

LEXAMBIENTE

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



NUMERO 1\2020

- Il reato di deposito incontrollato di rifiuti e l'individuazione del suo momento consumativo di V. PAONE
- Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità, disapplicazione e canoni dell'esegesi penale di G. STEA
- La tutela penale dell'ambiente ed il delitto di inquinamento ambientale nella Repubblica di Serbia di M. BRANKOVIĆ
- La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in materia di associazione per delinquere finalizzata al traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti di A. FRANCO
- La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España: cuestiones teóricas y problemas prácticos di E. FRIGOLS I BRINES
- Il traffico illecito di rifiuti oltre frontiera: analisi economica di un reato ambientale transnazionale di C. BIGNOTTI



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

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 LOSAPPPIO, 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 14.000 documenti.



EDITORIALE 1/2020

Il primo numero del 2020, anno drammatico per l'uomo (non per l'ambiente, che anzi ha tratto beneficio dalla drastica riduzione delle attività produttive e antropiche) si apre con un articolo di Vincenzo Paone, dedicato al momento consumativo nel reato di deposito incontrollato di rifiuti: tema complesso, sul quale le ultime pronunce della Suprema Corte vanno consolidando una distinzione in due sottofattispecie (rispettivamente di abbandono e di deposito irregolare funzionale a successive forme di gestione), integranti rispettivamente reato istantaneo e permanente.

Gaetano Stea commenta criticamente una articolata ordinanza del Tribunale del Riesame di Lecce, emblematica di criteri interpretativi che ciclicamente riemergono nel diritto penale dell'ambiente (disapplicazione dell'atto amministrativo, interpretazione teologica ed euro unitarie in *malam partem*), i quali meritano un attento controllo.

Milan Brankovic ci offre un ritratto approfondito della disciplina penale serba in materia di ecoreati (in particolare di inquinamento ambientale), per certi versi anticipatrice di normative a noi più vicine; l'analisi mostra un dato troppe volte sottovalutato: l'effettività della tutela penale dipende non solo e non tanto dalla presenza di reati adeguati, quanto dalla sensibilità dei cittadini per certi valori e dalla organizzazione di sistemi di *law enforcement* dotati di mezzi e risorse idonei.

Andrea Franco analizza una recente sentenza della Corte di Cassazione in materia di traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti, approfondendo il rapporto tra il reato di associazione per delinquere e quello di attività organizzate per il traffico abusivo di rifiuti, con alcune precisazioni sulla confisca per equivalente del profitto del reato di cui all'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 231/2001.

Eliseu Frigols i Brines ci introduce ad un tema interessante in sé e per gli insegnamenti più generali che l'Autore ne trae: l'inquinamento acustico nell'esperienza giuridica spagnola, dove l'inerzia del sistema amministrativo di controllo ha spinto la giurisprudenza penale a interpretazioni "generose" del delitto di inquinamento, con ulteriore appendice (legislativa) rappresentata dal delitto di prevaricazione contestato



ai pubblici funzionari che (anche per omissione) non abbiano agito per arginare le fonti del rumore. Un classico esempio di supplenza giudiziaria successivamente “presa in carico” dal legislatore, ben noto anche alle nostre latitudini.

Infine, Camilla Bignotti tratta, alla luce dell'analisi economica del diritto, il problema del traffico illecito di rifiuti oltre frontiera commesso dai gruppi criminali organizzati a livello sovranazionale, allo scopo di verificare se le sanzioni previste dagli Stati europei siano idonee a contrastare il fenomeno.

Abbiamo inteso dare ampio spazio alla comparazione, e un piccolo spazio anche alla analisi economica del diritto, nella convinzione che i problemi ambientali siano tendenzialmente universali e (in linea di massima) motivati, almeno a livello macro, da patologie del sistema produttivo.

Lo studio delle soluzioni approntate negli altri ordinamenti e una analisi di tipo economico (costi/benefici) possono essere di aiuto per immaginare soluzioni nuove, adeguate agli scopi di tutela e rispettose delle garanzie.

Luca Ramacci

Carlo Ruga Riva



INDICE N. 1/2020

Il reato di deposito incontrollato di rifiuti e l'individuazione del suo momento consumativo di V. PAONE	1
Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità, disapplicazione e canoni dell'esegesi penale di G. STEA	18
La tutela penale dell'ambiente ed il delitto di inquinamento ambientale nella Repubblica di Serbia di M. BRANKOVIĆ	52
La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in materia di associazione per delinquere finalizzata al traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti di A. FRANCO	82
La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España: cuestiones teóricas y problemas prácticos di E. FRIGOLS I BRINES	102
Il traffico illecito di rifiuti oltre frontiera: analisi economica di un reato ambientale transnazionale di C. BIGNOTTI	130



Il reato di deposito incontrollato di rifiuti e l'individuazione del suo momento consumativo

The crime of uncontrolled storage of waste and the identification of its consumption moment

di Vincenzo PAONE

Abstract. Il contributo, prendendo spunto dalla più recente giurisprudenza in materia, si sofferma sulla fattispecie del deposito incontrollato di rifiuti (art. 256, 2° comma, d.leg. 152/06) esaminando le ragioni per qualificarlo, a seconda delle situazioni, come un reato istantaneo o permanente.

Abstract. The paper, analyzing the most recent jurisprudence on the subject, focuses on the case of the uncontrolled deposit of waste (art.256, 2nd paragraph, legislative decree 152/06) examining the reasons for qualifying it, according to the situations, as an instant or permanent offense.

Parole chiave: deposito incontrollato di rifiuti; occasionalità e provvisorietà; consumazione; istantaneità; permanenza.

Key words: uncontrolled storage of waste; occasionality and provisionality; consummation; instantaneity; stay.



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Uno sguardo sistematico. – 3. La posizione della dottrina. – 4. Una prima conclusione sulla nozione di deposito incontrollato. – 5. La funzione selettiva del termine “incontrollato”. – 6. Quando si consuma l'illecito. – 7. Il deposito temporaneo irregolare.

1. Premessa

Una recente sentenza della Cassazione (Cass. Sez. III, 31 ottobre 2019, n. 44516, Jannotti) ha proseguito la riflessione sul reato di deposito incontrollato di rifiuti (art. 256, 2° comma, D.Lgs. n. 152/2006) esaminando, tra l'altro, un profilo che costituisce l'oggetto precipuo delle presenti osservazioni e cioè la consumazione dell'illecito.

La pronuncia, infatti, ha spiegato che non si può operare una qualificazione astratta in termini di reato istantaneo o permanente, ma si deve avere riguardo alla condotta concretamente posta in essere; ha poi chiarito che la condotta tipica del reato consiste nella collocazione non definitiva dei rifiuti in un determinato luogo in previsione di una successiva fase di gestione del rifiuto, del quale quindi costituisce il prodromo, e ha concluso che in tutti i casi in cui, in concreto, sia mancata la successiva fase di gestione e la collocazione del rifiuto sia indicativa della mera volontà di liberarsene definitivamente, si determina una sostanziale coincidenza con la condotta tipica di abbandono, che si esaurisce nel momento stesso del rilascio (sicché l'illecito ha natura di reato istantaneo). Ha infine puntualizzato che per il deposito, prima dell'espletamento di altre attività di gestione, va predisposta ogni necessaria cautela per la salvaguardia della salute e dell'ambiente e di conseguenza il detentore del rifiuto, pur non abbandonandolo, ne mantiene la detenzione con modalità estranee a quelle conformi a legge, così integrando una condotta che, finché perdura, incide negativamente sul bene giuridico protetto.

La decisione in oggetto ha suscitato il nostro interesse anche perché si confronta con un nostro precedente contributo sul tema¹ sollevando, al riguardo, motivate riserve. Da qui l'idea di ripensare alla questione per meglio approfondire tutti i risvolti del delicato problema.

¹ *Il reato di deposito incontrollato di rifiuti (art. 256, 2° comma, d.lgs. N. 152/06) è un reato permanente?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 16 luglio 2015.



