbe il disvalore della prima.*

Il reato è dunque istantaneo, poiché in caso contrario il legislatore avrebbe dovuto usare formule diverse, come chi installa, chi esegue lavori di installazione ecc., presupponenti la rilevanza giuridica del protrarsi della condotta dall'inizio alla conclusione dei lavori di installazione”²².

Di diverso avviso è stata la giurisprudenza²³, che – unitamente ad altra autorevole dottrina²⁴ – ne ha costantemente ribadito la natura di reato permanente, che perdurerebbe sino al rilascio dell'autorizzazione, ovvero sino all'intervenuto sequestro dello stabilimento da parte dell'Autorità Giudiziaria (misura che, secondo la Corte di Cassazione, è giustificata proprio dalla finalità di impedire la protrazione della condotta illecita²⁵), oppure sino al momento in cui la Pubblica

20C. Ruga Riva, *op. ult. cit.*, p. 166.

21Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, n. 13225.

22C. Ruga Riva, *“Questioni controverse nelle contravvenzioni ambientali: natura, consumazione, permanenza, prescrizione”* in Lexambiente, n. 3/2019, p. 92.

23Ex multis, Cass. pen., Sez. III, 7 luglio 2015, n. 28764, Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 192 e Cass. pen., Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 48474.

24 P. Fimiani, *op. cit.*, p. 750.

25Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2019, n. 4250.



Amministrazione abbia svolto un controllo preventivo sullo stabilimento volto a verificare la tollerabilità delle emissioni.

Secondo la Corte di Cassazione, in sintesi, si tratterebbe di un reato “*permanente, formale e di pericolo (...), che non richiede neppure che l'attività inquinante abbia avuto effettivo inizio, essendo sufficiente la sola sottrazione della stessa al controllo preventivo degli organi di vigilanza (...); la contravvenzione, quindi, prescinde dalla circostanza che le emissioni superino i valori limite stabiliti, in quanto non costituisce un reato di danno ma, per l'appunto, di mera condotta, la cui ratio si ravvisa nella necessità che la pubblica amministrazione possa esercitare un controllo preventivo su attività potenzialmente dannose per l'ambiente (...)*”²⁶.

La fattispecie di esercizio dello stabilimento senza la prescritta autorizzazione è invece pacificamente qualificata come reato permanente, che cessa con il rilascio dell'autorizzazione²⁷, ovvero con il venir meno dell'esercizio²⁸: ciò in quanto, trattandosi di norma finalizzata alla tutela della qualità dell'aria, l'autorizzazione medesima rappresenta il mezzo attraverso il quale la pubblica amministrazione procede alla preventiva verifica della rispondenza dell'impianto alle prescrizioni di legge.

Ad analoga conclusione sembra potersi pervenire con riferimento al reato di esercizio dello stabilimento con l'autorizzazione scaduta, decaduta, sospesa o revocata, dal momento che il fatto tipico persiste sino all'interruzione dell'attività vietata, mentre rispetto alla contravvenzione di modifica sostanziale dello stabilimento non autorizzata, si ripropone il contrasto interpretativo illustrato riguardo alla fattispecie di inizio di installazione.

4. Il reato di superamento dei limiti di emissione in atmosfera di cui al secondo comma: analisi della fattispecie e questioni problematiche.

L'altra fattispecie sicuramente meritevole di analisi è quella prevista dal secondo comma dell'art. 279, relativa alla violazione dei limiti di emissione.

La disposizione in esame, a seguito della novella introdotta dal D.Lgs.n. 183/2017, incrimina la sola condotta di chi, nell'esercizio di un impianto, viola i valori limite di emissione stabiliti dall'autorizzazione, dagli Allegati I, II, III o V alla parte quinta del Testo Unico Ambientale, dai piani e dai programmi o dalla normativa di cui all'art. 271; la norma precisa che, nel caso in cui i valori limite violati siano contenuti nell'autorizzazione integrata ambientale, si applicano le sanzioni previste dalla normativa che disciplina tale autorizzazione.

²⁶Cass. pen., Sez. III, 28 novembre 2019, n. 48413.

²⁷*Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2014, n. 8678.

²⁸*Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 10 settembre 2018, n. 40243 e Cass. pen., Sez. III, 23 gennaio 2015, n. 3206.



La condotta di violazione delle prescrizioni diverse da quelle attinenti ai valori limite di emissione è stata invece depenalizzata ad opera del D.Lgs. n. 183/2017 e trasformata in un illecito amministrativo (previsto dall'odierno comma 2-bis).

La definizione di “valore limite” di emissione si rinviene nell'art. 268, lett. q), T.U.A., che lo qualifica come *“il fattore di emissione, la concentrazione, la percentuale o il flusso di massa di sostanze inquinanti nelle emissioni che non devono essere superati. I valori di limite di emissione espressi come concentrazione sono stabiliti con riferimento al funzionamento dell'impianto nelle condizioni di esercizio più gravose e, salvo diversamente disposto dal presente titolo o dall'autorizzazione, si intendono stabiliti come media oraria”*.

Nell'autorizzazione, l'amministrazione deve individuare i valori limite di emissione applicando le *“migliori tecniche disponibili”* (art. 271, comma 5 T.U.A.), le quali sono definite, ex art. 268, lett. aa), come *“la più efficace ed avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica di determinate tecniche ad evitare ovvero, se ciò risulti impossibile, a ridurre le emissioni”*.

In base all'art. 271, comma 14 T.U.A., *“i valori limite di emissione si applicano ai periodi di normale funzionamento dell'impianto, intesi come i periodi in cui l'impianto è in funzione con esclusione dei periodi di avviamento e di arresto e dei periodi in cui si verificano anomalie o guasti tali da non permettere il rispetto dei valori stessi”*, ed *“Il gestore è comunque tenuto ad adottare tutte le precauzioni opportune per ridurre al minimo le emissioni durante le fasi di avviamento e di arresto e per assicurare che la durata di tali fasi sia la minore possibile”*.

Poste tali premesse, e fermo restando il contenuto del D.Lgs. n. 155/2010 sulla qualità dell'aria, non può non notarsi come, *“Stando alla lettera della legge, rigorosamente interpretata secondo la regola di stretta legalità, in difetto di ogni espresso o implicito rinvio a norme diverse da quella incriminatrice che alluda ad una portata sostanziale del fatto, anche in chiave sistematica (cioè in rapporto alle norme codicistiche del nuovo Tit. VI bis più volte citato), deve essere rispettato il valore prodromico e formale della disposizione incriminatrice che va intesa a rafforzare unicamente il valore del regime amministrativo cui la PA subordina l'attività di emissione con riferimento, per quanto ci preme nella specie, unicamente ai valori soglia (e tanto basta a realizzare l'interesse protetto dalla norma)²⁹”*.

La giurisprudenza ha ripetutamente affermato che la fattispecie in commento integra un reato formale e di pericolo³⁰, in quanto *“Lo scopo del legislatore, come si deduce dal tenore complessivo dell'art. 279, è infatti non soltanto quello di assicurare il rispetto dei valori limite di emissione e di qualità dell'aria, ma anche quello di consentire alle autorità preposte, attraverso il rilascio del titolo abilitativo e l'imposizione di specifiche prescrizioni e di obblighi di comunicazione, un controllo*

29 G. De Santis, *op. cit.*, p. 81.

30 Da ultimo Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 14730



*adeguato finalizzato ad una efficace tutela dell'ambiente e della salute che l'espletamento di determinate attività può, anche potenzialmente, porre in pericolo*³¹, nonché un reato proprio, in quanto riferibile al gestore dell'attività da cui provengono le emissioni, quale soggetto obbligato a richiedere il titolo abilitativo ai sensi dell'art. 269 D.Lgs. n. 152/2006, essendo evidente, ad avviso della Suprema Corte, che *“il soggetto titolare di un'impresa potenzialmente pericolosa assume una posizione di garanzia nei confronti dell'interesse collettivo alla tutela dell'ambiente e deve perciò adottare tutte le misure che si rendano necessarie per evitare di mettere in pericolo il bene protetto”*³².

In ordine, poi, al tema del momento consumativo, la Corte di Cassazione ha stabilito la natura di reato istantaneo della fattispecie del secondo comma dell'art. 279 T.U.A., pur precisando che lo stesso si può configurare come reato a consumazione prolungata o a condotta frazionata, qualora sia caratterizzato dalla ripetizione di singole condotte lesive che determinano il superamento dei limiti tabellari nel tempo, seppur con soluzione di continuità, *“così differenziandosi dal reato necessariamente o eventualmente permanente, rispetto al quale la fattispecie tipica esige o ammette una protrazione nel tempo senza soluzione di continuità”*³³.

Sulla natura istantanea del reato ha concordato la dottrina, sottolineando come la dimensione cronologica del reato vada riferita al momento in cui si realizza la condotta tipica che abbia determinato il superamento del valore limite di emissione³⁴, e precisando che laddove si verificano ulteriori sforamenti, a distanza di tempo, questi non rappresentano un *“approfondimento della prima offesa, ma una diversa ulteriore offesa, dunque un altro reato”*³⁵.

Un ulteriore profilo attenzionato dalla giurisprudenza ha riguardato il rapporto tra la contravvenzione in esame e quella di getto pericolo di cose prevista dall'art. 674 c.p.

La Suprema Corte, ponendo in evidenza l'inciso *“nei casi non consentiti dalla legge”*, ha stabilito che *“il reato di getto pericoloso di cose non è configurabile nel caso in cui le emissioni provengano da un'attività regolarmente autorizzata o da un'attività prevista e disciplinata da atti normativi speciali, e siano contenute nei limiti previsti dalle leggi di settore o dagli specifici provvedimenti amministrativi che le riguardano, il cui rispetto implica una presunzione di legittimità del comportamento”*³⁶.

Da ciò discende che, nel caso di attività non autorizzata che provochi emissioni eccessive rispetto ai valori tabellari imposti dalla normativa di settore, le fattispecie previste dall'art. 279, commi 1 e 2 D.Lgs. n. 152/2006 possano concorrere con quella disciplinata dall'art. 674 c.p., atteso che le norme

31 Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2014, n. 24334.

32 Cass. pen., Sez. III, 9 dicembre 2015, n. 48456.

33 Cass. pen., Sez. III, 12 aprile 2019, n. 16042.

34 G. De Santis, *op. cit.*, p. 82.

35 C. Ruga Riva, *op. ult. cit.*, p. 84.

36 Cass. pen., Sez. III, 13 settembre 2019, n. 38021.



tutelano beni giuridici diversi: da un lato la funzione di controllo della pubblica amministrazione e la salubrità dell'aria, e dall'altro l'incolumità pubblica.

Le maggiori criticità evidenziate dalla dottrina hanno riguardato, invece, il potenziale scostamento – divenuto spesso effettivo, nell'applicazione giurisprudenziale – tra la prescrizione impartita dall'amministrazione ed il bene giuridico “finale” (ambiente o salute) sotteso alle disposizioni di natura ambientale.

Sul punto si è osservato come *“la tutela penale dell'attività amministrativa parrebbe ammissibile, e sotto certi profili addirittura inevitabile, solo se venissero sanzionate in sede criminale quelle condotte che, violando il precetto amministrativo, avessero una ricaduta diretta – in termini di lesione, ma anche di messa in pericolo – su di un bene giuridico tra quelli cui è legittimo assegnare una protezione estrema quale quella della pena”*³⁷.

Non di rado, invece, la giurisprudenza ha applicato la sanzione penale anche a prescindere da una concreta offensività della contestazione in esame rispetto al bene “finale” dell'ambiente (o, più esattamente, della salubrità dell'aria), ritenendola al contrario integrata in ipotesi di violazioni esclusivamente lesive dei poteri di controllo e vigilanza della pubblica amministrazione: ciò in quanto il reato di cui all'articolo 279, secondo comma D.Lgs. n. 152/2006 – che, lo si ricorda, si riferisce alla violazione, nell'esercizio di uno stabilimento, non solo dei valori limite delle emissioni in atmosfera, ma anche delle prescrizioni stabilite nell'autorizzazione o altrimenti imposte dall'autorità amministrativa – sarebbe integrato a prescindere dall'effettiva compromissione della qualità dell'aria, da condotte anche prodromiche alla messa in esercizio dell'impianto, che incidono negativamente sul complesso del sistema delle prescrizioni e dei controlli previsti dalla normativa di settore³⁸.

La tutela “anticipata” del bene-ambiente è stata – in definitiva – “giustificata”, dalla Corte di Cassazione, in ragione della natura collettiva di un interesse di preminente rilievo, che viene protetto anche attraverso la regolamentazione, il contenimento ed il monitoraggio di attività solo potenzialmente inquinanti.

37C. MELZI D'ERIL, *“Reato di inosservanza delle prescrizioni: la Cassazione insiste nel suo esasperato formalismo (nota a Cass. pen. n. 6256/2011)”*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2011, p. 918.

Si veda anche, nello stesso senso, E. POMINI, *“Adempimenti prodromici alla messa in esercizio di un impianto e reato ex art. 279, comma 2 del D.Lgs. 152/2006”*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1/2012, p. 68, che, proprio in merito alla contravvenzione in esame, ha efficacemente osservato come *“Nel caso in cui l'inosservanza delle prescrizioni imposte dall'autorità riguardi adempimenti prodromici alla messa in esercizio dell'impianto, ai fini del perfezionamento del reato occorre, tuttavia, che l'attivazione dell'impianto abbia effettivamente luogo. Diversamente, l'inosservanza dell'atto amministrativo si collocherebbe in una posizione troppo distante rispetto all'offesa al bene ambiente, non venendo integrata neppure una situazione di messa in pericolo del bene stesso che sia tale da giustificare la protezione data dalla norma penale in luogo della sanzione amministrativa”*.

38 Sul punto, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 14 luglio 2017, n. 34517; Cass. pen., Sez. III, 10 giugno 2014, n. 24334.



5. Osservazioni conclusive.

L'impressione generale che si ricava dalla suesaposta panoramica sulle sanzioni penali previste dal Testo Unico Ambientale in materia di emissioni in atmosfera – che, lungi da qualsivoglia pretesa di esaustività, ha inteso delineare le principali questioni esegetiche ed applicative legate alla fattispecie di cui all'art. 279 D.Lgs. n. 152/2006 – è quella di un impianto normativo che, scontando i limiti intrinseci delle contravvenzioni, è stato “supportato” da interpretazioni spesso troppo estensive o comunque eccessivamente legate a criteri meramente formalistici.