Per giungere a questo risultato, però, ci pare necessario procedere preliminarmente all'inquadramento dell'istituto ricordando che l'abbandono e il deposito incontrollato dei rifiuti costituiscono eventi pericolosi per l'ambiente e la salute pubblica che il legislatore ha sempre contrastato predisponendo diverse tipologie di sanzioni. Non a caso, all'indomani dell'entrata in vigore della prima legge in materia, la dottrina² ha sottolineato che la norma, che sanzionava la violazione del divieto in questione, costituiva l'unica disposizione concernente una condotta di effettiva esposizione a pericolo del bene protetto rappresentando altresì la norma di chiusura del sistema³.

2. Uno sguardo sistematico

Fin dal suo ingresso nel nostro ordinamento, la normativa sull'inquinamento da rifiuti prevedeva il divieto di abbandono e di deposito incontrollato: l'art. 9 D.P.R. n. 915/1982 vietava "l'abbandono, lo scarico o il deposito incontrollato dei rifiuti in aree pubbliche e private soggette ad uso pubblico" e vietava di "scaricare rifiuti di qualsiasi genere nelle acque pubbliche e private".

La violazione del divieto era sanzionata dall'art. 24 in modo differenziato a seconda della tipologia dei rifiuti immessi nell'ambiente: se oggetto dell'abbandono erano rifiuti urbani, l'inosservanza era punita con il pagamento in via amministrativa di una somma di denaro da L. 20.000 a lire 1.000.000; se erano abbandonati rifiuti speciali, la sanzione era da lire 100.000 a L. 2.000.000; se, infine, si trattava di rifiuti tossici e nocivi, il fatto era sanzionato penalmente con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da lire 200.000 a lire 5.000.000.

La punibilità della condotta era subordinata alla circostanza che il fatto avvenisse su area pubblica o su area privata, ma soggetta ad uso pubblico. Anche se questa limitazione non è stata più riprodotta,

2 V. MUCCIARELLI, voce *Rifiuti (reati relativi)*, in *Dig. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 282.

Da ultimo, ripropone questo profilo, SCARCELLA, *Diritto penale dell'impresa*, AA. VV., *I reati societari, fallimentari, finanziari, ambientali, patrimoniali, doganali - reati previdenziali - reati informatici - usura*, Milano, 2017, p. 869, osservando che «...nei reati di pericolo (quale è quello di deposito incontrollato di rifiuti), l'offesa al bene giuridico protetto consiste in un nocumento sull'integrità potenziale dello stesso, che viene soltanto minacciato, e può parlarsi di pericolo quando, secondo un giudizio *ex ante* e secondo la migliore scienza ed esperienza, appare probabile che dalla condotta consegua l'evento lesivo».

In argomento, v. anche SECCIA-RONCHI, *Deposito incontrollato o abbandono di rifiuti non pericolosi*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2008, p. 275; PIETRINI, *Commento agli artt. 50 e 51 dlgs. 22 del 1997*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari* (a cura di PALAZZO-PALIERO), Padova, 2003, p. 108; PRATI, *L'abbandono di rifiuti tra sanzione amministrativa e penale*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 56.

3 Un significativo esempio dell'ampio spettro applicativo della fattispecie in commento lo fornisce Cass. 20 marzo 2003, Grossi, *Foro it.*, 2003, II, p. 649: nella fattispecie, i responsabili di un'impresa, che avevano disposto il trasporto di rifiuti pericolosi liquidi, sono stati condannati, insieme all'autista che aveva eseguito il trasporto, per il reato di cui all'art. 51, 2° comma, D.Lgs. n. 22/1997 perché, in conseguenza di una brusca frenata dell'autocarro, si era rotto uno dei trasformatori contenenti le sostanze tossiche anzidette che, a loro volta, si erano riversate in notevole quantità nelle pubbliche vie di un centro abitato.



è interessante dedurre che, a stretto rigore, il deposito o l'abbandono effettuati su un'area privata, ma non soggetta ad uso pubblico, non potesse essere considerato vietato, conclusione non esente da critiche perché, anche in queste ipotesi, era comunque presente il rischio di inquinamento ambientale.

La disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 22/1997 (art. 14, 1° comma) riproduce, con lievi varianti lessicali, la formula dell'art. 9 D.P.R. n. 915/1982 stabilendo che "L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati". L'apparato sanzionatorio è affidato agli artt. 50 e 51 così articolati: se la violazione del divieto è opera di privati, è prevista una sanzione amministrativa; se la violazione è opera dei titolari di imprese e responsabili di enti, scatta la sanzione penale, a sua volta diversificata a seconda che si tratti di rifiuti pericolosi o non pericolosi.

Per inciso, si noti che l'aggettivo che qualifica le due condotte vietate compare declinato al plurale, il che farebbe pensare che il legislatore abbia voluto riferirlo ad entrambe le fattispecie. Siamo invece dell'opinione che si tratti di una semplice imprecisione linguistica, come dimostra il fatto che nel D.Lgs. n. 152/2006 si è tornati all'uso del singolare, certamente più corretto dal punto di vista linguistico e soprattutto più logico perché l'idea che un atto di abbandono non sia vietato se compiuto in modo "controllato" era decisamente troppo!

L'art. 192, 1° comma, dell'appena menzionato D.Lgs. n. 152/2006 stabilisce che «L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati». Ferma restando la sanzione amministrativa se il fatto è commesso da privati, l'art. 256, 2° comma, prevede che «Le pene di cui al comma 1 si applicano ai titolari di imprese ed ai responsabili di enti che abbandonano o depositano in modo incontrollato i rifiuti ovvero li immettono nelle acque superficiali o sotterranee in violazione del divieto di cui all'art. 192, commi 1 e 2».

Orbene, in nessuna delle normative fin qui citate è contenuta la definizione legale del deposito incontrollato. Proviamo, allora, a vedere se le direttive eurounitarie contengano elementi utili per risolvere questo primo problema.

Le risalenti direttive n. 75/442 e 78/319 non parlano di "deposito incontrollato" e utilizzano il termine deposito nell'art. 1, lett. b), in cui si dice che per smaltimento si intende "l'ammasso e il deposito sul suolo e nel suolo".

La successiva direttiva n. 156/91 (v. art. 4) stabilisce che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e in particolare:

- senza creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo e per la fauna e la flora;
- senza causare inconvenienti da rumori od odori;
- senza danneggiare il paesaggio e i siti di particolare interesse.



Gli Stati membri adottano inoltre le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti».

L'art. 4 direttiva 2006/12 stabilisce che «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e in particolare: 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti».

Infine, l'art. 36 direttiva n. 2008/98 stabilisce «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e la gestione incontrollata dei rifiuti. 2. Gli Stati membri emanano le disposizioni relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione. Le sanzioni previste sono efficaci, proporzionate e dissuasive».

Acquisito che neppure da queste norme si ricava una nozione legale del deposito, non resta che pensare che il legislatore comunitario, con l'aggettivo «incontrollato», abbia semplicemente inteso rafforzare la tutela dell'ambiente e della salute operando una rigida preclusione a qualsiasi attività relativa ai rifiuti svolta non *secundum legem*, a prescindere cioè dal fatto che sia prevista o meno un'autorizzazione.

3. La posizione della dottrina

Verifichiamo ora gli apporti della dottrina sulla nozione di cui trattasi.

Il panorama è alquanto articolato: si rinvengono tesi comuni e alcune, non particolarmente significative, differenze tra le varie posizioni che possiamo passare in rassegna.

Secondo una prima tesi ⁴, «la specificazione implicata dall'attributo incontrollato vale a connotare la condotta nel senso che deve trattarsi di un deposito realizzato al di fuori o in contrasto delle previsioni di natura tecnica stabilite dal D.P.R. n. 915 in generale e, in particolare, dalla successiva normativa di supporto ovvero dalle *leges artis*».

⁴ MUCCIARELLI, *Rifiuti (reati relativi)*, voce del *Dig. pen.*, Torino, 1997, p. 282.



Secondo altra dottrina⁵, «lo scarico o il deposito sono “incontrollati” se avvengono al di fuori dei dettami del D.P.R. n. 915/1982 che regola e “controlla” le attività di smaltimento dei rifiuti con la conseguente, legittima e “controllata” eventuale immissione nell’ambiente».

Secondo altra voce dottrina⁶, facendo leva sul fatto che il deposito incontrollato spesso rappresenta una fase intermedia tra la produzione del rifiuto ed una sua successiva movimentazione, ha concluso che esso integra «una fattispecie... quantitativamente e qualitativamente superiore al semplice atto unico dell'abbandono previsto dallo stesso, combinato normativo» configurando così una condotta che «si colloca tra le ipotesi di abbandono e di discarica rappresentando un deposito temporaneo effettuato al di fuori dei confini previsti dalla legge».

In senso adesivo, si è espresso altro A.⁷ che ha notato che «Tra le diverse forme di estrinsecazione della condotta tipizzate dall'art. 256, comma 2, quella del deposito incontrollato si rivela la più problematica quanto ad individuazione degli esatti confini del fenomeno disciplinato. Né il d.lg. 152 del 2006, né prima il d.lg. 22 del 1997 o il d.P.R. 915 del 1982, che già vietavano siffatta condotta, contengono una definizione di tale concetto. Quest'ultimo... parrebbe riguardare l'azione di chi si disfa di un modesto cumulo di rifiuti mediante, appunto, deposito su un'area, integrando una fattispecie quantitativamente e qualitativamente superiore al semplice atto unico dell'abbandono previsto dallo stesso combinato normativo, ma altresì distinto dal concetto di discarica... a differenza dell'abbandono e della discarica, il deposito parrebbe rappresentare non una dismissione, ma piuttosto una forma di gestione del rifiuto, preventiva rispetto al successivo smaltimento o recupero. Senonchè, si tratta di capire quale sia, nell'ambito della fattispecie la funzione selettiva da attribuire al termine «incontrollato», riferito, nell'ambito dell'art. 256, comma 2, appunto al deposito. La disciplina in materia di rifiuti, infatti contempla diverse forme di deposito in senso lato e più precisamente: a) il deposito temporaneo...; b) lo stoccaggio...; c) deposito sul suolo o nel suolo,... Ebbene, lo svolgimento "incontrollato" delle operazioni sub b) e c) non parrebbe poter coincidere con la nozione in esame, essendo l'esercizio delle stesse in linea di principio, sottoposto a preventivo controllo pubblicistico ai sensi degli art 208 ss. d.lg. 152 del 2006. Di talché, ove il controllo di volta in volta previsto non venga attivato o, comunque, non sia intervenuto, dovrebbe trovare applicazione l'ipotesi di gestione non autorizzata di rifiuti di cui all'art. 256, comma, 1».

E' stato poi affermato⁸ che «per “deposito”, in generale, deve intendersi un'attività “temporanea”, tendenzialmente continuativa, di collocazione di materiali destinati, comunque, a una successiva movimentazione; infatti, l'uso del termine “deposito” presuppone che il proprietario non intenda liberarsi definitivamente della sostanza, che permane, quindi, nella sua, seppure indiretta, sfera

5 AMENDOLA, *Smaltimento dei rifiuti e legge penale*, Napoli, 1985, p. 145.

6 SANTOLOCI, *La cassazione ritorna sul concetto di «deposito temporaneo»*, in *RivistAmbiente*, 2002, p. 77.

7 BERNASCONI, *Articolo 256, comma 2*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali* (a cura di GIUNTA), 2 ed., Padova, 2007, p. 255. V. anche BENOZZO, in AA.VV, *Commento al codice dell'ambiente*, Torino, 2008, p. 502.

8 PARODI, *La rilevanza penale dell'attività di deposito incontrollato*, in *Ambiente e sicurezza*, 2010, fasc. 10, p. 98. In senso analogo, v. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009, 318 e P. GIAMPIETRO, voce *Rifiuti (smaltimento dei)*, in *Encicl. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 795 per i quali il deposito va inteso come l'attività di accumulo temporaneo finalizzato all'esecuzione di operazioni di gestione da effettuarsi in periodi successivi.



economica, in attesa di una successiva differente destinazione; un deposito realizzato al di fuori della diretta sfera di controllo “tecnico-aziendale” del soggetto che lo pone in essere, in circostanza tali per cui non può non presumersi una situazione di concreto e attuale “rischio” per l’ambiente».

Secondo altra dottrina ⁹, «Più complessa risulta la fattispecie di deposito incontrollato di rifiuti. Tale formula non si ritrova nell'elenco delle definizioni contenute nell'art. 183 TUA. In giurisprudenza si ritiene "incontrollato" il deposito temporaneo realizzato dal produttore, nel luogo in cui i rifiuti siano prodotti (e non presso terzi), che ecceda i limiti quantitativi o temporali previsti dall'art. 183, lett. *bb*); ...Il deposito incontrollato assume così i contorni di un concetto normativo, nel senso che la determinazione del suo contenuto rinvia implicitamente ad un'altra norma, il citato art. 183, lett. *bb*). Ad escludere il concetto sopra riportato di deposito incontrollato non varrebbe dunque il fatto che il deposito di rifiuti sia sotto la sorveglianza del detentore e magari che siano rispettate tutte le condizioni che garantiscono la salvaguardia dell'ambiente: nell'interpretazione giurisprudenziale non rileva il controllo fattuale-materiale del deposito, bensì la sua legittimità giuridica, sussistente nei limiti temporali, quantitativi e modali di cui all'art. 183, lett. *bb*)».

Infine, per altro A. ¹⁰ «Il deposito incontrollato consiste nel disfarsi definitivamente di rifiuti depositati sul suolo, nel suolo, nelle acque superficiali o sotterranee, in aree private o pubbliche con alcune precise caratteristiche. Intanto si deve trattare di condizioni provvisorie, precarie, di accumulo e di rischio di pericolosità per l'ambiente. Poi, l'accumulo deve essere temporaneo, e infine deve riguardare quantità non limitate...Manca una definizione precisa del fenomeno di deposito incontrollato...Concerne il disfarsi di un modesto cumulo di rifiuti, che però sia quantitativamente e qualitativamente superiore al semplice abbandono, ma inferiore alla discarica. Ma, in tal modo, non si riesce ancora a stabilire quale sia la dimensione e quantitativa del deposito. Se, invece, si pone l'accento sul carattere temporaneo dell'attività con cui vengono lasciati dei materiali, assume rilevanza il fatto che i rifiuti rimangono nel controllo del proprietario finché questi non disponga la successiva destinazione. Quindi nel deposito è centrale l'elemento della provvisorietà dell'ammasso dei rifiuti e dunque la differenza con l'abbandono va ricercata sul piano temporale, in funzione di ulteriori attività di gestione dei rifiuti. Infatti nell'abbandono il detentore si disinteressa della sorte dell'oggetto scaricato, che intende lasciare definitivamente nell'ambiente, mentre nel deposito il soggetto intende lasciare solo momentaneamente il rifiuto in un sito ma intende successivamente spostarlo. Ovviamente se l'ammasso diviene definitivo potrà configurarsi la fattispecie di abbandono».

4. Una prima conclusione sulla nozione di deposito incontrollato

⁹ RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 129 ss.

¹⁰ CRUPI, AA.VV, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, opera diretta da Pisani e Cornacchia, Bologna, 2018, p. 504.



Tiriamo ora le fila. Premesso che spesso nell'analisi condotta dalla Corte suprema le due condotte (abbandono e deposito) che compongono la contravvenzione di cui all'art. 256, 2° comma, D.Lgs. n. 152/2006 sono accomunate, mentre è opportuno tenerle separate, si può ritenere che la nozione di abbandono rinvia all'atto mediante il quale il rifiuto è definitivamente (e indebitamente) rilasciato dal suo detentore in ambiente, in qualsiasi modo ciò avvenga.