Si pensi, a tal proposito, alla richiamata giurisprudenza sul momento consumativo delle ipotesi di reato previste dal primo comma dell'art. 279, tese ad affermarne la permanenza (forse, anche, al fine di limitare le ripercussioni in tema di prescrizione), o alle osservazioni poc'anzi esposte in ordine al secondo comma, ritenuto integrato anche in ipotesi di concreta inoffensività.

In ordine a quest'ultimo profilo, assume particolare rilievo la recente riforma operata dal D.Lgs. n. 102/2020, che ha depenalizzato le fattispecie di cui al terzo e quarto comma dell'art. 279 T.U.A. – che prevedono, rispettivamente, la messa in esercizio un impianto o di un'attività senza averne dato le preventive comunicazioni contestualmente previste alle competenti autorità, e la mancata comunicazione dei dati relativi alle emissioni – ad oggi punite esclusivamente con sanzioni amministrative pecuniarie.

È probabile che il Legislatore abbia preso atto di quello che potrebbe definirsi una sorta di *punctum dolens* comune a molte contravvenzioni ambientali, caratterizzate dal modello di incriminazione del pericolo astratto, e che abbia operato una “selezione” – per quanto concerne la disposizione di cui all'art. 279 – tra le varie fattispecie, a seconda della loro concreta offensività, al fine di renderle maggiormente compatibili con un “diritto penale del fatto”, che contraddistingue un sistema criminale di stampo liberale³⁹.

³⁹ Sul punto si segnala C. Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità e colpevolezza*, 2008, con particolare riferimento al capitolo dedicato all'offensività nel reato ambientale.



LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN CHILE Y SUS IMPLICANCIAS PENALES. VISIÓN GENERAL

THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT IN CHILE AND ITS CRIMINAL IMPLICATIONS. OVERVIEW

di María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN

Abstract. En el presente trabajo se encuentra una descripción de la protección penal del medio ambiente en Chile en que el modelo de prescindencia del instrumento penal para proteger el medio ambiente como sistema es una característica. Eso obliga a revisar someramente la regulación administrativa ambiental y las disposiciones penales, concebidas con otros fines que permiten abordar los sucesos que atentan contra el medio ambiente. A pesar de los avances de las últimas décadas no se ha logrado transitar a un modelo de regulación sea general o especial y se augura escasas posibilidades de hacerlo.

Abstract. In the present work there is a description of the penal protection of the environment in Chile in which the model of dispensing with the penal instrument to protect the environment as a system is a characteristic. This makes it necessary to briefly review the environmental administrative regulation and criminal provisions, conceived for other purposes that allow addressing events that threaten the environment. Despite the advances of the last decades, it has not been possible to move to a regulation model, whether general or special, and there is little prospect of doing so.



Palabras clave: Medio ambiente, gestión ambiental, derecho penal, protección, Chile

Key words: Environment, environmental management, criminal law, protection, Chile

Sumario: Introducción. 1. Antecedentes Generales. - 2. Valoración Crítica. - 3. Disposiciones penales que protegen el medio ambiente nacional. - 3.1. Protección penal del aire y la atmósfera. - 3.2. De las aguas en general y de las marinas en particular. - 3.3. De los suelos. - 3.4. De la biodiversidad. - 3.5. Del tratamiento del tráfico de residuos peligrosos. - 3.6. De la protección de monumentos nacionales y del maltrato animal. -- 3.7. De la tenencia y porte ilegal de armas de destrucción masiva. - 4. Situación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. - 5. Situación del sistema de gestión ambiental y su protección penal. - 6. Valoración crítica de la normativa penal.

Introducción

A pesar de la creciente preocupación general por el deterioro del medio ambiente¹ y el reconocimiento al mismo como objeto legítimo de la intervención penal², Chile en el

1 Como expresión de esta preocupación de la comunidad internacional se pueden mencionar, entre otros, los siguientes instrumentos: Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y flora (CITES) de 1973; La Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de Desechos peligrosos y su Eliminación de 1989; Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pequeños que pescan en alta mar (D.S N°78 RREE, de 2004); Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático (D.S N°349 RREE, 16.05.2005); Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinado a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (D.S. N° 105, RREE, de 2006); el Plan de aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre desarrollo sostenible; la Convención Conjunta sobre seguridad en la Gestión del Combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desecho radiactivos (D.S N°148, RREE de 28.02.2012); Agenda para el Desarrollo 2030 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1988; Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por Buque (MARPOL) y sus convenios y protocolos relacionados; Código Internacional de Gestión de la Seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación (D.S 12, RREE, de 23.11.2011).

2 La Constitución Política de La República no establece la obligación de establecer sanciones a los hechos que deterioran o ponen en peligro el medio ambiente. La legitimidad de la incriminación penal puede desprenderse de la necesidad de dar protección a la garantía constitucional comprometida como asimismo de los convenios internacionales multilaterales o bilaterales que reconocen en el medio ambiente un objeto de protección. Con todo, la discusión sobre la intervención del derecho penal en la materia no está exenta de controversias, encontrándose opiniones a favor y en contra. Críticos de esta alternativa: OSSANDON, M: *Eficacia del Derecho Penal. El caso de los Delitos contra el medio ambiente*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIV 2003, p.



contexto de un modelo de prescindencia del derecho penal, caracterizado por la inexistencia de tipificación orientada directamente a la protección del medio ambiente en sí, cuenta con disposiciones penales tradicionales a las que se echa mano para enfrentar sucesos de contaminación o daño ambiental, a las que se agregan algunas reformas específicas atendida la limitación de las primeras. Concretamente, en la última década se han producido modificaciones en orden a perfeccionar la tutela penal de componentes del medio ambiente en materia de biodiversidad y tráfico ilícito de residuos. Tales modificaciones han sido introducidas en aras de cumplir con los compromisos internacionales suscritos o bien de dar respuesta a sucesos de contaminación o daño ambiental local.

No obstante, los avances experimentados para paliar las insuficiencias del ordenamiento jurídico no llegan a constituir ni un cambio de paradigma ni mucho menos un modelo sistemático de protección. A ello se debe agregar que las disposiciones penales, sea de nuevo cuño o las ya clásicas, presentan dificultades en su aplicación relevando se como déficit general, que se carece de una tipificación que permita subsumir los sucesos de grave contaminación tanto dolosa como negligente.

El área en que se ha ido consolidando un sistema corresponde al de la institucionalidad ambiental que el año 2010 creó el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, lo que permite hablar de un sistema administrativo de gestión ambiental. Con todo, la herramienta penal para prevenir y sancionar la burla de los mecanismos de regulación que la ley contempla en ese ámbito resulta también insuficiente.

El presente trabajo corresponde a una síntesis del estado actual de la situación legal en Chile, en materia de protección del medio ambiente, tomado como base de referencia dos estudios anteriores desarrollados en el contexto de proyectos FONDECYT bajo la dirección del profesor Matus del año 2003 y 2019.³

393; ABOSO, G: *Derecho Penal Ambiental. Estudio sobre los principales problemas de la regulación de los delitos contra el medio ambiente en la sociedad de riesgo*; Montevideo, 2015, p. 546.

³ Esta presentación se basa de manera principal en las conclusiones de dos proyectos de investigación FONDECYT dirigidas por el profesor Jean Pierre Matus sobre derecho penal ambiental. La primera de ellas corresponde al proyecto N° 1010206 que concluyó con la publicación del libro: Matus JP (editor), *Derecho Penal del medio Ambiente. Estudios y propuestas para un nuevo derecho penal ambiental chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 2004. El segundo, en el marco del Proyecto FONDECYT N° 1160343 bajo la misma dirección y que es una continuación y puesta al día del anterior después de una década, contrastando los avances de la legislación nacional en la materia. Sus principales resultados pueden verse en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del medio ambiente chileno. Parte Especial y política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019. También puede verse los siguientes artículos: MATUS, JP, ORELLANA, M, CASTILLO, M, RAMIREZ, MC, *Análisis dogmático del derecho penal*



En primer lugar, en antecedentes generales se esbozarán las características del sistema de protección ambiental, específicamente el marco administrativo regulador, para dar paso luego a la valoración crítica la situación. Proseguirá con una sección dedicada a la reseña de las disposiciones penales, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica y medio ambiente y la situación del reforzamiento penal frente al incumplimiento del sistema administrativo de gestión ambiental para concluir con una valoración crítica de la regulación penal existente.

1. Antecedentes Generales

El Código Penal nacional data del siglo XIX⁴, cuestión que es importante tener presente porque se trata de una legislación, reformada en muchos aspectos, que rige hasta el día de hoy y explica el estado de prescindencia como punto de partida de la protección del medio ambiente al que se hacía referencia en el apartado anterior⁵. En efecto, los Códigos de esa época no contemplaron al medio ambiente como un objeto de interés per se, por lo que cuando comenzaron a darse fenómenos de daño o puesta en peligro ambiental, para hacerles frente hubo que recurrir a disposiciones generales concebidas con otros propósitos o bien a leyes especiales que permitiesen abordar indirectamente ilícitos contra el medio ambiente a través de la protección de elementos que lo componen. A modo de ejemplo se ha intentado aplicar, entre otros, los delitos que atentan contra la salud pública, de incendio y las disposiciones de la Ley de Bosques.

A nivel constitucional, la Constitución Política de la República del año 1980 establece, en el catálogo de garantías constitucionales, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPR), y el deber consecuente del Estado de velar porque ese derecho no sea amagado⁶. Según Bermúdez una importante consecuencia se desprende de la formulación de la garantía relativo al carácter antropocéntrico de su

ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y de las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una protección penal del medio ambiente en Chile, en IUS et PRAXIS, vol. 9, N°2. Talca 2003. MATUS, JP, RAMIREZ MC, CASTILLO, M, *Acerca de la necesidad de una reforma urgente de los delitos de contaminación en Chile, a la luz de la evolución legislativa del siglo XXI*, Polit. crim., vol. 13 N°26, 2018, p. 771-835.

4 MINISTERIO DE JUSTICIA, *Código Penal*, publicado el 12 de noviembre de 1874.

5 MATUS, JP (editor), *Derecho Penal del medio ambiente*, cit. p. 205.

6 Sobre la génesis de esta garantía constitucional contenido y alcance puede verse: BERMÚDEZ, J, *El Derecho Vivir en un Medio ambiente libre de contaminación*, en *Revista de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 2010, p. 9 y 10. También, GALDAMES, L, *Medio ambiente, tratados y Constitución en Chile*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.50, no.148 ene./abr.2017, s/p. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/10997>. Visitado el 24.03.21. De la misma autora *Constitución y medio ambiente: Algunas ideas para el futuro*, en *Revista de Derecho Ambiental*, enero-junio 2018, Año VI, N° 9, p. 76.



reconocimiento, lo que implica proteger a la naturaleza en tanto sus titulares, hombre y mujeres, vean afectado su derecho a vivir en un medio libre de contaminación⁷.

Si bien la carta fundamental no da un concepto de medio ambiente éste se encuentra definido por la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (artículo 2, letra II), de la Ley N° 19.300). Se trata de una noción legal amplia comprensiva no solo de elementos materiales sino también de aspectos, como la misma disposición lo señala, socioculturales.

Ahora bien, la referida ley publicada en el año 1994 fue objeto de una importante modificación el año 2010 que creo el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley N° 20.417). El funcionamiento de la última quedó vinculado al establecimiento de los Tribunales Ambientales (Ley N°20.600)⁸, entrando en régimen pleno recién el 28 de diciembre de 2012⁹.

Según el Mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación de la Ley N° 20.417, se tuvo en la mira propender a una “integración legal entre información e incentivos para los sujetos que ejercen sus derechos y los que imponen sus potestades públicas”¹⁰ y el desarrollo de una política ambiental adecuada, ajustada por lo demás a las evaluaciones de desempeño en el área de que habíasido objeto el país. Específicamente se cita la del

7 BERMUDEZ, ob. cit. p. 11. Por su parte, Aguilar sostiene que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es una formulación problemática y excepcionalísima en el derecho constitucional comparado, en la medida que se emplean preferentemente expresiones como medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado. El autor presenta los problemas que se derivan de la opción nacional, el debate sobre su conformación como un derecho subjetivo individual, sus implicancias, conciliación con enfoques más modernos y el tratamiento en la jurisprudencia. AGUILAR, G, *Las deficiencias de la fórmula “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión*, en *Estudios constitucionales*, año 14 N°2, 2016, p. 369, 371, 372. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n2/art12.pdf>. Visitado el 24.03.21.

8 Para una visión sobre la génesis y rol de los Tribunales Ambientales puede verse URRUTIA, O, *Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales ambientales y Derecho Internacional del Medio Ambiente*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*; XL, 2013 (primer semestre), p. 475-507, especialmente, p. 497 a 499.

9 GUILOFF, M, *Nueva institucionalidad ambiental. Hacia una regulación deliberativa*, en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, p. 231. Disponible en https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/11_Guiloff.pdf. Disponible en https://derecho.udp.cl/wpcontent/uploads/2016/08/11_Guiloff.pdf. Visitado el 23.03.21. LOPEZ, C, *La eficacia de las sanciones administrativas de la Superintendencia de Medio Ambiente*, en MATUS, JP (director), *Derecho Penal Ambiental chileno*, cit. p. 275.

10 Historia de la Ley N°20.417, disponible en www.BCN.cl, p. 5.



año 2005, realizada por la OCDE de la que emanaron 52 recomendaciones¹¹. En éste se lee: “El país ha fortalecido sus instituciones ambientales sobre la base de un modelo de coordinación ambiental multisectorial. Además, ha intensificado sus iniciativas ambientales relativas al aire, el agua, los residuos y la gestión de la diversidad biológica, con instrumentos innovadores (comerciales, entre otros) y reformas exitosas (servicios relacionados con el agua, entre otros). Subsisten importantes desafíos en la continuidad del progreso de la gestión ambiental y la integración de las consideraciones ambientales en las políticas sectoriales (relativas a agricultura, energía, transporte, industria primaria, turismo y tributación, entre otros). Chile también está consciente de la brecha relativa a la convergencia con los estándares ambientales de los países de la OCDE, sobre todo en el contexto de los acuerdos de libre comercio y los tratados ambientales multilaterales”¹².

El periodo comprendido en el informe corresponde a los años 1990-2006, en que efectivamente se experimentó un fortalecimiento de la institucionalidad ambiental con la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) a la cabeza, pero con las deficiencias que el organismo supranacional destaca, lo que llevó a plantear en definitiva una política ambiental que es recogida por la Ley N°20.417 y las instituciones sucesoras de la Comisión, esto es, el Ministerio de Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación ambiental. Pendiente queda la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas cuyo proyecto de ley debía ser ingresado a tramitación a un año de la fecha de publicación de la ley anotada¹³ y que actualmente se encuentra en tramitación¹⁴.