L'abbandono, perciò, può consistere nel classico comportamento diretto esplicitamente allo scopo (ad es., il classico lancio del sacchetto di immondizia lungo i bordi della strada), ma può consistere in un qualunque altro atto dal quale derivi l'evento vietato dalla legge ¹¹.

L'ipotesi criminosa di cui trattasi si caratterizza per l'episodicità ed occasionalità del gesto perché, se fosse accertata la ripetitività degli atti di abbandono di rifiuti saremmo in presenza del reato di discarica (purchè sia accertato anche il degrado dell'area alterata nella sua destinazione e funzione a causa del ripetuto scarico di rifiuti; tuttavia, è stato detto che anche un unico conferimento di rifiuti, purchè in quantità ingente e quindi idoneo a far assumere alla zona interessata l'inequivoca destinazione di ricettacolo di rifiuti, rientra nello schema del reato di discarica ¹².

Passando alla seconda fattispecie contemplata nella contravvenzione, il problema di definire il concetto di deposito incontrollato è aggravato, come già detto, dal fatto che il sostantivo è accompagnato dall'aggettivo «incontrollato».

Adesso accantoniamo questo secondo tema e rileviamo, innanzitutto, che, nel suo significato corrente, per deposito deve intendersi un'attività "temporanea" di collocazione di oggetti/sostanze in un certo luogo sotto il controllo del detentore in attesa del compimento di ulteriori operazioni da svolgersi su di esse.

In conclusione, mentre nell'abbandono il detentore si disinteressa completamente della sorte dell'oggetto scaricato che resta definitivamente nell'ambiente, nel deposito il soggetto agisce con la prospettiva di ammassare i rifiuti in via provvisoria, per un tempo apprezzabile, in vista dell'esecuzione di ulteriori operazioni di smaltimento o recupero.

11 Sul punto, RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 128, ha evidenziato che «L'abbandono sussiste in presenza di condotte incompatibili con una qualsiasi delle forme di legittima gestione (stoccaggio, messa in riserva, realizzazione di discarica autorizzata) dei rifiuti».

12 Cass. 4 marzo 2005, D'Agostino, *Riv. ambiente e lav.*, 2005, fasc. 8, p. 69, secondo cui integra il reato di discarica abusiva anche un unico conferimento di rifiuti, purchè in quantità ingente in quanto idoneo a far assumere alla zona interessata l'inequivoca destinazione di ricettacolo di rifiuti; per Cass. 10 settembre 2015, Chiaravalloti, *Foro it.*, 2016, II, 444, è la mera occasionalità che differenzia l'abbandono dalla discarica e tale caratteristica può essere desunta da elementi indicativi quali le modalità della condotta (ad es. la sua estemporaneità o il mero collocamento dei rifiuti in un determinato luogo in assenza di attività prodromiche o successive al conferimento), la quantità di rifiuti abbandonata, l'unicità della condotta di abbandono; la discarica invece richiede una condotta abituale, come nel caso di plurimi conferimenti, ovvero un'unica azione, ma strutturata, anche se in modo grossolano e chiaramente finalizzata alla definitiva collocazione dei rifiuti *in loco*.



Va peraltro segnalato che nella fattispecie del deposito incontrollato il fatto deve essere assolutamente occasionale, riguardante un determinato e circoscritto quantitativo di rifiuti: perciò, se il soggetto ponesse in essere un ammasso sistematico, ripetuto e organizzato, sarà ravvisabile lo stoccaggio punibile come attività di gestione dei rifiuti abusiva ai sensi del 1° comma dell'art. 256, D.Lgs. n. 152/2006.

Il fattore «tempo» dunque è l'elemento che caratterizza la fattispecie criminosa. Tuttavia, dato che la legge non fornisce nessuna indicazione sul punto¹³ e dato che non è possibile fare esclusivo affidamento sulle dichiarazioni dell'agente (che non ha alcun interesse a dichiarare il vero viste le diverse conseguenze sanzionatorie cui si espone), sul piano operativo appare evidente la difficoltà ad applicare il criterio suindicato.

Per questa ragione, come già sostenuto in passato¹⁴, per stabilire l'esistenza del reato si deve pensare ad «un tempo di attesa ragionevole» decorso il quale la mancata effettiva rimozione dei rifiuti permetterebbe di qualificare la situazione di fatto non già come un deposito, ma come un «abbandono», con la conseguenza che il reato si consuma nell'istante del rilascio del rifiuto con decorrenza del termine di prescrizione da quel momento.

In proposito, la sentenza Jannotti ha obiettato che «il riferimento ad un tempo di attesa "ragionevole" risulta estremamente vago e difficilmente individuabile». La critica coglie il segno, tuttavia, se la «temporaneità» rappresenta l'essenza del deposito, non vediamo come si possa evitare di ricorrere al suggerito criterio che potrà essere «affinato» e circostanziato quanto più possibile, ma che resta pur sempre il solo capace di segnare la linea di confine tra lecito e illecito (salvo la precisazione che faremo in appresso con riguardo al tema del modalità di detenzione estranee a quelle conformi a legge).

In questa prospettiva, per ridurre per quanto possibile la genericità dell'indicazione, occorrerà ricercare tutti gli indici probatori significativi che dimostrino, obiettivamente, la condizione di effettiva temporaneità dell'accumulo dei rifiuti, a cominciare dalla loro natura e dalle caratteristiche dell'ammasso, valorizzando ogni ulteriore elemento da cui si possa desumere l'esistenza di un iniziale «progetto» di allontanamento del rifiuto.

Opinando diversamente, si va incontro a due diversi rischi: da un lato, ritenere sempre integrata l'ipotesi dell'abbandono, dall'altro lato, ritenere la permanenza dell'illecito, legata però al solo elemento materiale della condotta in atto – la detenzione – senza indagare su altri profili della vicenda.

5. La funzione selettiva del termine “incontrollato”

¹³ Ad esempio, non è prevista alcuna forma di tracciabilità dell'operazione posta in essere.

¹⁴ V. contributo in nota 1.



Prima di esprimerci sulla portata del termine “incontrollato”, che dovrebbe avere la funzione di selezionare la condotta da sottoporre a sanzione, occorre far presente che la legge prevede tre fattispecie di deposito da tenere ben distinte tra loro per evitare equivoci applicativi.

Il primo tipo è il «deposito temporaneo», consistente nel raggruppamento dei rifiuti effettuato, prima della raccolta, nel luogo in cui gli stessi sono prodotti nel rispetto di determinate condizioni; il secondo è il «deposito preliminare», attuato prima di una delle operazioni di smaltimento previste nei punti da D1 a D14 dell'Allegato B alla parte quarta del D.Lgs. n. 152/2006; il terzo è la «messa in riserva» attuata prima di una delle operazioni di recupero previste nei punti da R1 a R12 dell'Allegato C alla parte quarta del cit. dec. (queste due ipotesi costituiscono, in realtà, una mera distinzione dell'unitario concetto di «stoccaggio» di cui alla lett. *aa*) dell'art. 183, 1° comma, D.Lgs. n. 152/2006).

Giova ricordare che il deposito temporaneo non rientra nella nozione di «operazione di gestione» come ha stabilito la Corte di giustizia con la sentenza 5 ottobre 1999, n. 175/98, 177/98, *Foro it.*, 1999, IV, 441, e difatti non necessita di autorizzazione.

Il deposito preliminare e la messa in riserva sono invece fasi di gestione dei rifiuti e sono perciò sottoposte al controllo della pubblica amministrazione la cui mancanza è sanzionata ex art. 256, 1° comma, D.Lgs. n. 152/2006.

Per cogliere il significato della locuzione «in modo incontrollato», una cosa è certa: da un lato, va escluso che il deposito incontrollato corrisponda a quello «non autorizzato» (pena la duplicazione di sanzioni) e dall'altro lato va esclusa la rilevanza di un semplice controllo fattuale-materiale del deposito da parte del suo detentore, insomma di una generica e non meglio definita sorveglianza.

Ne deriva che la sola interpretazione sostenibile è che, attraverso l'uso del sostantivo “modo”, il legislatore abbia puntato il riflettore sul fatto che la punibilità del deposito sia subordinata all'attuazione dello stesso con modalità irregolari.

Con una prima rilevante conseguenza è cioè che il reato non è configurabile quando i rifiuti siano detenuti per l'appunto «in maniera controllata» e cioè con modalità conformi a legge.

Tuttavia, il vero punto dolente ¹⁵ è che non esiste un organico supporto normativo contenente le specifiche regole tecniche occorrenti per realizzare un deposito «controllato» e quindi lecito.

Inoltre, la sola disposizione (l'art. 183, 1° comma, lett. *bb*), D.Lgs. n. 152/2006) che evoca prescrizioni tecniche da osservare nella gestione di un deposito pone un problema di inadeguatezza strutturale.

15 Con buona pace del principio di tassatività e determinatezza della norma penale!



A parte il fatto che si tratta delle regole dettate per quella particolare forma di deposito definito temporaneo, vale a dire quello realizzato dal produttore dei rifiuti, si osserva, in primo luogo, che il regolamento UE 850/2004 (citato nel punto 1)¹⁶ definisce le misure di limitazione alla produzione, immissione in commercio ed uso degli inquinanti organici persistenti ed indica le modalità di eliminazione e, a determinate condizioni e limitazioni, di recupero dei rifiuti contenenti o contaminati da tali sostanze, ma non contiene specifiche indicazioni circa le modalità di stoccaggio/deposito temporaneo di tali rifiuti.

In secondo luogo, in relazione al punto 3)¹⁷, la datata Delibera del Comitato Interministeriale 27 luglio 1984, contenente disposizioni per la prima applicazione dell'art. 4 d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915, stabilisce indicazioni per lo stoccaggio dei rifiuti "tossico nocivi" e solo in forza dell'analogia le prescrizioni tecniche ivi contemplate possono essere estese a tutti gli ammassi provvisori di rifiuti.

Infine, il regolamento CLP (*Classification, Labelling and Packaging*) n. 1272/2008, cui si riferisce il punto 4)¹⁸ si limita a prevedere un sistema di classificazione europeo relativo alla classificazione, etichettatura e imballaggio delle sostanze chimiche (e delle loro miscele).

Per completezza, va detto che altre normative, cui riferirsi per le modalità di stoccaggio, potrebbero essere il DM 5/2/1998 (per gli impianti di recupero in via semplificata dei rifiuti non pericolosi) e il DM 161/2002 (per gli impianti di recupero in via semplificata dei rifiuti pericolosi) in cui sono definite, in termini di presidi richiesti ai fini ambientali, le caratteristiche degli stoccaggi.

In conclusione, con tutte le perplessità del caso, si potrebbe ipotizzare che l'integrazione del reato vada ancorata al mancato rispetto delle fondamentali prescrizioni da osservarsi per la massima precauzione dei beni tutelati¹⁹.

6. Quando si consuma l'illecito

16 «i rifiuti contenenti gli inquinanti organici persistenti di cui al regolamento (CE) 850/2004, e successive modificazioni, devono essere depositati nel rispetto delle norme tecniche che regolano lo stoccaggio e l'imballaggio dei rifiuti contenenti sostanze pericolose e gestiti conformemente al suddetto regolamento».

17 «il "deposito temporaneo" deve essere effettuato per categorie omogenee di rifiuti e nel rispetto delle relative norme tecniche, nonché, per i rifiuti pericolosi, nel rispetto delle norme che disciplinano il deposito delle sostanze pericolose in essi contenute».

18 «devono essere rispettate le norme che disciplinano l'imballaggio e l'etichettatura delle sostanze pericolose».

19 Ad esempio, potrebbe essere rilevante l'apposizione di etichette sui contenitori o l'accatastamento degli stessi in modo inidoneo ad evitare cadute o sversamenti; l'ammasso di rifiuti fra loro eterogenei in maniera del tutto asistemica; l'ammasso alla rinfusa; il deposito di rifiuti esposti agli agenti atmosferici o senza un sistema di regimentazione delle acque.



La problematica della natura istantanea o permanente del reato²⁰ è stata oggetto di due segnalazioni da parte dell'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione dell'esistenza del contrasto di giurisprudenza (cfr. relazione n. 52/14 del 2 ottobre 2014 e relazione n. 26/15 del 14 aprile 2015).

Un breve riepilogo delle posizioni assunte dalla Cassazione è dunque senz'altro utile.

Per Cass. 26 marzo 2011, Caggiano, *Ced Cass.*, rv. 250969, il deposito incontrollato, dando luogo ad una forma di gestione del rifiuto preventiva rispetto al recupero o allo smaltimento, perdura fino allo smaltimento o al recupero.

Cass. 21 ottobre 2010, Gramegna, *Ced Cass.*, rv. 248706, ha sostenuto che la contravvenzione di cui all'art. 256, 2° comma, è un reato commissivo eventualmente permanente, la cui antigiuridicità cessa o con il sequestro del bene o con l'ultimo abusivo conferimento di rifiuti o con la sentenza di primo grado.

In Cass. 12 dicembre 2013, Vasta, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, 564, sulla premessa che il reato di deposito incontrollato perdura sino allo smaltimento o al recupero dei rifiuti, si è sostenuto che dell'illecito risponde anche l'amministratore in carica al momento dell'accertamento del fatto, pur se diverso da quelli precedenti che avevano effettuato lo stoccaggio irregolare.

Per Cass. 9 luglio 2013, Pinto Vraca, *Ced Cass.*, rv. 258313, il reato di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti ha natura di reato istantaneo, eventualmente con effetti permanenti.

Secondo Cass. 9 luglio 2013, Farina, e 3 maggio 2013, Inghilleri, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, 220, il reato di deposito incontrollato di rifiuti è permanente.

Una significativa «svolta» si ha con Cass. 10 giugno 2014, Ottonello, *Ced Cass.*, rv. 260011, secondo cui il reato di deposito incontrollato di rifiuti ha natura "permanente" se l'attività illecita è prodromica al successivo recupero o smaltimento, delle cose abbandonate, e, quindi, la condotta cessa soltanto con il compimento delle fasi ulteriori rispetto a quella del rilascio, o, invece, natura "istantanea con effetti eventualmente permanenti", se l'attività illecita si connota per una volontà esclusivamente dismissiva dei rifiuti, che, per la sua episodicità, esaurisce gli effetti della condotta fin dal momento dell'abbandono e non presuppone una successiva attività gestoria volta al recupero o allo smaltimento.

Nella stessa linea, Cass. 19 novembre 2014, Cusini, *Ced Cass.*, rv. 262410, ha affermato che il reato di abbandono incontrollato di rifiuti ha natura istantanea con effetti permanenti, in quanto presuppone una volontà esclusivamente dismissiva dei rifiuti che, per la sua episodicità, esaurisce i propri effetti al momento della derelizione, mentre il reato di deposito incontrollato, integrato dal

20 In argomento, v. BRAY, *Sulla configurabilità dell'abbandono di rifiuti: soggetto attivo e momento consumativo del reato (istantaneo o permanente?)*, nota a Cass., Sez. III, 8 ottobre 2014, n. 47662, Pellizzari, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 10 aprile 2015; v., da ultimo, RUGA RIVA, *Questioni controverse nelle contravvenzioni ambientali: natura, consumazione, permanenza, prescrizione*, in questa *Rivista*, n. 3/2019, p. 9.



mancato rispetto delle condizioni dettate per la sua qualificazione come temporaneo, ha natura permanente, perchè la condotta riguarda un'ipotesi di deposito "controllabile" cui segue l'omessa rimozione nei tempi e nei modi previsti dall'art. 183, 1° comma, lett. *bb*), D.Lgs. n. 152/2006, la cui anti giuridicità cessa con lo smaltimento, il recupero o l'eventuale sequestro.