En cuanto a la fiscalización de la normativa ambiental quedó radicada en la Superintendencia del Medio Ambiente (artículo 64 de la Ley N° 19.300)¹⁵, la que tiene las funciones de “ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de

11 Historia de la Ley N°20.417, disponible en www.BCN.cl, p. 6. Evaluación desempeño ambiental. Chile. OCDE/CEPAL, 2005. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/S0500003_es.pdf. Visitado el 23.03.21

12 Evaluación desempeño ambiental. Chile. OCDE/CEPAL, 2005. p.15-16. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/S0500003_es.pdf. Visitado el 23.03.21.

13 Artículo 8 transitorio de la Ley N°20.417.

14 Boletín N°9.404-12. Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional. Disponible en www.BCN.cl, <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>. Visitado el 23.03.21.

15 La Superintendencia del ramo puede llevar a cabo la fiscalización directamente a través sus funcionarios, por organismo sectoriales o bien por intermedio de terceros autorizados y acreditados ante la institución. En todo caso, los criterios técnicos de fiscalización son dictaminados por ella.



todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley” (instrumentos de gestión ambiental)¹⁶.

Cabe hacer presente que la competencia de los Tribunales Ambientales establecida en el artículo 17 de la Ley N°20.600, se centra en conocer de las reclamaciones de ilegalidad de ciertos actos administrativos y normas dictadas por el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros y otros organismos del Estado con competencia ambiental; además de las demandas para obtener la reparación por daño ambiental y solicitudes de autorización previa o revisión en consulta, respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la Superintendencia del Medio Ambiente¹⁷. En caso de hechos que constituyesen delito, con independencia del título penal de imputación, corresponde su conocimiento y sanción a los tribunales penales.¹⁸

Con respecto a la responsabilidad ambiental señalada en la ley - concebida en los mismos términos anteriores a la nueva institucionalidad-, se trata una de carácter civil y responde de ella todo el que dolosa o culposamente cause daño ambiental. Se rige, en lo no previsto en la Ley de Bases u otros cuerpos especiales, por la normativa general de la responsabilidad extracontractual siendo requisitos para su procedenciano solo la

16 <https://portal.sma.gob.cl/index.php/que-es-la-sma/>. Visitado el 27.03.21. LOPEZ, C, ob. cit., p. 277 y 278. Los instrumentos de gestión ambiental se encuentran establecidos en el título II de la Ley N°19.300 sobre bases del medio ambiente y los más importantes corresponden a: a) Resolución de calificación ambiental que es el acto administrativo dictado una vez que termine el proceso de evaluación de impacto ambiental; proceso liderado por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA); b) Planes de Prevención y descontaminación Ambiental, los que contemplan una serie de medidas de control y cuya finalidad es recuperar los niveles establecidos en las Norma de Calidad ambiental correspondiente; c) Normas de Calidad Ambiental son los instrumentos que establecen las condiciones para proteger la salud de la población y el medio ambiente. Fija metas generales para todo el territorio nacional d) Normas de emisión permiten establecer las cantidades máximas de contaminantes de cada fuente en particular; e) Programas de Cumplimiento: es el plan presentado a la Superintendencia por un infractor para que dentro del pazo establecido por la autoridad cumpla la normativa ambiental en cuestión.

17 En el diseño original de la nueva institucionalidad ambiental no incluía la creación de los Tribunales Ambientales. En el Senado se acordó dicha creación como órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia del Medio Ambiente. Vid. URRUTIA, ob. cit., p. 497-498 nota 42. Según el mismo autor los problemas ambientales en Chile comenzaron a conocerse por los tribunales a mediados de los años ochenta, para lo que se empleó como herramienta frecuentemente a la acción constitucional de protección, *ibid.*, p. 477. En el segundo Informe de evaluación ambiental de Chile de 2016, la OCDE valora positivamente la creación de estos tribunales y el acceso a la justicia; sin embargo, agrega que los altos costos de asesoría jurídica dificultan la intervención de Organismo No Gubernamentales y de particulares. OCDE/CEPAL, *Informe evaluación ambiental. Chile*, 2016, p. 30. Disponible en <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/07/Evaluacion-desempeno-Chile-WEBV2.pdf>. Visitado el 30.03.2021. Sobre los casos ventilados ante estos tribunales puede verse los Anuarios de los respectivos tribunales, disponibles en <https://www.tribunalambiental.cl>.

18 Ya sea Tribunal de Garantía o Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.



acreditación de los elementos subjetivos ya aludidos, sino también la relación de causalidad entre la infracción cometida y el daño producido.

La ley concede, además, acción reparatoria del daño ambiental (artículo 53) y legitimación activa (artículo 54). La novedad en la materia, introducida por la Ley N°20.417, corresponde a que se exime de la reparación por el daño ambiental al que ejecute satisfactoriamente un plan de reparación aprobado por la Superintendencia del ramo (excepción de cumplimiento ex post), lo que Bermúdez denomina la preclusión de la acción ambiental¹⁹.

En cuanto a la sanción de hechos de contaminación propiamente tales quedan sujetos a sanciones administrativas, los previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Ambiente, relativos a incumplimientos de normas de emisión, incumplimiento de leyes y reglamentos y demás normas vinculadas con las descargas de residuos líquidos ambientales²⁰. Por otra parte, las infracciones al sistema de gestión ambiental también se sancionan administrativamente, en la medida que se subsuman en algunas de las hipótesis previstas en el mismo artículo 35 como sería el incumplimiento de normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta²¹.

Tratándose de la responsabilidad penal las leyes en comentario, específicamente la N°20.417 en el artículo 30 inciso segundo del artículo 2, estatuyó un único delito que corresponde a uno de carácter funcionario por la infracción del deber de confidencialidad de la información, obtenida de una acción de fiscalización y que efectúa un reenvío al artículo 247 del Código Penal sobre violación de secretos.

En síntesis, el nuevo diseño normativo en materia ambiental puso el foco en la regulación administrativa de las diversas situaciones que implican afectación del medio ambiente en el corto, largo y mediano plazo.

2. Valoración crítica

Un aspecto importante de este diseño institucional consiste en su vocación de integrar las decisiones en un órgano que articule los sectores que comprometen la política

19 BERMUDEZ, J, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Valparaíso, 2016, p. 427.

20 Literales g) y h) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Vid. MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.372.

21 Literales b), d), e), f), i) y m) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. En tanto las sanciones a estas infracciones se encuentran en el artículo 36 de la misma ley y se clasifican según su gravedad.



ambiental, cuestión que con anterioridad no sucedía pues, en palabras de Guiloff, “la antigua institucionalidad solo era coordinadora y transversal para los efectos de los actos administrativos y políticas cuyo proceso de elaboración era coordinado por la CONAMA, pero no respecto de aquellos cuya dictación fuera de competencia de un organismo sectorial con atribuciones en materia²².” “En tal sentido se ha considerado un avance el hecho que la nueva regulación ponga el acento en la dirección y control funcionalmente centralizado que otorga facultades amplias ala Superintendencia del ramo para imponer sanciones, entre las cuales se contemplan algunos hechos de contaminación o burla al sistema de gestión ambiental²³, tal como se hizo mención en el aparatado anterior.

En términos generales se trata de un sistema a que cumple sus fines, según estudios que se han realizado sobre su aplicación²⁴, salvando eso sí la evaluación general de desempeño del Estado de Chile en comparación a otros integrantes de la comunidad internacional a la que se hará referencia a continuación.

En ese ámbito a pesar de reconocerse un avance impulsada en gran medida desde los criterios de política ambiental dela OCDE²⁵, subsisten algunos problemas que este mismo organismo se encarga de hacer presente en su segundo informe de evaluación ambiental del año 2016: “Sin embargo, el consumo de energía y materiales, las emisiones de gases de efecto invernadero y la generación de residuos continuaron su curso alcista de la mano del crecimiento económico. Entre los miembros de la OCDE, Chile tiene una de las economías más intensivas en el uso de recursos, lo que refleja el papel clave que desempeñan la extracción y la fundición de cobre, la agricultura, la silvicultura y la pesca. La contaminación atmosférica continúa elevada, sobre todo en las grandes zonas urbanas e industriales. Más del 95% de los residuos se descargan en vertederos. La escasez de agua y la contaminación constituyen temas preocupantes en las zonas donde se concentran la minería y la agricultura (las regiones del norte y del centro, respectivamente). Las distorsiones en la asignación y el comercio de derechos de aprovechamiento de aguas, y la falta de una gestión integral de los recursos hídricos traen aparejada la sobreexplotación de algunos acuíferos y exacerban los conflictos

22 GUILOFF, ob. cit. p. 232.

23 MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.372, 374; COREDERO, L, *Corte Suprema y Medio Ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*, en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2016, p. 367 y 369. Disponible en https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/18_Cordero.pdf. Visitado el 30.03. 21.

24 LOPEZ, C, ob., cit., p. 275-314; BERRIOS, P, *La eficacia de la fiscalización y sanción del delito de tráfico animal*, en MATUS, JP (director): *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.315-316.

25 URUTIA, J, ob. cit. p. 497.



locales.”²⁶ Se efectúan una serie de recomendaciones incluyendo las relativas a la aplicación más rigurosa de la normativa ambiental, destacando, en lo que interesa, que a diferencia de los otros países que participan en la entidad, Chile no aplica sanciones penales por delitos ambientales haciendo expresamente una recomendación en orden a considerarlo²⁷.

Entre las deficiencias del sistema, especialistas señalan que existen ámbitos en que la actividad administrativa sancionatoria no tiene aplicación o bien resulta insuficiente. Así en la mayoría de los casos no existe sanción administrativa que alcance a las personas naturales que por sus actos individuales sean responsables de la estrategia del proyecto sujeto a evaluación, quienes al no sufrir directamente la sanción carecen de estímulos para efectuar cambios estructurales²⁸. Además, en caso de una persona natural que infrinja el Sistema de Evaluación Ambiental, burlándolo, sólo queda recurrir a la falta del artículo 495 N°9 del Código Penal.

Por otra parte, apartándose de la tradición normativa nacional²⁹, las declaraciones juradas falsas sobre el impacto ambiental de una actividad ante el Sistema de Evaluación, no tiene sanción establecida. Tampoco lo está la realización de informes falsos o incompletos durante el proceso de evaluación y que influyan en la toma de decisiones de los respectivos organismos administrativos.

Con todo, la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente estatuye como base para calificar una infracción como gravísima el hecho de acompañar información falsa u ocultar antecedentes relevantes, lo que se aplica respecto de personas jurídicas - no naturales- titulares de los proyectos infractores³⁰. Tratándose de titulares de entidades certificadoras que no cumplen con los términos o condiciones, según las cuales les fue dada la autorización, la misma ley dispone que incurrir en una infracción, pero a diferencia de la anterior de carácter autónoma³¹.

En cuanto a los planes de cumplimiento previsto en la ley no tienen una naturaleza preventiva, pues están concebidos para cuando se ha iniciado un procedimiento administrativo sancionatorio. Son los programas de cumplimiento a que alude el artículo 42 de la Ley Orgánica en comentario, que suspende el proceso incoado, teniendo la

26 OCDE/CEPAL, *Informe evaluación ambiental. Chile*, 2016, p. 17. Disponible en <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/07/Evaluacion-desempeno-Chile-WEBV2.pdf>. Visitado el 30.03.2021.

27 OCDE/CEPAL, 2016, p. 28, 29 y 31.

28 MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, p. 375, citando la opinión de un Magistrado de un Tribunal Ambiental de Santiago.

29 MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, p. 375, Nota 39.

30 Artículo 36, N°1, letra c) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

31 Artículo 35 letra d) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.



virtualidad de ponerle término si se cumple satisfactoriamente dentro del plazo estipulado. Por otra parte, los planes de reparación cobran vigor una vez concluido el procedimiento sancionatorio (artículo 43 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente).

Sigue vigente la crítica reseñada en su momento sobre la dificultad de identificar un solo hecho que ocasione grave contaminación ambiental para sancionarlo en sede administrativa, habida cuenta la formulación de las normas de calidad ambiental, sea primaria o secundaria, y las normas de emisión que apuntana “finalidades de gestión que toman en cuenta factores acumulativos, territoriales, temporales, y hasta estacionales”³².

En consecuencia, la normativa ambiental presenta dificultades de aplicación o derechamente no resulta aplicable en el caso de personas naturales que burlen el sistema administrativo del medio ambiente y frente a la grave contaminación y daño ambiental cometido por éstas, lo que como hemos sostenido en otro lugar justifican el recurso al derecho penal para reforzar el sistema³³.

3. Disposiciones penales que protegen el medio ambiente nacional

Como ya se expresó en Chile no existe una legislación penal concebida para proteger el medio ambiente como tal, por lo que para hacer una revisión de los tipos penales disponibles con miras a su protección, ha de analizarse las disposiciones que tutelan elementos constitutivos del medio ambiente, sea de manera directa o indirecta, como el aire, aguas, suelo, ciertas especies, etcétera.

Es importante desde ya destacar que, en el ámbito penal, el avance en la protección de estos elementos ha estado condicionada por la necesidad del Estado de ajustar su normativa interna a las obligaciones contraídas en los tratados internacionales, más específicamente, de las recomendaciones de los órganos encargados de velar por la implementación de sus textos, cuestión que se ve reflejada en la regulación de cada componente analizado como se destacará en su momento. Por otro parte, las reformas no ligadas al proceso anterior, han tenido como antecedentes situaciones internas de carácter local que comprometen al medio ambiente, sea por su afectación o sería puesta en peligro. Estos factores desencadenantes de las reformas permiten explicar en gran

32 MATUS, JP (editor), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, cit. p. 13 y 14.

33 MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p. 378 y 379.



medida, adelantando ya una valoración crítica, la dispersión de la normativa existente y que se reseña a continuación.

3.1. Protección penal del aire y la atmosfera

En el catálogo de delitos, sin perjuicio de los que se dirá a propósito del tráfico ilícito de residuos peligrosos transfronterizos y vertederos clandestino, no existe disposición que sancione la grave contaminación del aire, en tanto que las faltas que en principio resultarían aplicable, esto es, la infracción de reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres (artículo 494 N° 20 del Código Penal); no entregar basura o desperdicio a la autoridad de aseo (artículo 494 N° 22 del Código Penal); construcción en contravención a fuentes de emisión fijas (artículo 494 N° 29 del Código Penal), no tienen incidencia práctica.

3.2. De las aguas en general y de las marinas en particular

Tratándose de aguas, el artículo 315 del Código Penal castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público (no de personas individualmente consideradas) con importantes limitaciones si lo que se precisa castigar es la contaminación de ellas, pues debe tratarse de las sustancias de esa naturaleza-venenosas o infecciosas - vertidas dolosamente, lo que de partida excluye las conductas negligentes o temerarias³⁴.

Por otra parte, la Ley General de Pesca (Ley N°18.892) en el artículo 136 se prevé lo que corresponde a un delito de contaminación³⁵. En efecto, en este artículo se sanciona al que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño, sin que hayan sido neutralizados previamente. Algunos aspectos destacables de la figura consisten en que no solo comprende el castigo de quien ejecuta la acción, sino también de quien toma la decisión y que su formulación está concebida como un delito de peligro. Sin embargo, presenta limitaciones en su estructura normativa siendo la de mayor relevancia la que, según el entender de la jurisprudencia mayoritaria en los casos

34 La disposición penal se agrava si producto de las conductas si se produce la muerte o enfermedad grave de una persona en el artículo 317 del Código Penal. Otros delitos del Código Penal protegen en mayor medida la conservación del producto hídrico en cuanto a su caudal en el artículo 459 del Código Penal.

35 ROJAS, A, *Contaminación de aguas por hidrocarburos, especialmente las marinas (artículo 136 de la Ley General de pesca)* en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, cit., p. 49-92.



en que ha habido pronunciamiento, la hipótesis culposa no queda comprendida³⁶, lo que puede explicar la escasa aplicación que encuentra³⁷.

3.3. De los suelos

En cuanto a la protección de este elemento no cuenta con un tipo penal que sancione directamente la grave contaminación de estos espacios³⁸, dejando a salvo lo que se indicará a propósito del tráfico de residuos peligrosos. Se puede señalar, siguiendo lo sostenido en otro lugar³⁹, que la degradación del suelo de manera muy indirecta encuentra tutela penal a través del delito de usurpación del artículo 462 del Código Penal. Por otra parte, la Ley General de Urbanismo y Construcción (artículo 138 de la ley) estatuye un delito que ha corrido la misma suerte de las faltas penales en materia de protección del aire y la atmosfera: no se aplica. En este caso porque los destinatarios de la norma han esquivado esta disposición invirtiendo la figura de la venta de loteos de terrenos a urbanizar, sin cumplir con las disposiciones de la ley, haciéndose receptores de ofertas de compra⁴⁰.

3.4. De la biodiversidad

El título IX del libro II del Código Penal contiene los delitos que atentan contra la salud animal y vegetal como reza el señalado epígrafe, comenzando con el artículo 289 de este cuerpo legal que castiga la propagación sin permiso de la autoridad de enfermedades o plagas animales. La pena se agrava en la medida que de los resultados de esta conducta se afecte gravemente la economía nacional. Por su parte, el artículo 291 comprende el propagar indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población⁴¹. De conformidad con lo estipulado en el tipo penal,

36 En el mismo sentido, MATUS JP (editor), *Derecho Penal del medio Ambiente*, cit., 207. Los argumentos en uno y otro sentido pueden verse en ROJAS, A, ob., cit., 74-84.

37 Según lo que indica ROJAS se logran menos sentencias condenatorias, del orden del 9,1% frente al 14, 39 % en la generalidad de los casos. ROJAS, A, ob., cit., p. 66. Los organismo que intervienen en la fiscalización del artículo 136 de la Ley General de pesca corresponde a la Dirección General de Territorio y Marina Mercante (DIRECTEMAR) que tiene a su cargo el control de contaminación por hidrocarburos con sanciones de carácter administrativo; la Superintendencia de Servicio sanitario (SISS), a su vez controla la descarga de residuos líquidos a aguas marina y continentales superficiales; y, por último el Ministerio Público, órgano encargado de la persecución de los delitos. Ibid., p. 62.

38 MATUS JP (editor), *Derecho Penal del medio Ambiente*, cit., p. 208.

39 Ibid.

40 MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, cit., p. 361, nota N°14.

41 MATUS, JP, *Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal*, en *Revisa de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, -N°2,2013, p. 137-166. OLEA, C, *Propagación indebida de contaminantes (Art. 291 del Código Penal)*, en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente*, cit., p. 23-48.



esta disposición surge ya limitada al compromiso de la salud animal o vegetal y del abastecimiento de productos alimentarios de origen agropecuario a la población. Aquí se pone de manifiesto el carácter antropocéntrico de la protección del medio ambiente destacado por Bermúdez a propósito de la garantía constitucional, que trasunta la regulación nacional⁴².

En este ámbito la legislación penal especial se ha visto modificada, en la última década, en respuesta a la necesidad de ajustar sus términos a los compromisos internacionales suscritos por Chile. Así La Ley N° 19.473, denominada Ley de Caza fue reformada por completo integrando la regulación de Convención sobre Comercio Internacional de especies amenazadas de la flora y fauna silvestre (CITES). En lo que interesa, la caza, captura y tráfico ilícito de fauna silvestre protegida o en peligro de extinción cuenta con sanciones penales en los artículos 30 y 31 de la Ley de Caza. En la línea de lo señalado el año 2016, la Ley N°20.962⁴³ que hace aplicable expresamente la Convención citada⁴⁴, estatuye los delitos de contrabando, tráfico y posesión con fines comerciales de especies protegidas, en tanto que la asocian ilícita para cometer estos delitos se sanciona según las disposiciones de esta figura previstas en el Código Penal.

Tratándose de la flora, se encuentra el delito de incendio que en el N°3 del artículo 476 del Código Penal, castiga al que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos o formaciones xerofíticas⁴⁵ y en el N°4, de la misma disposición, al que provoque un incendio que afectare gravemente las condiciones de vida animal o vegetal de un área Silvestre Protegida. En el último caso, la protección se hace extensiva a la vida animal de dichos lugares.

Esta regulación quedó establecida así el año 2013, mediante las modificaciones introducidas por la Ley N° 20. 653 como reacción a los incendios forestales que han asolado el territorio nacional. Además del Código del ramo, la normativa introdujo cambios en la Ley de Bosques dándole el carácter de delito autónomo al empleo de

42 Ver nota 7.

43 En las disposiciones generales el propio ley define su propósito: Artículo 1.- El objeto de la presente ley es regular las obligaciones asumidas por Chile como Estado Parte de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), aprobada por [Decreto Ley N° 873](#), publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de enero de 1975. Los artículos pertinentes de la ley corresponden al 11 y 12.

44 Para la historia del establecimiento de la ley y la influencia en ésta de evaluación del país en materia de implementación de CITES, MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.349-353.

45 Ley N° 20.283 define para estos efectos lo que se entiende por formación xerofítica, en el numeral 14 del artículo 2:”14) Formación xerofítica: formación vegetal, constituida por especies autóctonas, preferentemente arbustivas o suculentas, de áreas de condiciones áridas o semiáridas ubicadas entre las Regiones I y VI, incluidas la Metropolitana y la XV y en las depresiones interiores de las Regiones VII y VIII”.



fuego contra la reglamentación (artículo 22). Por otra parte, sanciona el hecho de encender fuego en lugares no autorizados en las áreas silvestres protegidas (artículo 22 bis), causar un incendio por mera negligencia a raíz del uso de fuego u otras fuentes de calor, penalidad que se incrementa si producto de ello el incendio se produce en una de esas áreas (artículo 22 ter)⁴⁶.

En cuanto a la protección penal de especies hidrobiológicas, nuevamente ha de recurrirse a la Ley General de pesca y acuicultura. En efecto, la Ley N°20.116 incorporó en la ley referida los delitos de introducción, investigación, cultivo o comercialización con organismos genéticamente modificados sin contar con la autorización o los importare, ven el inciso primero del artículo 136 bis; mientras que en el inciso segundo, el delito consistente en introducir o mandar introducir, con dolo o culpa, organismo genéticamente modificados ya sea al mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de aguas, sin contar con la respectiva autorización⁴⁷.

Por otra parte, el artículo 137 de la misma ley sanciona con pena de prisión, que corresponde a una falta, la internación de especies hidrobiológicas sin obtener la autorización previa requerida para esos efectos. La sanción se agrava si se trata de una genéticamente modificada o causare daño a otra existente o al medio ambiente como también si el objeto internado es carnada y su internación se efectúa en contravención a las disposiciones legales.

Los articulados siguientes de la ley en comentario establecen una serie de delitos especiales relacionados con la infracción a la veda de estos productos, ya sea en fase de su comercialización, transporte u otras especificadas en el tipo penal, conductas que en general dan cuenta de la actividad de pesca ilegal⁴⁸.

Siguiendo con las especies hidrobiológicas, en consonancia con la Convención Internacional para la regulación de caza de ballenas y su anexo, respecto de la cual Chile fue sede de la 60° Reunión de la Comisión de Ballena Internacional el año 2008, se incorporó un nuevo artículo 135 bis en la Ley antes anotada, que castiga al que de muerte o realice actividades de caza o captura de un ejemplar de cualquier especie de cetáceos como asimismo, al que tenga, posea, transporte, desembarque, elabore o

46 HIP, F, *Incendios forestales (Arts. 473 del Código Penal y 22 a 22 ter Ley de Bosques)*, en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p. 169-184.

47 En los fundamentos del proyecto de ley, y durante su tramitación, se hizo frecuente referencia al Protocolo de Cartagena, no obstante, no estar suscrito por Chile. Sobre el particular MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.356.

48 Título X, Artículos 137 y siguientes de la Ley N°18.892 que establece la Ley General de pesca y Acuicultura y sus modificaciones.



efectúe cualquier proceso de transformación, así como comercialice o almacene estas especies vivas o muertas o parte de éstas.

3.5. Del tratamiento del tráfico de residuos peligrosos⁴⁹

La implementación penal de la sanción del tráfico ilícito de residuos peligrosos, a propósito de una de las recomendaciones efectuadas por la OCDE y teniendo presente como antecedente la Convención de Basilea en la materia⁵⁰, fue establecida en el artículo 44 de la Ley N° 20.920 que estatuye el marco para la gestión de residuos, la Responsabilidad Extendida por el Producto y fomento del Reciclaje del año 2016. La disposición en cuestión reprime la conducta de quien exporte, importe o maneje residuos peligrosos, prohibidos o sin contar con la autorización para ello y agrava la pena si la actividad ha generado algún tipo de impacto ambiental. Por otra parte, en la Ley General de Tránsito se introdujo un nuevo delito consistente en encargar o realizar el transporte, traslado o depósito de desechos tóxicos, peligrosos o infecciosos en cualquier tipo de vehículo⁵¹.

Se trata de delitos que protegen al medio ambiente en su conjunto, de ahí que se haya optado por su mención en un apartado diferente de los elementos que individualmente lo componen, optando por su comprensión como un objeto valioso en sí mismo, pues a través de estas incriminaciones se tutela a la vez el aire, el suelo, la biodiversidad, y en tal sentido se aviene mejor con la concepción de la Ley de Bases del Medio Ambiente como sistema global.

3.6. De la Protección de monumentos nacionales y del maltrato animal

Ahora bien, la última ley citada ofrece un concepto amplio de medio ambiente incluyendo no solo aspectos materiales sino también socioculturales. Desde esa perspectiva es posible considerar la protección del patrimonio cultural de la nación, por lo que resulta extensiva la tutela penal del medio ambiente a la sanción de los daños o

49 Se ha optado por una mención de la situación de residuos peligrosos en un apartado diferente de los componentes del medio ambiente considerados en particular, pues se entiende como un fenómeno de afecta a todo lo elementos que lo integran.

50 La Convención de Basilea sobre el control de movimientos fronterizos de Desechos Peligrosos y su eliminación de 1989 y la enmienda de la Prohibición aprobada por la Tercera reunión de la Conferencia de Pates de 1995, instrumentos ratificados por Chile mediante los D.S. N° 658 de RREE de 13.10.1992 y DS N°264 RREE de 16.04.2012, respectivamente.

51 Modificación efectuada por la Ley N° 20.879 de 25.11.2015 que incorpora un nuevo inciso tercero al artículo 192 bis de la Ley General de Tránsito.



afectación de la integridad de monumentos nacionales, establecida en el artículo 38 y 38 bis de la Ley N° 17.288⁵²

En cuanto a la figura de maltrato o crueldad animal, hay que estar a los artículos 291 bis y ter del Código Penal, en el epígrafe sobre delito contra la salud animal y vegetal. El primero de ellos fue introducido por la Ley N°20.380 de 30.10 de 2009, en tanto que el segundo, por la Ley N° 21.020 de 2 de agosto de 2017 que a la vez aumentó la sanción del primero. Cabe hacer presente que la modificación del año 2017 obedeció a una respuesta a un suceso de maltrato animal que provocó gran conmoción pública⁵³.

Se trata de disposiciones que de manera indirecta refuerzan la protección de la biodiversidad y lo propio de ellas es que tutelan una especie individualmente considerada bajo el control humano, por lo que el enfoque de esta tipificación se aparta de la perspectiva del legislador de que las especies sean objeto de interés en tanto susceptible de considerados un recurso (en el sentido de servir al uso consuntivo y en definitiva para la explotación económica). Siendo así, el interés de protección jurídicamente reconocido es el bienestar animal entendido como “la satisfacción de las necesidades físicas y mentales del animal; de tal forma que el animal obtenga la complacencia de sus necesidades nutricionales, de salud, espacio ambiental se encuentre libre de incomodidad, dolor y de condiciones que le provoquen miedo y angustia, encontrándose en libertad de expresar patrones de conducta propios de su especie”⁵⁴.

3.7. De la tenencia y porte ilegal de armas de destrucción masiva

Según Silva, a partir del concepto de armas de esta clase otorgada por las Naciones Unidas, se consideran tales las armas nucleares, químicas y biológicas⁵⁵. En la normativa nacional, se protege el medio ambiente del peligro que éstas pueden ocasionar en la Ley sobre Seguridad Nuclear (Ley N°18.302) y la de Control de Armas (Ley N° 17.798). Así el artículo 45 de la primera sanciona la realización de actividades nucleares sin autorización, la causación dolosa o culposa de un daño nuclear en el artículo 47, el peligro que implica el daño, ataque o sabotaje de instalaciones nucleares, en su artículo 41 el robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de dichos materiales en

52 Para ver los antecedentes legales del establecimiento de esta regulación y el análisis del tipo penal, se puede consultar DONOSO, C, *Daños a los monumentos nacionales(Ley N° 17.288)*, en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p. 185- 212.