Per Cass. 10 febbraio 2015, Palumbo, www.lexambiente.it, il reato di deposito incontrollato di rifiuti ha natura permanente se l'attività illecita è prodromica al successivo recupero o smaltimento, delle cose abbandonate, e, quindi, la condotta cessa soltanto con il compimento delle fasi ulteriori rispetto a quella del rilascio, o, invece, natura "istantanea con effetti eventualmente permanenti", se l'attività illecita si connota per una volontà esclusivamente dismissiva dei rifiuti, che, per la sua episodicità, esaurisce gli effetti della condotta fin dal momento dell'abbandono e non presuppone una successiva attività gestoria volta al recupero o allo smaltimento.

In Cass. 1° luglio 2015, Gai, *Ced Cass.*, rv. 267183, si legge che il reato di deposito incontrollato di rifiuti è reato commissivo eventualmente permanente, la cui anti giuridicità cessa con il conseguimento della necessaria autorizzazione ovvero con l'ultimo abusivo conferimento di rifiuti o con un provvedimento cautelare di natura reale ovvero con la sentenza di primo grado.

Cass. 7 aprile 2017, Alabiso, *Ced Cass.*, rv. 271078, senza per vero distinguere tra le due fattispecie punite dal 2° comma dell'art. 256, ha sostenuto che la contravvenzione di abbandono e/o deposito di rifiuti, prevista, ha natura di reato istantaneo (in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto ininfluenza, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per il calcolo della prescrizione, la successiva rimozione di rifiuti).

Secondo Cass. 22 novembre 2017, Paglia, *Ced Cass.*, rv. 272632, la contravvenzione di deposito di rifiuti, prevista dal 2° comma dell'art. 256 D.Lgs. n. 152/2006, ha natura permanente, perchè la condotta riguarda un'ipotesi di deposito "controllabile" cui segue l'omessa rimozione nei tempi e nei modi previsti dall'art. 183, 1° comma, lett. *bb*), cit. dec..

Infine, Cass. 9 maggio 2019, n. 36411, Vitale, allo stato inedita, ha ribadito che, per stabilire la natura giuridica del reato di deposito incontrollato di rifiuti (istantanea o permanente), è necessaria la verifica delle concrete circostanze che connotino la presenza *in loco* dei rifiuti: ogni qualvolta l'attività di deposito incontrollato di rifiuti sia prodromica ad una successiva fase di smaltimento o di recupero del rifiuto stesso, caratterizzandosi essa, pertanto, come una forma, per quanto elementare, di gestione del rifiuto (della quale attività potrebbe dirsi che costituisce il "grado zero"), la relativa illiceità penale permea di sè l'intera condotta (quindi sia la fase prodromica che quella successiva), integrando, pertanto, una fattispecie penale di durata, la cui permanenza cessa soltanto con il compimento delle fasi ulteriori rispetto a quella di rilascio, con le derivanti conseguenze a livello di decorrenza del termine prescrizione; nel caso in cui, invece, siffatta attività non costituisca l'antecedente di una successiva fase volta al compimento di ulteriori operazioni, non vi è ragione di ritenere che essa sia idonea ad integrare un reato permanente, nessuna ulteriore attività residuando alla descritta condotta di abbandono.



Anche la sentenza Jannotti ha stabilito che «Ciò che invece sembra caratterizzare il deposito incontrollato è la condotta tipica individuabile sulla base del significato letterale del termine "deposito" nello specifico contesto, ossia la collocazione non definitiva dei rifiuti in un determinato luogo in previsione di una successiva fase di gestione del rifiuto, del quale quindi costituisce il prodromo, poiché altre finalità sembra possano condurre tutte alla collocazione entro diverse fattispecie».

Vediamo, alla luce di quanto esposto, se si possono fissare dei punti fermi.

Se l'illecito si concretizza nell'abbandono del rifiuto, si configura un reato istantaneo con eventuali effetti permanenti: al riguardo, si tenga conto che la condotta esaurisce i propri effetti al momento del rilascio anche quando ontologicamente non è più possibile procedere successivamente alla rimozione (ad esempio, rifiuti liquidi scaricati in corpo ricettore o rifiuti solidi immediatamente eliminati).

Se il deposito incontrollato assume, di fatto, la conformazione di un rilascio definitivo nell'ambiente è, al pari dell'abbandono, un reato istantaneo con eventuali effetti permanenti.

Si tratta ora di analizzare i casi in cui il deposito incontrollato non si atteggi, fin dall'inizio, come un abbandono definitivo di rifiuti.

Da questo punto di vista, la ricorrente affermazione che il deposito è prodromico ad una successiva fase di smaltimento/recupero del rifiuto, va integrata con alcune considerazioni utili per meglio lumeggiare la questione.

Come è noto, anche se non esplicitamente menzionate dal 1° comma dell'art. 256, una fondamentale *summa divisio* è tra l'impresa che svolga in modo organizzato – abusivamente o meno, non importa – la gestione di rifiuti «prodotti da terzi» e l'impresa che autogestisca in via ordinaria i rifiuti prodotti dalla propria attività economica principale.

Per inciso, non dimentichiamo che secondo la più recente (e condivisibile) giurisprudenza, se la condotta presenti connotati di assoluta occasionalità e non costituisce dunque una vera e strutturata attività, viene meno la stessa tipicità del fatto illecito. Tale rilievo, comunque, qui è secondario atteso che il reato di cui all'art. 256, 2° comma, ha una sua precisa autonomia che prescinde dalle sorti del reato di gestione abusiva non ravvisabile per l'occasionalità del fatto.

Ciò posto, si osserva che, a livello teorico, il titolare di un'impresa che gestisce i rifiuti prodotti da terzi potrebbe aver deciso di attivare, tra le operazioni funzionali all'attività di cui trattasi, anche forme di stoccaggio (come il deposito preliminare o la messa in riserva) richiedendo l'apposita autorizzazione. Il problema del deposito incontrollato, dunque, non si dovrebbe porre se non in via assolutamente marginale o episodica, allorché, ad esempio, ricorra l'improvvisa necessità di ammassare provvisoriamente un quantitativo di rifiuti in un certo sito.



In tal caso, in applicazione dei principi prima esposti, il deposito incontrollato potrà essere attuato prevedendo fin dall'inizio della collocazione dei rifiuti *in situ* sia l'osservanza di prescrizioni e cautele ambientalmente corrette sia il tempo massimo di attesa prima di asportare i rifiuti. Se queste condizioni sono effettivamente rispettate il reato non sussiste ²¹.

Ma si può dare il caso in cui l'una o l'altra delle due condizioni sia disattesa: ne deriva che il reato è permanente (come dice la sentenza Jannotti «Si versa, in tali ipotesi, in un caso in cui il detentore del rifiuto pur non abbandonandolo nel senso dianzi individuato, ne mantiene la detenzione con modalità estranee a quelle conformi a legge, potenzialmente pericolose. Si tratta, in questo caso, di una condotta che finché perdura incide negativamente sul bene giuridico protetto dalla disposizione che la vieta) e la sua consumazione dura fintanto che non vengano a cessare le situazioni di fatto che integrano l'illecito (la regolarizzazione delle modalità di tenuta del deposito, la materiale rimozione dei rifiuti, anche ad opera di terzi, il compimento delle fasi di recupero o smaltimento dei medesimi).

7. Il deposito temporaneo irregolare

Esaminiamo da ultimo il caso del titolare di un'impresa che gestisce (con o senza titolo abilitativo, come detto prima non rileva) i rifiuti propri e introduciamo il problema del deposito temporaneo ricordando, preliminarmente ²², che è stato dettato il principio per cui per deposito controllato o temporaneo si intende ogni raggruppamento di rifiuti, effettuato prima della raccolta, nel luogo in cui sono stati prodotti, nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 183 D.Lgs. n. 152/2006 con la conseguenza che, in difetto anche di uno dei requisiti normativi, il deposito non può ritenersi temporaneo, ma deve essere qualificato, a seconda dei casi, come "deposito preliminare" (se il collocamento di rifiuti è prodromico ad un'operazione di smaltimento), come "messa in riserva" (se il materiale è in attesa di un'operazione di recupero), come "abbandono" (quando i rifiuti non sono destinati ad operazioni di smaltimento o recupero) o come "discarica abusiva" (nell'ipotesi di abbandono reiterato nel tempo e rilevante in termini spaziali e quantitativi).