53 MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.356 y 357.

54 DE CARVALHO, E, *La comisión por omisión en el delito de maltrato o crueldad animal*, citado en VON MUHLENBROCK, M, *Rodeo y maltrato animal* en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p.221.

55 SILVA, P, *Porte y tenencia ilegal de armas de destrucción masiva(ARTS.13 y 14 de la Ley N°17.798)* en MATUS, JP (director), *Derecho Penal del Medio Ambiente chileno*, cit., p. 128.



el artículo 43 inciso primero, dar ocasión para que esto suceda (inciso segundo de la misma disposición y, por último la amenaza de causar daño nuclear en su artículo 46).

Por su parte, la Ley sobre Control de Armas prohíbe este de tipo de armas y sanciona su porte o posesión (artículos 3 inciso final y 13 y 14).

4. Situación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Recién el año 2009 la legislación nacional, mediante la Ley N°20.393, dio lugar al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídica en respuesta a la demanda de diversos organismos internacionales y ,particularmente, de la Convención para combatir el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE⁵⁶. En efecto, en el Mensaje que dio origen a la tramitación del proyecto de ley, se lee: “En tanto, en el ámbito del Derecho Internacional Público, esta tendencia doctrinaria y normativa se constata en diversas Convenciones Internacionales adoptadas en el último tiempo, y ratificadas por Chile. En ese sentido, podemos mencionar los siguientes: i) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; ii) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; iii) El Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; iv) La Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico; v) La Resolución N°1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; vi) Las 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

En términos generales, de estos instrumentos se deriva para los Estados Parte la obligación de imponer, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sanciones a las personas jurídicas que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas.

En consecuencia, la incorporación de estas normas en nuestro sistema jurídico, a través de la presentación de esta iniciativa legal, responde precisamente al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran expresamente

56 MATUS, JP Y RAMIREZ MC, *Manual de derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 543.



el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos”⁵⁷.

Originalmente esta clase de responsabilidad estuvo concebida sobre la base de la comisión de determinados delitos, a saber, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho internacional, catálogo que paulatinamente se fue ampliado pasando a comprender otros tipos penales⁵⁸. En lo relativo a los delitos que se estiman atentar contra el medio ambiente se han incorporado los de contaminación de aguas y la pesca ilegal, siempre en la lógica de que existe una actividad empresarial detrás de la comisión de los delitos en cuestión.

5. Situación del sistema de gestión ambiental y su protección penal

El otro aspecto de la regulación que es relevante examinar es si existe o no reforzamiento a al sistema administrativo de gestión ambiental establecido, mediante la sanción penal de conductas tendientes a obliterar sus reglas, o en otras palabras la burla a este sistema sea a través de la presentación de informes falsos o incompletos, declaraciones juradas también falsas, la omisión de antecedentes relevantes, etcétera.

A propósito de las modificaciones a la Ley de Bases del Medio Ambiente y la creación de la nueva institucionalidad ambiental (Ley N° 20.417), se dijo que ese cuerpo legal tipificó un único delito de carácter funcionario para la trasgresión de la obligación de confidencialidad a la que quedan sujetos (violación de secreto)⁵⁹. Asimismo, se indicó que en el ordenamiento jurídico nacional formaba parte de su tradición dispensar protección penal a la actividad de la administración de diversos ámbitos, contemplándose formas especiales de perjurio o falsificación que inciden en los procesos de fiscalización⁶⁰. En concreto, tratándose de la legislación ambiental, la Ley N° 20.283 sobre recuperación del Bosque Nativo y fomento forestal incluye algunas figuras de falsificación y uso de certificación relativas a lo planes de manejo y

57 <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4785/>. 16 .03. 2009. Mensaje en Sesión 6. Legislatura 357p. 1 y 2.

58 "Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 318 ter, 456 bis A y 470, numerales 1° y 11 del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

59 Ley N° 20.417 en artículo 2 de esta ley en su artículo 30 inciso segundo.

60 MATUS, JP (director), *Derecho penal del medio ambiente chileno*, cit., p. 358



solicitudes subvencione o bonificaciones⁶¹. En el caso del cierre de faenas mineras, la Ley 20.511 estableció el delito de otorgamiento u obtención de certificaciones falsas de cierre parcial o final de faenas mineras⁶².

Lo anterior son los únicos aspectos del sistema de gestión ambiental que cuentan con el reforzamiento penal.

6. Valoración crítica de la normativa penal

El panorama descrito someramente en las líneas anteriores da cuenta que en materia de tutela penal existe una significativa dispersión de normas atinentes a los elementos que componen el medio ambiente, situación que puede encontrar su explicación en la génesis de los tipos penales, concebidos como respuestas coyunturales, sea en el ámbito internacional, para lograr la inserción del país en esa comunidad, o a nivel interno, a sucesos que han causado conmoción en la opinión pública. Tal escenario es la directa consecuencia de tener en esta materia un modelo que refuerza los aspectos administrativos de tutela y fiscalización, lo que en sí mismo no es algo negativo, prescindiendo del derecho penal en cuestiones que esa rama del derecho no ha reportado un tratamiento del todo adecuado. Por otra parte, las disposiciones penales existentes se presentan de manera inorgánica y abarcan solo algunos aspectos del fenómeno comprometido, resultando las más de las veces insuficientes. Además, la estructura de los tipos penales, dadas sus limitaciones de configuración, hacen que en la práctica su aplicación seavea dificultada o se reduzca a nada.

De los aspectos más urgentes de abordar es la carencia de figuras penales que sancionen directamente a la grave contaminación ambiental, las emisiones no autorizadas, sea que tengan lugar dolosamente o por mera negligencia. El delito que más se acerca a uno de contaminación, a saber, el artículo 136 de la Ley General de Pesca, ha sido interpretado en orden a descartarla comisión culposa del hecho, que paradójicamente tiene mayor presencia que la dolosa. Sí ha habido un progreso al momento de incorporarlo como uno de los delitos base de la responsabilidad penal de las personas jurídicas habida cuenta, entre otros elementos, la posibilidad de establecer planes de cumplimiento de carácter preventivo y las sanciones disponibles para estas entidades. Tal consideración tiene lugar en el entendido que en la comisión de estos atentados contra el medio ambiente existe una actividad de carácter empresarial. De ahí la incorporación de este delito, así como el de pesca ilegal al catálogo de delitos bases.

61 Artículos 40, 49 y 50 de la Ley N° 20.283

62 Artículo 32 de la Ley N° 20.511



La misma suerte, en cuanto a sus limitaciones, corre el delito de contaminación del artículo 291 del Código Penal, que sanciona propagar contaminantes, disposición que surge ya circunscrita al compromiso de la salud animal o vegetal y del abastecimiento de productos alimentarios de origen agropecuario a la población. La literalidad del verbo rector “propagare” se ha convertido en un obstáculo para reconducir a ella la contaminación del aire y suelo. Tampoco es posible determinar con claridad cuáles son los deberes jurídicos susceptibles de ser infringidos para incurrir en el ilícito, amén de los problemas probatorios para acreditar esa propagación y luego la capacidad para poner en peligro a los objetos de protección.

Por último, ya se adelantó que las disposiciones que refuerzan penalmente el sistema administrativo de gestión ambientales marginal.

A pesar de los avances en la legislación, especialmente en la conservación de la biodiversidad y el ambiente considerado en su conjunto frente al tráfico de residuos peligrosos, el marco normativo no ha logrado transitar a un modelo deregulación, ya sea general o especial, y dada la situación actual de país que recientemente votó un plebiscito para modificar la Constitución de 1980 a través de una asamblea Constituyente⁶³, no parece un logro abordable en el corto o mediano plazo. En atención a ello cobra vigencia las conclusiones formuladas con anterioridad en orden a perfeccionar la legislación existente que debería incluir los aspectos que se han reseñado⁶⁴.

63 Ley N°21.200 Autoriza plebiscito para una nueva Constitución de 24.12.2019.

64 MATUS, JP (director), Derecho Penal del Medio Ambiente chileno, cit., p. 398 y 399.



LEXAMBIENTE
Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Ambiente
Fasc. 1/2021

(first section - prima parte)

THE CRIMINAL ENFORCEMENT OF WASTE MANAGEMENT LAW IN IRISH DISTRICT COURTS: A CRITICAL ANALYSIS

L'APPLICAZIONE PENALE DELLA LEGGE SULLA GESTIONE DEI RIFIUTI NEI TRIBUNALI DISTRETTUALI IRLANDESI: UN'ANALISI CRITICA

di Kevin O'LEARY

Abstract. The paper analyzes the criminal-environmental regulatory framework in Ireland and looks at the strengths and weaknesses of the environmental criminal justice system and how that system could be made more effective.

Abstract. Il documento analizza il quadro normativo penale-ambientale in Irlanda e esamina i punti di forza e di debolezza del sistema di giustizia penale ambientale e come tale sistema potrebbe essere reso più efficace.

Parole chiave: Tribunali distrettuali irlandesi, giustizia penale ambientale.

Key words: Irish District Courts, environmental criminal justice.



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Ambiente

Fasc. 1/2021

1. Table of Contents

Table of Cases

Table of Legislation

(first section – prima parte)

Introduction

Waste Management Offences and Prosecutions

A. The Act.

B. Characteristics of WMA Offences.

1. True Crime.

2. Strict Liability

C. Definition of “Waste.”

D. The Actors.

1. Environmental Officers.

2. Offenders.

3. The District Court.

(second section - seconda parte)

E. Sentencing.

1. Factors that Impact on Sentencing.

a. The Constitution.

b. Judicial Attitudes.

c. Sentencing Guidelines.

d. Mitigation.

e. Role of the Prosecutor.

f. The Range of Penalties.

F. The Use of Convictions in Conjunction with Other

Sanctions

Conclusion

Bibliography

Table of Cases

CJEU

C-494/01 *Commission v. Ireland*[2005] ECR I-3331.

C-176/03, *Commission v. Council*[2005] ECR I-7879.

C-440/05, *Commission v. Council* [2007] ECR I-9097.

C-113/12 *Brady v. EPA* [2013]ECLI:EU:C:2013:627

ECtHR

Öztürk v. Germany No. 8544/79. [1984] ECHR. [1984] ECHR 13.

Ireland

Grimes v. Owners of SS Bangor Bay [1948] 1 IR 350.

Melling v. Ó Mathghamhna[1962] IR 1

Conroy v. Attorney General [1964] IR 411

State (Murray) v. McRann[1979] IR 133.



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente

Fasc. 1/2021

The People (D.P.P.) v. Tiernan [1988]IR 250.
McLoughlin v. Tuite [1989] IR 82.
Maguire v. Shannon Regional Fisheries Board[1994] 3 IR 580
Shannon Regional Fisheries Board v. Cavan County Council [1996] 3 IR 267
Mallon v. Minister for Agriculture, Food and Forestry [1996] 1 IR 517.
Meagher v. O'Leary [1998]4 IR 33.
Wicklow County Council v. Fenton [2002] IEHC 102.
Registrar of Companies v. Judge Anderson [2005] 1 IR 21.
Cork County Council v. O'Regan [2005] IEHC 208.
CC v. Ireland[2006] 4 IR 1
Brady v. EPA[2007] IEHC 58.
Wicklow County Council v. O'Reilly [2007] IEHC 71.
EPA v. Neiphin Trading Ltd [2011] IEHC 67.
John Ronan & Sons v. Clean Build Ltd [2011] IEHC 350.
D.P.P. v. Fitzgibbon [2014] IECCA 12.
D.P.P. v. Ryan [2014] IECCA 11.
D.P.P. v. Z [2014] IECCA 13.

Canada

R. v. M(CA)[1996] 1 S.C.R. 500 at [80], (1996) 105 C.C.C. (3d) 327.
R. v. City of Saulte Ste. Marie[1978] 2 R.C.S. 1299.

United Kingdom

Sherras v. De Rutzen [1895] 1 QB 918.
Alphacell Ltd. v. Woodward [1972] 2 All ER 475
Gammon (Hong Kong) Limited et al v. Attorney General of Hong Kong [1985] AC 1.
NRA v. Empress Car [1998] 1 All ER 481.

Table of Legislation

CJEU

Treaties

Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326/323 (2012).

Directives

Council Directive No. 442/1975, OJ L194 (1975).
Council Directive No. 98/2008, OJ L 312/3 (2008).
Council Directive 99/2008, OJ L328/28 (2008).

Recommendations

Council Recommendation of 3rd March 1975, OJ L194 (1975) (concerning cost allocation and action by public authorities on environmental matters).

Ireland

Bunreacht na hÉireann (Constitution of Ireland) (1937, as amended)

Primary Legislation

Courts of Justice Act 1924
Courts (Establishment and Constitution) Act 1961.
Waste Management Act 1996.
Protection of the Environment Act 2003.
Fines Act 2010.

Secondary Legislation

Waste Management Act 1996 (Commencement) Order 1996. (SI No. 192 of 1996).
Waste Management (Collection Permit) Regulations 2007 (SI 820 of 2007).
European Communities (Waste Directive) Regulations 2011 (S.I. No.126 of 2011).
District Court (Civil Procedure) Rules 2014 (SI No. 17 of 2014).



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente

Fasc. 1/2021

District Court Districts and Areas (Amendment) and Variation of Days and Hours (Abbeyfeale, Carrickmacross, Cavan, Limerick, Monaghan, Newcastle West and Virginia) Order 2014 (SI No. 142 of 2014)

United Kingdom

Environmental Protection Act 1990.

Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007.

Regulatory Sanctions and Enforcement Act 2008.

Coroners and Justice Act 2009.

Introduction

Much of the existing academic literature relating to waste management legislation in Ireland has focussed on the case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), and that of the High Court and the Supreme Court. In the case of the Irish Superior courts, the existing literature relates mainly to the civil remedies provided by the Waste Management Act 1996, as amended (WMA).¹This particular focus in the existing literature is understandable, to a certain extent, given that these courts set binding precedents. However, most environmental cases in Ireland come before the District Court, in the form of criminal prosecutions.

The District Court is a court of summary jurisdiction, similar to the Magistrates Courts in England and Wales. At present, the maximum fine it can impose per offence is €5,000 and the maximum custodial sentence it can impose is 1 year per offence, subject to a maximum of 2 years for all charges brought in any one case. A relatively small number of cases are prosecuted on indictment in the Circuit Court, which can impose a maximum fine of €15,000,000 and/or a custodial sentence of 10 years.²

There is a considerable volume of literature on the use of the criminal law to enforce environmental law in England and Wales. The law in that jurisdiction has evolved significantly with the development of sentencing guidance³, administrative and civil sanctions⁴ and most recently, an

1 The Waste Management Act 1996 came into force on 1st July 1996 (Waste Management Act 1996 (Commencement) Order 1996 SI 192 of 1996), with the exception of sections 6(2), 32(2), 57 and 58, which were commenced on 20th May 1998 (Section 1(2) of the WMA) and has been substantially amended over the years by primary and secondary legislation, including the Protection of the Environment Act 2003, the Fines Act 2010 and the European Communities (Waste Directive) Regulations 2011 (SI 126 of 2011). The cases include *Wicklow County Council v. Fenton* [2002] IEHC 102; *Cork County Council v. O'Regan* [2005] IEHC 208; *Wicklow County Council v. O'Reilly* [2007] IEHC 71; *EPA v. Neiphin Trading Ltd* [2011] IEHC 67; *John Ronan & Sons v. Clean Build Ltd* [2011] IEHC 350, all of which look at the polluter pays principle vis a vis Sections 57 and 58 of the Act.

2 Section 10 Waste Management Act 1996 [Revised Acts \(lawreform.ie\)](http://www.lawreform.ie)

3 Sentencing Council, UK. *Environmental Offences. Definitive Guideline*. (London, Sentencing Council, 2014) <[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Final_Environmental_Offences_Definitive_Guideline_\(web\).pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Final_Environmental_Offences_Definitive_Guideline_(web).pdf)>(accessed July 2014)

4 Regulatory Sanctions and Enforcement Act 2008 (UK).



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente

Fasc. 1/2021

environmental tribunal.⁵ In sharp contrast, there has been very little research to date on the role of the criminal law in environmental law enforcement in Ireland.

The use of criminal sanctions to enforce environmental law in Ireland is a topical issue. To put the matter into context, two separate developments emanating from the European Union (EU) have impacted on this issue. The first development was a ground-breaking case taken by the European Commission against Ireland. In that case, Case C-494/01 *Commission v. Ireland*,⁶ the CJEU found that Ireland had failed to properly implement the original waste directive (Directive 75/442/EEC).⁷ The judgment referred to a number of locations around the State where this directive was not being implemented by public authorities and the CJEU used this evidence as a basis on which to find Ireland guilty of what the European Commission had described as, “systemic deficient administrative practices.”⁸

Representatives of the European Commission subsequently met the Environmental Protection Agency (EPA)⁹ during May and June 2007. Among the allegations of continued systemic failures made by the Commission officials were the low number of prosecutions brought on indictment and inadequate sanctions and deterrents imposed by the courts.¹⁰

The second development relates to the growth at EU level of criminal law as a means of enforcing compliance with environmental legislation. This development is premised on a belief (by no means universally accepted)¹¹ that there has been a rise in environmental crime across the Union and furthermore, that non-criminal sanctions have not been effective in curtailing these activities. There is certainly evidence that the lucrative waste industry has attracted the involvement of organised crime and increased illegal cross-border activity.¹²

5 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (UK).

6 *Commission v. Ireland* [2005] ECR I-3331.

7 The original waste directive, 75/442/EEC was amended on a number of occasions and subsequently the directive and its amendments were codified in Directive 2006/12/EC. The 2006 directive was repealed and replaced by Directive 2008/98/EC.

8 *Commission v. Ireland* [2005] ECR I-3331 at paragraph 24.

9 Established in 1993 by the *Environmental Protection Agency Act 1992*.

10 J D Lynott, “The Detection and Prosecution of Environmental Crime.” [2008] *Judicial Studies Institute Journal* 185 at pages 187 to 188.

11 The premise on which directive 2008/99/EC was introduced i.e. a rise in environmental crime, has not gone unquestioned e.g. P. Pagh, “Administrative Criminal Law Systems in Europe: An Asset for the Environment?” in Françoise Comte and Ludwig Krämer eds. *Environmental Crime in Europe. Rules of Sanctions*. (Groningen, Europa Law Publishing, 2004) at page 163.

12 E Mullier, “The Emergence of Criminal Competence to Enforce EC Environmental Law: Directive 2008/99 In the Context of the Case-Law of the European Court of Justice.” [2010] *Cambridge Student Law Review* 94 at page 94. EUROPOL has also noted that: “While mafia-type structures have sufficient resources to participate in large scale illegal waste management, there is evidence that lower level groups are engaged in the illicit harvesting of hazardous waste, such as used cell and car batteries. Illicit waste trafficking is often facilitated by cooperation with legitimate business, including those in the financial services, import/export, and metal recycling sectors....” EUROPOL Organised Crime Threat Assessment 2011 accessed at: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/octa2011.pdf>



In Case C-176/03, *Commission v. Council*¹³, the CJEU found that the European Community (as it then was) had competence to impose an obligation on Member States to adopt criminal measures for breaches of EU law in situations where:

the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure for combatting serious environmental offences.¹⁴

The judgment was controversial and not without criticism from those who viewed criminal law as being the preserve of the Member States,¹⁵ although the CJEU subsequently held that the criminal law competence of the EU was restricted to requiring Member States to impose criminal sanctions, and could not specify the type or the severity of the sanctions.¹⁶

The above cases were followed by Directive 2008/99/EC, which noted that the Community was concerned at the rise in environmental offences and their effects,¹⁷ stated that the existing systems of penalties were not sufficient and as such, compliance should be enforced by the availability of criminal sanctions, which demonstrate, “social disapproval”, of “a qualitatively different nature compared to administrative penalties or a compensation mechanism under civil law.”¹⁸ The preamble stated that effective protection of the environment requires more dissuasive penalties for environmentally harmful activities, which typically cause or are likely to cause significant damage to the environment.¹⁹ Such activities should be criminal offences where committed with intention or serious negligence.²⁰ Finally, the directive provided for minimum rules and Member States could adopt or maintain more stringent measures.²¹

The purpose of this article is to ascertain whether the use of the criminal law in the Irish District Courts is effective in enforcing the WMA. This is a requirement of Directive 2008/98/EC on waste, which requires that penalties for infringing the directive should be, “effective, proportionate and dissuasive.”²²

This article will also look at the nature of the offences created by the WMA and whether they are in fact criminal offences. Indeed, the concept of defining criminal law in terms of effectiveness and efficiency is unique to regulatory law, not to mention controversial. Consideration will therefore be given to whether breaches of the WMA should be criminal offences at all.

13 [2005] ECR I-7879.

14 Ibid at paragraph 48.

15 Supra note 11 for a discussion of these criticisms.

16 Case 440/05 *Commission v. Council* [2007] ECR I-9097.

17 Recitals, paragraph 2.

18 Ibid, paragraph 3.

19 Ibid, paragraph 5.

20 Ibid, paragraph 7.

21 Ibid, paragraph 12.

22 Council Directive No. 98/2008, Article 36, OJ L 312/3 (2008).



This article will examine the various actors in WMA prosecutions: the District Courts; environmental agencies and officers; prosecutors; and the defendants.

This article takes a narrow focus in discussing the effectiveness of criminal enforcement of the waste management code. It does not examine the wider issue of the effectiveness of the detection and investigation of offences. These are an extremely important issues that necessarily impact on the effectiveness of environmental criminal justice, a point noted by Advocate General Geelhoed in *Commission v. Ireland*,²³ where he stated:

In my view, effective enforcement means that offenders run a credible risk of being detected and being penalised in such a way as at least to deprive them of any economic benefit accruing from their offence.²⁴

There is a dearth of data relating to waste management prosecutions in Ireland. There is currently no meaningful database of waste management convictions. While the EPA publishes information on its website identifying the prosecutions it brings on an annual basis, the information provided is quite limited and in any event, the EPA prosecutes very few criminal cases.²⁵ The EPA also possesses some data on the number of cases commenced and concluded by each local authority every year, but this data does not give details of the particular offences concerned or of the penalties (if any) imposed by the courts.

The majority of waste management cases are prosecuted by local authorities (although in recent years there has been an increase in the number of prosecutions taken by the Environmental Protection Agency) However details of the number of cases prosecuted and the fines imposed are not easily accessible.²⁶

While mention will be made of alternatives such as administrative and civil sanctions, this article does not present an exploration of the effectiveness of the criminal justice system in comparison to the administrative and civil enforcement systems. I will look at the strengths and weaknesses of the environmental criminal justice system and how that system could be made more effective. In the conclusion, I consider the possibility of introducing a system of administrative sanctions.

Waste Management Offences and Prosecutions

23 *Commission v. Ireland* [2005] ECR I-3331

24 ECLI:EU:C:2004:546 at paragraph 28

25 8 cases up to October 2020; 9 in 2019; 21 in 2018; 23 in 2017; and 6 in 2016. Accessed 20th December 2020:

<http://epa.ie/enforcement/prosecute/>

26 F. McCarthy. "Enforcement and Remedies Under Environmental Legislation – Obtaining Compliance."

<www.ucc.ie/law/events/enviro05papers/mccarthy.doc>



A. The Act

The WMA came into effect on 1st July 1996²⁷ and transposed a number of EU Directives into Irish law²⁸, but perhaps most importantly, Directive 75/442/EEC. While the Act has been amended substantially in the intervening years, it remains the primary legislation in this field.

B. Characteristics of Waste Management Offences

WMA offences, similar to other regulatory offences, have some or all of the following features: strict liability, omissions liability, reverse burden of proof, provision for potentially large fines, provisions for corporate liability, mandatory provisions for the recovery of costs and expenses incurred by the prosecution, and extensive powers of entry and inspection of premises and vehicles.²⁹ Some of these characteristics have proved controversial in the literature on criminal law: strict liability because it excludes mens rea; the omissions liability has been described as “exceptional”; and the reverse burden of proof runs counter to the “golden rule” that the burden of proof lies on the prosecution.³⁰ I will examine a number of these features below to the extent that they have a bearing on the effectiveness of the criminal enforcement of the WMA. I will examine a more fundamental issue, namely whether infringements of the WMA are truly criminal offences.

1. ‘True’ Crime versus ‘Quasi’ Crime

A key issue in determining the effectiveness of the criminal enforcement of the WMA is whether breaches of the Act are true criminal offences. Related to this question is the perception of the public, the judiciary and the offenders themselves.

There is certainly a perception that WMA offences, and regulatory offences in general, are somehow not real criminal offences, that while they have some of the attributes of true crime (e.g. the imposition of fines and possibly custodial sentences) they are not matters that society and the judiciary regard as carrying the same degree of opprobrium as offences commonly held to be criminal; in other words, they are ‘quasi-criminal’.

27 Waste Management Act 1996 (Commencement) Order 1996. SI No. 192/1996. Sections 6(2), 32(2), 57 and 58 of the Act came into force 2 years later.

28 Section 2.

29 Y. Scannell, “Environmental Criminal Law in Ireland” in Michael G. Faure and Günter Heine eds. *Final Report. Criminal Penalties in EU Member States’ Environmental Law* (Maastricht, Maastricht University, 2002) at pages 196 to 197. Also A. Ashworth. “Is the Criminal Law a Lost Cause?” [2000] LQR 225 at page 228 (hereinafter Ashworth). Also P. de Prez. “Excuses, Excuses: The Ritual Trivialisation of Environmental Prosecutions.” [2000] Journal of Environmental Law Vol 12, No. 1, 65 at page 67.

30 Ashworth *ibid* p. 228.



Irish courts have defined crime by reference to characteristics of the traditional criminal law procedures such as arrest and detention, the role of the State as arresting agent and prosecutor, mens rea, and punishment as being the primary rationale behind sentencing.³¹

This definition is at odds with the features of regulatory crime, including WMA offences.³² Furthermore, a clear distinction cannot be drawn between WMA offences and real crime, since many WMA offences have serious consequences, while not all offences prosecuted by An Garda Síochána³³ or the D.P.P. can be regarded as serious offences. The fact that the offences may be strict liability should not necessarily detract from their serious nature, since making them strict liability offences is mainly about making the investigation and prosecution of these offences easier and does not imply that they are not wrong.³⁴

It has also been suggested that regulatory crime is not regarded as true crime because it is victimless crime, although this is arguably less applicable to some WMA offences, where breaches lead to immediately noticeable environmental pollution.

The issue of moral condemnation also influences perceptions of whether breaches of the WMA are truly criminal. At a fundamental level, the WMA, like much environmental legislation does not seek to completely outlaw environmental pollution. This is because there is an acknowledgement that industry is a necessary part of any economy and all industry will entail varying degrees of environmental pollution.

What the WMA seeks to do is regulate a permissible level of environmental pollution, but in doing so, it arguably undermines itself by implying that a certain level of environmental pollution is acceptable, rather than prohibiting pollution in toto. The counter-argument is that the WMA – indeed regulatory legislation as a whole – is not unique in this regard.

Perceptions of what is, and what is not, morally reprehensible are not set in stone. They can change over time and criminalisation of certain conduct can be instrumental in this change. An important

31 *Melling v. Ó Mathghamhna* [1959] IR 1, per Lavery J. at 14, Kingsmill-Moore J. at 25 and Ó Dálaigh J. at 40. C. Abbot. *Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence* (Oxford, Portland, OR, Hart Publishing, 2009) at page 59. In sharp contrast to the Irish courts' distinction between regulatory and real crime, is the approach taken by the European Court of Human Rights, which found in the case of *Öztürk v. Germany* that criminal law can have a regulatory aspect to its character and the fact that the offence does not carry any stigma does not mean that it is not a criminal offence.

32 C.Scott "Regulatory Crime: History, Functions, Problems, Solutions" [hereinafter Scott] in Shane Kilcommins and Ursula Kilkelly eds. *Regulatory Crime in Ireland*. (Dublin, First Law/Lonsdale Publishing, 2010) [hereinafter Kilcommins] at page 81.

33 The police force of the Republic of Ireland. Literally, "Guardians of the Peace" but sometimes translated as, "Civic Guards."

34 C.Scott "Regulatory Crime: History, Functions, Problems, Solutions" [hereinafter Scott] in Shane Kilcommins and Ursula Kilkelly eds. *Regulatory Crime in Ireland*. (Dublin, First Law/Lonsdale Publishing, 2010) [hereinafter Kilcommins] at page 81.



factor to bear in mind is that the change in perception will be largely dependent on the effective enforcement of the law in question.³⁵

Finally, the moral authority of local authorities is undermined by the fact that local authorities themselves have been prosecuted for committing offences under the WMA (not to mention other environmental offences), especially when the prosecutions against local authorities and the local authority initiated WMA prosecutions invariably come before the same District Judges.³⁶

2. Strict Liability Nature of the Offences

Most regulatory offences, including those created by the WMA, are strict liability offences. There is no one definition of strict liability, but for the purposes of this article, a strict liability offence is defined as one in which the prosecution is not required to prove mens rea but the accused can rely on as a defence, the fact that he/she took reasonable steps to prevent the incident, as a defence.