21 La sentenza Jannotti sul punto ha giustamente osservato che «Il deposito del rifiuto, essendo caratterizzato da un tempo di attesa prima dell'espletamento di altre attività di gestione, presuppone che durante tale fase sia predisposta ogni necessaria cautela per la salvaguardia della salute e dell'ambiente. Si tratta di un concetto ovvio se riferito alle ipotesi di deposito lecito e non si vede per quale ragione esso non possa essere utilizzato anche riguardo al deposito incontrollato, che si caratterizza, ad avviso del Collegio, proprio per le modalità con le quali viene effettuato, dunque senza alcuna cautela».

22 V. Cass. 25 febbraio 2004, Eoli, in *Ambiente*, 2004, 1085; 11 marzo 2009, Fabris, *Ced Cass.*, rv. 243719; 10 novembre 2009, Manni, *Ced Cass.*, rv. 245865; 20 maggio 2014, Rodolfi, *Ced Cass.*, rv. 260384.



Tale orientamento andrebbe forse rimodulato perché, in primo luogo, trascura che sono quattro le ipotesi di deposito di rifiuti (il deposito temporaneo, il deposito incontrollato, il deposito preliminare e la messa in riserva); in secondo luogo, sovrappone il deposito controllato e quello temporaneo, senza considerare la necessaria autonomia del primo istituto.

Inoltre, tenuto conto che, fin da Cass. 15 luglio 1997, Ciarcia, *Foro it.*, 1998, II, 530, la giurisprudenza ha stabilito che l'inosservanza della disciplina sul deposito temporaneo integra la fattispecie del deposito incontrollato dei propri rifiuti, non vi è ragione per ritenere che il deposito temporaneo irregolare debba essere qualificato, a seconda dei casi, come "deposito preliminare" (se il collocamento di rifiuti è prodromico ad un'operazione di smaltimento) oppure come "messa in riserva" (se il materiale è in attesa di un'operazione di recupero).

Infine, non è sufficiente sostenere che il deposito temporaneo irregolare è un "abbandono"²³, quando i rifiuti non sono destinati ad operazioni di smaltimento o recupero, senza differenziare, come fa la sentenza Jannotti (ed altre decisioni), tra questa situazione e quella in cui, sia pure tardivamente, l'asportazione/rimozione avvenga effettivamente.

Alla luce di queste puntualizzazioni – che non minano affatto la bontà dell'impostazione – osserviamo, prima di tutto, che il deposito temporaneo effettuato in luogo diverso da quello in cui sono prodotti è sanzionabile come una forma di deposito incontrollato a prescindere dalle modalità con cui è realizzato.

In secondo luogo, la violazione di quanto stabilito nel punto 1), 3) e 4) dell'art. 183, lett. *bb*), D.Lgs. n. 152/2006 comporta la configurabilità del reato di deposito incontrollato per essere le modalità dello stesso irregolari e ciò a prescindere dalla durata finale dell'ammasso.

Infine, in relazione alla prescrizione del punto 2) dell'articolo citato, che stabilisce una precisa scadenza entro la quale devono essere avviati a smaltimento o recupero i rifiuti o, in via alternativa, fissa un limite quantitativo di rifiuti stoccabili superato il quale occorre procedere alla stessa operazione, il problema è se, con riferimento al momento in cui deve essere tenuta la condotta doverosa, il reato sia istantaneo o permanente²⁴.

La scadenza del termine indica il momento di consumazione del reato o soltanto l'inizio della permanenza dello stesso destinata a protrarsi sino ad adempimento avvenuto?

A nostro avviso, l'omessa rimozione dei rifiuti successivamente alla scadenza annuale o al raggiungimento del limite quantitativo di rifiuti stoccabili integra un'omissione a carattere

²³ Nulla da dire sul fatto che si potrebbe anche ravvisare la discarica quando lo scarico di rifiuti è reiterato nel tempo, rilevante in termini spaziali e quantitativi e produttivo del degrado del territorio.

²⁴ In passato, abbiamo aderito alla prima opzione, ma in questo contributo rivediamo i termini della questione.



permanente la cui antigiuridicità cessa con lo smaltimento o il recupero dei rifiuti (o comunque con qualsiasi altro evento incompatibile con il mantenimento della situazione irregolare²⁵.

In proposito, la giurisprudenza ha avuto occasione di chiarire che, nei reati omissivi, occorre distinguere le ipotesi nelle quali è fissato un termine perentorio per adempiere da quelle nelle quali non è fissato, nè direttamente, nè indirettamente, alcun termine, ovvero il termine, quantunque fissato, non è perentorio. Nel primo caso, scaduto il termine, la situazione antigiuridica prevista dalla norma incriminatrice si è irrimediabilmente verificata, sicché l'eventuale adempimento successivo non ha alcuna rilevanza al fine di escludere la sussistenza del reato, che ha natura istantanea. In tutti gli altri casi, nei quali l'agente, anche dopo la scadenza del termine, può validamente far cessare la situazione antigiuridica, il reato ha natura permanente.

In questa ottica, non solo per il soggetto obbligato è possibile porre fine al proprio comportamento omissivo, ma per lo Stato non è affatto irrilevante il perdurare della omissione e di riflesso l'interesse all'osservanza dell'obbligo²⁶.

²⁵ In termini, Cass. 6 novembre 2014, D'Itri, *Foro it.*, 2015, II, p. 165.

²⁶ V., in senso conforme, Cass. 12 giugno 2018, Pavan, *Foro it.*, 2018, II, p. 707: il reato di mancata ottemperanza all'ordine sindacale di rimozione dei rifiuti ha natura di reato permanente, nel quale la scadenza del termine per l'adempimento non indica il momento di esaurimento della fattispecie, bensì l'inizio della fase di consumazione, che si protrae sino al momento dell'ottemperanza all'ordine ricevuto.



**Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità,
disapplicazione e canoni dell'esegesi penale**

nota a ordinanza del Tribunale di Lecce – Sezione Riesame del 27-12-2019, pres. C. Cazzella, est. A. Gatto

**Legality check of Criminal Judge in the urbanistic system: seasonality,
disapplication and basic principles of criminal exegesis**

case note to Order of the Lecce Court of 27 december 2019, President C. Cazzella, Rapporteur A. Gatto

di Gaetano STEA

Abstract. La decisione annotata è emblematica del maturato protagonismo normativo del giudice penale che, utilizzando la tecnica interpretativa teleologicamente orientata, esamina tre profili della vicenda del sequestro preventivo dell'approdo turistico idruntino: la vincolatività del giudicato amministrativo; l'ammissibilità del reato edilizio omissivo; la disapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018 per conflitto con gli artt.12 Dir. 2006/123/CE e 49 TFUE. Le relative soluzioni non appaiono conformi ai canoni garantistici delle tecniche di esegesi penale.

Abstract. The annotated order is emblematic of the matured leading role of criminal judge to make legal rule through the teleological interpretative technique. The Court examines three aspects of the affair to preventive seizure of tourist moorings of Otranto: binding nature of administrative decision which has become final; configurability of building crime of omission; disapplication of article 1, subparagraph 246, L. 145/2018 in contrast to articles 12 Directive 2006/123/EC and 49 TFEU. The Court's solutions don't appear to comply with the basic principles of criminal exegesis.