From a WMA prosecutor's perspective, strict liability offences can be justified on a number of grounds. First, the offences are not regarded as, "truly criminal", and therefore minimal stigma attaches to a conviction for such an offence. Secondly, there is a public interest element in regulatory bodies being able to prosecute such offences expeditiously and if it was necessary to prove mens rea, these cases would entail greater investigation and defence costs. The issue of costs is especially important, bearing in mind the limited resources of WMA enforcement bodies. Being in a stronger position to prosecute means that they are in a better position to ensure compliance, as the existence of no-fault offences strengthens their general deterrence function.³⁷

Thirdly, the defendants in waste management cases are involved in activities that quite often have the potential to harm the environment and/or human health, if not immediately, then certainly in the long-term and, as such, the threat of potential criminal proceedings provides an incentive to ensure adequate safeguards are put in place and maintained.³⁸ In addition, those who have chosen to legally engage in the waste industry have voluntarily submitted themselves to a licensing regime.³⁹ Fourthly, the availability of strict liability offences strengthens the role of the criminal law in protecting, "fundamental social interests", by making it easier to prosecute these offences. While it can be

35 S. Coyle and K. Morrow. *The Philosophical Foundations of Environmental Law*. (Oxford and Portland, OR, Hart Publishing, 2004), page 141. Also EH Sutherland, "White Collar Crime and Social Structure" (1945) 10 *American Sociological Review* 132, 139.

36 The EPA prosecuted Monaghan County Council in 2007; Longford County Council in 2014; and Clare County Council, Galway County Council and Limerick County Council in 2013; and Cork County Council in 2020. Records of prosecutions against other local authorities go back to 2002.

37 C. Abbot. *Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence* (Oxford, Portland, OR, Hart Publishing, 2009) at page 124

38 See *Maguire* infra note 44.

39 *Ibid.*



argued that many criminal offences are a threat to fundamental social interests, environmental crime is distinguished by the long-term significance of environmental harm for future generations.⁴⁰

Finally, it overcomes what could potentially be insurmountable obstacles in securing convictions. In many, if not most cases, the prosecutor will not be in a position to obtain sufficient evidence regarding the manner in which an offender's business operates, in order to prove mens rea (i.e. that the incident happened because the offender intended it to, or was reckless as to whether the incident occurred). Furthermore, many defendants in such cases are corporate bodies and it can be difficult to identify an individual who acted as a company's agent in a particular incident. This being the case, it follows that it can be difficult to prove the offence was committed by the company at all.

Quite apart from overcoming any difficulties a prosecutor may have, it can be argued that corporate convictions do not entail the same level of stigma as would be the case if an individual was convicted of an offence. There is also a public interest element in applying strict liability to waste management offences committed by corporate bodies in that corporate crime is often committed on a larger scale and therefore poses a larger threat to society than crime committed by individuals.

There are however, counter-arguments to the above views. One English commentator has noted that environmental offences do, in fact, involve "significant social stigma"⁴¹ and that while strict liability may have been suitable for pollution cases at the time of the *Alphacell*⁴² judgment in 1972, perceptions have changed and environmental crime is now considered to be, "truly criminal" in character.⁴³ Similarly, while Lynch J. in *Maguire v. Shannon Regional Fisheries Board*⁴⁴ referred to the case in question as, "a minor offence"⁴⁵, increasing public awareness of environmental issues in the intervening 26 years, means that it is unlikely that a current District Judge would regard a case involving a fish-kill, as this particular case did, as a minor offence and neither would the public consider it minor.

Environmental offences were initially viewed as absolute liability offences. That is, offences where no mens rea is required and no defence is available to the accused. This view was reflected in *Sherras v. De Rutzen*,⁴⁶ where Wright J. stated that there was a presumption of mens rea in every crime, except for, "acts which are not criminal in any real sense, but are acts which in the public interest, are prohibited under a penalty"⁴⁷ and "acts which are a public nuisance."⁴⁸ In *Maguire*⁴⁹, a

40 Ibid at page 126

41 A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo. *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine* (Oxford, Hart Publishing, 2010), footnote 52, page 181.

42 *Alphacell Ltd. v. Woodward* [1972] 2 All ER 475

43 Supra note 41 at page 184.

44 [1994] 3 IR 580

45 Ibid, at page 591. See section D.1.a of this chapter, for an analysis of the constitutional case-law on "minor offences." <http://epa.ie/enforcement/prosecute/#.VBRPB_N0zIV>(date accessed: 13th September 2014).

46 *Sherras v. De Rutzen* [1895] 1 QB 918.

47 Ibid at page 921.



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Ambiente

Fasc. 1/2021

water pollution case, Lynch J. approving *Sherras*, stated that the offence in question fell within the category of offences that are not, “truly criminal.”⁵⁰ The approach of Lynch J. was followed by the Supreme Court in a subsequent water pollution case, *Shannon Regional Fisheries Board v. Cavan County Council*⁵¹, but this particular case appears to have marked a turning point in the Irish judiciary’s attitude to absolute liability, and possibly to strict liability, offences. In a dissenting judgment, Keane J. referred with approval, to the Canadian Supreme Court case of *R. v. City of SaulteSte. Marie*⁵² in which Dickson J. summed up the counter-argument succinctly when he stated that the:

*[A]rgument that no stigma attaches [to a conviction for a strict liability offence] does not withstand analysis, for the accused will have suffered loss of time, legal costs, exposure to the processes of the criminal law at trial and, however one may downplay it, the opprobrium of conviction.*⁵³

Dickson J. went on to suggest that there were three categories of offences, rather than just absolute liability and strict liability offences and defined strict liability offences as those:

*In which there is no necessity for the prosecution to prove the existence of mens rea; the doing of a prohibited act prima facie imports the offence, leaving it open to the accused to avoid liability by proving that he took all reasonable care.*⁵⁴

This approach has been accepted by the Irish judiciary since then, most notably in the case of *CC v. Ireland*⁵⁵, where section 1(1) of the *Criminal Law (Amendment) Act 1935*⁵⁶ was struck down as unconstitutional for imposing a severe penalty while failing to provide a defence of honest mistake. The section was silent on the requisite mens rea for the offence, so the offence was deemed to be one of absolute liability, but the maximum penalty on conviction was life imprisonment. Severe penalties for absolute liability offences will fall foul of Article 38.1 of the Constitution.⁵⁷ The State’s argument that, in characterising the offence, the court should take little or no account of the maximum penalty, but instead presume that those who are truly blameless will suffer only a conviction and a light penalty, was explicitly rejected by the Supreme Court.⁵⁸ This would be of particular concern to WMA prosecutors, since arguments that the courts ordinarily impose low fines in WMA prosecutions,

48 Ibid.

49 [1994] 3 IR 580.

50 Ibid at page 589.

51 [1996] 3 IR 267.

52 [1978] 2 R.C.S. 1299.

53 Ibid at 1311 – 1312.

54 [1978] 2 R.C.S. 1299 at 1326.

55 [2006] 4 IR 1.

56 “Any person who unlawfully and carnally knows any girl under the age of fifteen years shall be guilty of a felony, and shall be liable on conviction thereof to penal servitude for life or for any term not less than three years or imprisonment for any term not exceeding two years.”

57 “No person shall be tried on any criminal charge save in due course of law.”

58 [2006] 4 IR 1.



would fall on deaf ears, as it is not the fines ordinarily imposed that will be taken into consideration but the maximum penalty that could be imposed. In the case of the WMA that could be a €15,000,000 fine and/or up to ten years' imprisonment following a conviction on indictment.⁵⁹

More worryingly for WMA prosecutors, in the *CC* case, Hardiman J. noted that the Supreme Court in an earlier decision had declared as unconstitutional a Bill which would have imposed fines of up to IR£15,000 and imprisonment of up to 2 years, even though it contained a due diligence defence⁶⁰ as propounded by Dickson J. and approved by Keane J. While the observations of Hardiman J were made *obiter*, they do expose the waste management prosecutor's dilemma: it is perceived that the courts do not impose penalties that are severe enough, but the imposition of severe penalties is not possible for breaches of strict liability offences. On the other hand, the introduction of a mens rea element to these offences may allow for harsher penalties, but, as explained above, securing convictions for waste management offences could become problematic if it is necessary to prove that the defendant intentionally or recklessly contravened the relevant section of the WMA.⁶¹

In a subsequent High Court case, *Brady v. EPA*⁶², Charleton J. stated that:

*It is difficult to see offences of absolute or strict liability being compatible with the constitutional scheme where they go beyond the regulation of society through the imposition of small penalties based upon absolute or strict liability.*⁶³

Again, Charleton J.'s observation was made *obiter*, but taken together with the decision of the Supreme Court in *CC*, and the remarks of Hardiman J., it would seem to indicate a move away from treating environmental offences as strict liability offences. If this is the case, then it would appear that strict liability offences have turned full circle and that we are faced with a return to the nineteenth century Factories Acts situation, where it was felt necessary to introduce strict liability offences, in part to overcome the difficulties in proving mens rea for offences.⁶⁴

C. Definition of "Waste"

59 Section 10 of the *Waste Management Act 1996*, as amended by Section 22 of the *Protection of the Environment Act 2003*, as amended by Section 5 of the *Fines Act 2010*.

60 [1997] 2 IR 321. The case was a referral of a bill – The Employment Equality Bill 1996 – to the Supreme Court under Article 26 of the Constitution, for a decision on its constitutionality.

61 Section 10 of the *Waste Management Act 1996*, as amended by Section 22 of the *Protection of the Environment Act 2003*, as amended by Section 5 of the *Fines Act 2010*.

62 [2007] IEHC 58.

63 *Ibid* at paragraph 41.

64 A Norrie. *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law* (London, Butterworths, 2001) at page 86.



The judgment of the CJEU in the case of *Brady v. EPA*⁶⁵ may have implications for the effectiveness of the criminal enforcement of the WMA. This judgment arose from a reference for a preliminary ruling from the Irish Supreme Court in relation to the concept of “waste”, in particular the level of certainty of re-use that would be required in order for a substance (in this case, pig slurry) to be classified as a by-product rather than waste. The CJEU held that slurry is a waste but could become a by-product if its re-use was certain. The fact that its re-use would not become certain until spreading had taken place would not preclude its classification as a by-product.⁶⁶ Furthermore, even if the national court formed the view that the slurry was a by-product, it could become waste after its delivery to a third party, particularly if that party discharged the slurry into the environment in an uncontrolled manner.⁶⁷

While the judgment provided clarity on the definition of waste, it has implications for the prosecution of WMA offences. In terms of investigating and prosecuting cases, it will in certain cases become more difficult to prove that a substance is, “waste.” The judgment does not preclude placing the burden of proof on the defendant in terms of proving a substance is a by-product and in order to do so, the defendant would have to prove evidence of: his intention to re-use the substance; of the financial advantage to be gained from such re-use; of the needs of those to whom he transfers the by-product; of certainty of re-use; and that no further processing would be necessary before the by-product was re-used.⁶⁸ Nevertheless, it is by no means certain that the courts will require this of defendants and may be inclined to give them the benefit of the doubt.

D. The Actors

1. Environmental Officers

There has been little, if any, academic attention paid to Irish regulatory officers, particularly those involved in enforcing the WMA.

Environmental officers are generally, engineers and scientists. The experiences of environmental officers in the courts as set out in the literature and in this writer’s own experience, illustrate that their expectations quite often go unfulfilled, leaving them dissatisfied with the court process. Often, environmental officers want to explain the facts of the case in detail, facts they believe relevant, yet this is inconsistent with the manner in which District Court cases are handled, where the daily caseload requires the concise presentation of evidence and where judges have neither the time nor the inclination to hear detailed, and often quite technical, evidence. The judges’ attitudes are to a

65 C-113/12 [2013]

66 Ibid, at paragraph 48.

67 Ibid, at paragraph 50.

68 S. Guerin SC, “Key Issues in Environmental Prosecutions.” Lecture, Dublin. 19th June 2014.



degree, understandable as the District Court is a court of summary jurisdiction and was intended as a court that deals with a high volume of cases that are relatively straightforward in both the law behind them and the facts required to prove the offences in question. This situation arises in both contested cases and those where a guilty plea is entered. Environmental officers can be faced with District Judges who are less than sympathetic and occasionally hostile, particularly where the risk of environmental pollution is less obvious than in other cases, or where the offence relates to a technical breach of a waste licence⁶⁹. Environmental officers can also be subjected to quite intense cross-examination by lawyers acting for defendants, where their qualifications, professionalism and competence are questioned. And even where a guilty plea is entered, or an offender is found guilty following a trial, the environmental officers are often frustrated at the defendant's solicitor's plea in mitigation, which may seek to downplay the seriousness of the offence and the prosecuting solicitor's perceived failure to counter the mitigating factors presented.

The extent to which environmental officers themselves view certain infringements as criminal offences may also have a bearing on their decisions to prosecute. A study of Scottish environmental officers found that 42% did not believe they were dealing with criminal offenders, and were of the view that only those whose infringement was intentional or negligent, or those who attempted to conceal a breach, were criminal.⁷⁰ This showed that environmental officers were making moral judgments and it would seem that the strand of morality runs through the criminal enforcement of environmental legislation, from the legislators determining what should be criminal, to the enforcement officers deciding who should be prosecuted and the judges in passing sentence.

Since WMA enforcement bodies cannot appeal a lost prosecution to the Circuit Court and since the vast majority of their cases are prosecuted summarily, environmental officers can be preoccupied by a lost case to an extent that would be puzzling to the D.P.P. This preoccupation is not entirely baseless, since losing a case before a District Judge before whom a WMA enforcement body regularly appears, can have the practical effect of setting a precedent that can only be reversed by challenging the District Judge by way of a case stated to the High Court. As a result, environmental officers may decide against prosecuting a particular case if they feel that there is a possibility that it will fail.⁷¹

Enforcement Strategies

⁶⁹ Waste licences are issued by the Environmental Protection Agency, waste permits are issued by local authorities and waste collection permits are issued by the National Waste Collection Permit Office but for the sake of consistency, I shall refer to them all as, 'waste licences' for the purpose of this article.

⁷⁰ C. Lovat. "Regulating IPC in Scotland: A Study of Enforcement Practice" (2004) *J Environmental Law* 16(1):49

⁷¹ *Ibid*, at page 382.



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Ambiente

Fasc. 1/2021

Regulatory regimes – not just the WMA regime and not just those in Ireland – are characterised by the low number of prosecutions that are brought before the courts.⁷² Bell identified an enforcement approach which he called, “responsive regulation”, whereby environmental officers will move from persuasion to sanctions if the polluter fails to comply with his/her obligations.⁷³ This style of enforcement is illustrated by the “enforcement pyramid”, with ‘persuasion’ at its base, moving up to ‘warning letter’, ‘enforcement notice’, ‘criminal penalty’, ‘suspension of licence’ and then ‘revocation of licence’ at its apex.⁷⁴

The current shortage of accessible and detailed local authority prosecution data makes it difficult to develop an understanding of precisely how individual local authorities enforce the WMA. While there are certain common factors that influence decisions made by all local authorities in the area of WMA enforcement e.g. EPA guidelines, and national and EU legislation and case law, each local authority is an independent body with its own decision-making processes and priorities.⁷⁵ The EPA however, has published an enforcement policy, which sets out how it regulates activities licensed by the EPA⁷⁶

Yet while the number of prosecutions is low, the availability of criminal sanctions is regarded as an important part of the enforcement pyramid, since a strategy based entirely on persuasion and cooperation will not work in the case of a regulated party who decides to offend on the basis that it is more profitable to offend than to comply.⁷⁷ This is reflected in the enforcement policy of the Environment Agency (of England and Wales), which highlights the importance of a cooperative approach and its advisory and educational role, but goes on to state that prosecutions will be brought where necessary. It sees these prosecutions as having a deterrence and punishment function, punishing offenders and acting as a specific deterrent against re-offending in the case of the accused in a particular case, and as a general deterrent to others.⁷⁸

The roles of the regulator and D.P.P. differ in a number of respects. WMA enforcement bodies tend to use prosecutions as a last resort, rather than the first port of call and can rely upon a number of alternative remedies to prosecution. The investigation and prosecution of ‘real’ crime is victim-

72 See for example, P. Appleby “Compliance and Enforcement – The ODCE Perspective”, in Kilcommins supra note 34, at page 181. A. Reilly “Food Safety Authority of Ireland: Role and Functions”, in Kilcommins supra note 34 at page 238. In relation to Scotland, see Scott’s observation based on J. Rowan-Robinson, P.Q. Watchman and C.R. Barker, “Crime and Regulation: A Study of the Enforcement of Regulatory Codes (Edinburgh, T & T Clark, 1990) – “A Scottish study showed most regulatory authorities exhibited low incidences of prosecution...[T]he priority given to the efficient promotion of compliance with the regulatory rules has led to many enforcement agencies developing practices in which prosecution is very much the last resort” quoted in Scott supra note 34 at pages 72 to 73.

73 Ibid page 293.

74 S. Bell, *Environmental Law* 8th Edition (Oxford, Oxford University Press, 2012) at page 293.

75 S. Kilcommins and B. Vaughan, “The Rise of the Irish Regulatory State: A Response to Colin Scott” in Kilcommins supra note 34 at page 112.

76 G. O’Leary, “Delivering Outcomes from Environmental Regulation” in Kilcommins supra note 34, page 222.

77 O’Leary ibid at page 224.

78 Supra note 34 at page 112.



focussed, with the penalty largely determined by the impact the crime has on the victim, whereas regulatory enforcement will not necessarily result in the wrong-doer being prosecuted. Regulators unlike the DPP, also have an educational role.⁷⁹ A key difference between the two philosophies of prosecution, is that the WMA regulator uses the compliance model to develop a working relationship with the licence holder – it is a model involving cooperation, with the regulator and the regulated on the same side, so long as the regulated complies with the licence. The D.P.P. relationship with an offender is always an adversarial one.⁸⁰ The fact that the WMA regulator seeks to work alongside the licence holder may also be a reason for the low number of prosecutions, in that the use of criminal sanctions will inevitably sour the working relationship.⁸¹ It has been noted that different strategies are necessary when dealing with different types of offenders. Sanctions are generally more appropriate when dealing with rational actors than those who are incompetent; in fact the use of sanctions can be counter-productive, “prompting the development of a culture of resistance” or leading the offender “to take a defensive stance, suppressing information and failing to investigate the underlying causes of incidences for fear this information will be used against them in court.”⁸²

The criminal law is traditionally concerned with culpability and the related sentencing models of punishment and rehabilitation. Regulatory systems on the other hand, are more concerned with utilitarian concepts of efficiency and effectiveness, to the extent that culpability is not regarded as a primary concern.⁸³ This in turn, leads to tension with the criminal law as traditionally viewed, in particular the principle of equal treatment which requires that those who have committed similar wrongdoings are exposed to similar punishment,⁸⁴ which in a wider social context, could see environmental corporate offenders escape prosecution, while individuals guilty of relatively minor criminal offences are punished.⁸⁵ These are not just academic issues since it is not unreasonable to assume this lack of equality in treatment of offenders will negatively impact on the courts’ perceptions of the equity of WMA prosecutions.

An issue related to the WMA enforcement strategy is the type of offence local authorities prosecute. There are certain offences created by regulations made under the WMA that arguably should not be criminal offences at all and would be better suited to a system of administrative fines for their breach.⁸⁶ Sentencing is central to the effectiveness of the environmental criminal enforcement system

79 P. Appleby, “Compliance and Enforcement – The ODCE Perspective”, in Kilcomminsupra note 77 at page 181.

80 Supra note 34 at page 44.

81 Ibid, pages 53 to 54.

82 N. Gunningham. “Enforcing Environmental Regulation.” J Environmental Law (2011) 23(2): 169 at pages 186 to 187.

83 Supra note 34, pages 70 to 71.

84 Ashworth supra note 29 at page 245.

85 Ibid at page 249.

86 For example, failure to carry a copy of the waste collection permit on all vehicles listed in a waste collection permit and failing to ensure that the National Waste Collection Permit Office number is placed on the vehicle was a criminal offence until the introduction of fixed penalty notices under section 10B(1) of the WMA, as inserted by section 36 of the Environment (Miscellaneous Provisions) Act 2015.



and this writer suspects that making these breaches criminal offences downgrades the WMA criminal enforcement regime in the eyes of the judiciary, which has sentencing implications.

2. Offenders

There is no such thing as a typical offender in waste management prosecutions. Some are corporate bodies, while a significant number of offenders are individuals. Some are involved solely in the waste management industry, while for others, waste is very much a secondary part of their business in that it is an inescapable by-product of their primary business. Some offenders are fully aware that their activities are illegal, others less so.

The financial resources of offenders often vary significantly. It has always been a strategy on the part of some offenders as part of their mitigation, to plead straitened means.⁸⁷ The restrictions on prosecutors countering an offender's plea in mitigation and the shortage of public sector resources that render an investigation of an offender's financial health unlikely in a District Court prosecution, have always given offenders an advantage with this form of mitigation.⁸⁸

The attitudes of offenders to the WMA also vary widely. Some offenders do take their environmental responsibilities seriously, while others do not want the potentially negative connotations associated with a conviction, especially if the case is reported in the media. The holders of waste collection licences and waste facility licences are aware that a conviction could lead to the licence issuing authority no longer regarding them as "a fit and proper person" and revoking or refusing to renew their licences.⁸⁹ On the other hand, some offenders are not unduly concerned about the prospect of a conviction for an offence under the WMA, perhaps a reflection of the belief that environmental crime is not real crime. The holders of licences are aware that convictions for minor infractions are unlikely to have serious consequences and a significant number of those convicted for serious offences under the WMA are, in fact, licence holders.

All of the above are relevant factors for consideration in determining whether the criminal law should be used to ensure compliance with the waste management code. Assuming that it is, these factors also illustrate that offenders come from different backgrounds, have varying financial resources and offend for a variety of reasons. It therefore follows that sentencing practice and the range of penalties available to a sentencing judge, should reflect this variety.

87 M Grekos. "Environmental Fines – All Small Change?" [2004] *Journal of Planning and Environmental Law* 1330 at pages 1335 to 1336.

88 *Ibid.*

89 Section 34(5) Waste Management Act 1996.



3. The District Court

At present, there are 63 District Judges, of whom 43⁹⁰ are permanently assigned to Districts, the remainder being moveable District Judges who take the place of a sitting judge who is absent for whatever reason. The State is divided into 23 Districts, together with the Dublin Metropolitan District⁹¹, most of which in turn are divided into a number of District Court Areas. So for example, District Number 20, which covers north and east Cork, consists of the District Court Areas of Fermoy, Mallow and Midleton. The District Judge appointed to a particular District will sit in each District Court Area in his/her District on certain days each month, the days being set down in various statutory instruments.⁹²

While the District Court is a court of summary jurisdiction and deals with the less serious criminal cases, it is “the initial point of contact with the court system for all persons accused of criminal offences. It disposes of more than 90% of criminal cases in the State”⁹³

District Judges are appointed by the Irish President on foot of a binding recommendation of the Cabinet.⁹⁴ In order to become a District Judge, it is necessary to be a barrister or solicitor with at least 10 years' professional experience. While this experience can prove invaluable, District Judges currently receive little training before or after becoming judges and not all appointees will have had 10 years' experience practising in the District Court.

In keeping with the Irish constitutional guarantee of judicial independence, guaranteed by Article 35.4.1° of the Constitution, Irish judges can only be removed from office for, “stated

90 These figures are correct as at 13th August 2019. <https://www.courts.ie/judges>

91 <http://www.courts.ie/Courts.ie/library3.nsf/pagecurrent/E110997F0240362D80256D8700505112?opendocument>

92 *District Court Districts and Areas (Amendment) and Variation of Days and Hours (Abbeyfeale, Carrickmacross, Cavan, Limerick, Monaghan, Newcastle West and Virginia) Order 2014* (SI No. 142 of 2014). The Dublin Metropolitan District differs in that 18 District Judges are appointed to this District. Similarly, with District No. 19 (Cork City), there are 3 District Judges sitting in one courthouse. These figures are correct as of 8th April 2014, although there should be 21 District Judges for the Dublin Metropolitan District and one of the Cork City District Judges may move to the Circuit Courthouse to deal solely with District Court civil cases. The number of district courts has declined over time. Former Governments appear to have adopted a policy of rationalising the district court system, by reducing the number of district courts throughout the country. The previous Government accelerated this process by further reducing the number of district courts and centralising district court offices.

93 O’Nolan, C. *The Irish District Court: A Social Portrait* (Cork, Cork University Press, 2013), page 2. In 2019, 406,480 criminal cases came before the District Court, 34,616 before the Circuit Court, 1,982 before the Central Criminal Court, 70 before the Special Criminal Court, 1,440 before the Criminal Court of Appeal and 10 before the Supreme Court. Page 46, Courts Service Annual Report 2019.

94 The Cabinet is advised by the Judicial Appointments Advisory Board (JAAB), which was established in 1995 as a means of reducing political interference in the appointment of judges, although recent research carried out by Jennifer Carroll as part of her unpublished doctoral research on the selection process between 1982-2007, would seem to indicate that JAAB is failing in this regard – “Judicial appointments board ‘gave discretion back to politicians’” Irish Times, 23rd June 2014.



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Ambiente

Fasc. 1/2021

misbehaviour”⁹⁵ if a joint resolution is adopted by both houses of the Oireachtas.⁹⁶ District Judges are also largely immune from censure of any other kind and their work is subject to little by way of oversight.⁹⁸ Written transcripts are not kept of District Court proceedings and it is only recently that digital audio recording of District Court proceedings was introduced.⁹⁹

District Judges have a considerable degree of sentencing discretion, a fact exacerbated by the relative absence of sentencing guidelines for the Irish judiciary.¹⁰⁰ Furthermore, outside Dublin and Cork, there is only one District Judge per district and he/she hears cases and passes sentence in isolation, unlike the situation in England and Wales where magistrates sit as a bench. There is some evidence that where judges sit as a group, this has a bearing on colleagues' decisions on sentencing.¹⁰¹

The current situation in Ireland leads to considerable variations in the sentences passed for waste management offences. This writer regularly appears before District Judges in three different districts and has observed marked differences in judicial attitudes to waste management offences. A number of prosecutions brought by Cork County Council before four different District Judges against one individual offer a perfect illustration of this. The individual in question operated an unauthorised end of life vehicle (ELV) facility in County Cork. The facility was spread over six acres, and apart from the fact that the operator of the facility did not have a waste licence, he had failed to put in place impermeable surfacing or bunded containers, with the result that pollutants from the numerous ELVs on site were able to seep into the ground. The operator was prosecuted on four separate occasions in Cork City District Court by the writer, the facts of each case being essentially the same, yet the penalties imposed differed considerably. On the first occasion, the accused was convicted and fined €500 for a breach of Section 39 of the WMA and €600 for a breach of Section 55 of the WMA.¹⁰² On the second occasion, he was convicted and fined €800 for a breach of Section 39 and €600 for a breach of Section 55. The judge in this particular case informed the accused that if he appeared before the court again, he ran the risk of a custodial sentence.¹⁰³ On the third occasion, the District Judge took the view that the Council should provide the accused with a solution, and ultimately only

95 Article 35.4.1° of the Constitution provides that, “A judge of the Supreme Court or the High Court shall not be removed from office except for stated misbehaviour or incapacity, and then only upon resolutions passed by DáilÉireann and by Seanad Éireann calling for his removal.” Section 20 of the *Criminal Justice (District Court) Act 1946* provides that, “Justices shall hold office by the same tenure as the Judges of the Supreme Court and the High Court.”

96 The Irish Parliament, consisting of two houses, DáilÉireann and Seanad Éireann.

143 Supra note 93, pages 29 to 30.

98 Supra note 93, page 4. They are of course, subject to judicial review and habeas corpus.

99 Courts Service. *Courts Services Annual Report 2011* (Dublin, Courts Service, 2011). Accessed at: <<http://www.courts.ie/Courts.ie/library3.nsf/16c93c36d3635d5180256e3f003a4580/5429b2c7c7b74bd180257a3e004ecf1d?OpenDocument>>

100 Supra note 93, page 3.

101 Sunstein, C. *Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. (Washington DC, Brookings Institution Press, 2006).

102 Cork County Council v. Sean Murphy. Cork City District Court. 23rd January 2002..

103 Cork City District Court. 23rd October 2002.



LEXAMBIENTE

Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente

Fasc. 1/2021

imposed a total of €200 in fines and refused our costs and expenses.¹⁰⁴ On the fourth occasion, the District Judge fined the accused €2,000 for a breach of Section 55 of the WMA.¹⁰⁵

104 Cork City District Court. 20th February 2006.

105 Cork City District Court. 4th September 2007.