Parole chiave: disapplicazione – legalità penale – opera stagionale – urbanistica – interpretazione conforme – Direttiva Bolkestein – interpretazione teleologica – reato edilizio

Key words: disapplication – criminal legality – seasonal building – urbanology – true interpretation – Bolkestein Directive – teleological interpretation – building crime



Massime (a cura del relatore della sentenza):

- Il giudicato amministrativo non vincola il Giudice penale, salvo ricorrano quattro profili di identità tra il giudizio amministrativo e quello penale:
 - a. Oggettiva: la sentenza definitiva pronunciata in sede giurisdizionale amministrativa deve aver avuto ad oggetto esattamente il medesimo provvedimento amministrativo che viene in rilievo nel giudizio penale o un provvedimento meramente confermativo dello stesso, non precedentemente e tempestivamente impugnato;
 - b. Soggettiva: il procedimento penale deve riguardare lo stesso soggetto che ha impugnato il provvedimento della Pubblica Amministrazione innanzi al Giudice amministrativo;
 - c. Devolutiva: il giudicato amministrativo vincola il Giudice penale solo in relazione agli specifici profili di illegittimità dedotti innanzi al Giudice amministrativo; il giudicato amministrativo in sede penale copre solo il dedotto, ma non il deducibile;
 - d. Probatoria: il Giudice penale deve essere chiamato a decidere sulla base degli stessi elementi istruttori adottati nel precedente giudizio amministrativo; il giudicato amministrativo è superabile, in sede penale, sia alla luce di nuove prove precedentemente non valutate dal Giudice amministrativo, sia in base ad elementi istruttori preesistenti, ma non presi in considerazione nel giudizio extrapenale.

- L'art. 1 comma 246 della L. 145/2018 (Legge di Stabilità 2019), che consente ai concessionari di aree demaniali marittime di mantenere installati i manufatti amovibili per l'intero anno fino al 31/12/2020, deve essere disapplicato dal Giudice nazionale (e dalla Pubblica Amministrazione) in quanto in contrasto con l'art. 12 paragrafo 2 della Direttiva 2006/123/CE, emanata il 12 dicembre 2006 dal Parlamento e dal Consiglio europeo (cd. "Direttiva Bolkestein"), atteso che la disposizione si inserisce all'interno di un sistema di proroghe automatiche e generalizzate ex lege delle concessioni demaniali e riconosce un "vantaggio" ai concessionari uscenti.



SOMMARIO: 1. Premessa. L'ermeneutica giudiziaria penale nel sistema multilivello ed il nuovo ruolo del giudice nel controllo della legalità dell'attività amministrativa e ... parlamentare. I profili annotati dell'*emblematica* ordinanza salentina – 2. La vicenda – 3. Il sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi. Il percorso storico interpretativo del sistema sanzionatorio urbanistico – 4. L'equiparazione dell'illegittimità (illiceità) all'assenza del titolo abilitativo – 5. Il primo intervento delle Sezioni Unite e le relative critiche: l'insufficienza della sola illiceità del titolo abilitativo e l'erronea individuazione del bene giuridico tutelato – 6. Il secondo intervento delle Sezioni Unite: l'interpretazione teleologica della tutela penale urbanistica ed il fondamento costituzionale del sindacato penale sull'atto amministrativo – 7. Il limite del giudicato amministrativo. Evoluzione normativa dell'interferenza del giudicato extrapenale sull'accertamento del fatto di reato – 7.1 Le valutazioni del giudice penale sulla condotta del reo nel caso di giudicato amministrativo sulla legittimità del titolo edilizio – 8. La ritenuta irragionevolezza dell'art.479 c.p.p. per contrasto con l'art.111, co.1, Cost. confortata da un'esegesi *contra ratio legislatoris* dell'art.630, co.1, lett. b), c.p.p. – 9. Il punto di equilibrio della vincolatività del giudicato extrapenale nella lettura salentina – 10. Violazione della prescrizione di stagionalità: mera inosservanza o reato urbanistico-paesaggistico omissivo ? L'inammissibilità dell'interpretazione teleologicamente orientata alla tutela sostanziale del bene giuridico – 10.1 Il reato urbanistico-paesaggistico omissivo ? l'offensività come criterio di interpretazione espansiva dell'incriminazione ? La bussola perduta nell'esegesi penale: dalla legalità formale alla giustizia sostanziale – 10.2 La configurabilità della contravvenzione per illegittima occupazione del demanio marittimo – 11. La disapplicazione della deroga normativa alla prescrizione di stagionalità per incompatibilità comunitaria per il tramite di un ragionamento sistematico/teleologico: l'art.1, co.246, L. 145/2018 e l'art.12 Dir. 2006/123/CE. Esegesi non persuasiva – 12. L'influenza sovranazionale sul sistema punitivo domestico. Cenni di analisi dei conflitti tra norma interna e norma europea – 12.1 Analisi della decisione del Tribunale di Lecce sull'inapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018 alla luce dei criteri di risoluzione dei conflitti tra norma nazionale e principio europeo – 13. Conclusioni. L'applicabilità dell'art.1, co.246, L. 145/2018 all'approdo turistico idruntino e incidenza sul *periculum in mora* cautelare



1. Premessa. L'ermeneutica giudiziaria penale nel sistema multilivello ed il nuovo ruolo del giudice nel controllo della *legalità* dell'attività amministrativa e ... parlamentare. I profili annotati dell'*emblematica* ordinanza salentina.

È da tempo ormai che si assiste ad un progressivo fenomeno di notevole crescita dell'incidenza del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, dovuto al mutamento degli equilibri tra i poteri dello Stato¹. Sfolgiando velocemente le pagine della storia del diritto, si può agevolmente osservare che, nel periodo illuministico, il potere giurisdizionale era confinato ad un ruolo *ancillare* rispetto alla supremazia del potere legislativo², ma con l'avvento del costituzionalismo si affermò, da un lato, l'idea della soggezione del legislatore alla Carta fondamentale e, dall'altro, il principio per cui il giudice doveva interpretare la legge conformemente ai principi costituzionali, così incrinandosi l'equilibrio illuministico della separazione dei poteri, non tanto per il controllo di legittimità costituzionale a cui

1 BERTONI, *La repressione penale degli abusi edilizi*, in Riv. Giur. Ed., 1971, II, p.215, secondo cui «la giustizia penale non può assumersi un ruolo primario, o, peggio, sostitutivo di altre funzioni statali o di iniziative parallele». Cfr. anche MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in DS, 1978, p.667, secondo cui è necessario evitare che «il giudice pretenda di sostituire alla valutazione del legislatore una valutazione sua propria, per attingere comunque un risultato consono al suo modo di intendere la realtà sociale e la sua volontà di modificarla». Con particolare riferimento al ruolo della magistratura nel controllo dell'attività amministrativa sulla prevenzione dell'abusivismo edilizio, sia consentito il rinvio a STEA, *La natura penale dell'ordine di demolizione edilizia nella prospettiva convenzionale ed i riflessi sul sistema punitivo urbanistico-paesaggistico*, in La Legislazione Penale, 4, 2015, in cui si afferma che «se è vero che il diritto rappresenta «la scienza meno esatta», purtuttavia la riflessione giuridica deve essere sempre supportata da argomentazioni rigorosamente fondate sul dato positivo: spesso obiezioni a un'interpretazione dominante, tese a sostituirla con una lettura nuova. E ogni riflessione trae con sé una visione diversa e talora eterodossa dell'ordinamento tutto. Un'argomentazione laica, nel senso di lettura sciolta (*assoluta*) da qualsiasi pre-comprensione, è puramente immaginaria». Sul fenomeno della giurisprudenza giuscreativa, fra gli altri, cfr. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente ed attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in Osservatorio AIC, giugno 2015; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo della legge*, Milano, Giuffrè, 2006; DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.6.2016; FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, Cedam, 2002; MANNA, *L'interpretazione analogica nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in Scritti in onore di Alfonso M. Stile, Napoli, Jovene, 2013, pp. 213 ss.; MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in Manna (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, Pisa University Press, 2016, pp. 23 ss.; MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Ospedaletto, Pacini Giuridica, 2017, pp. 117 ss.; PAONESSA, ZILETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016; SGUBBI, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in Manna (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, cit., pp. 133 ss.

2 CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 312, descrive il pensiero di Ludovico Antonio Muratori, tracciato nel libretto *Dei difetti della giurisprudenza*, pubblicato nel 1742, che stigmatizza la situazione giuridica del suo tempo, con una giurisprudenza dottrinale e giudicante, amministratrice in realtà di ingiustizie. Muratori distingue i difetti della giurisprudenza in intrinseci ed estrinseci. I difetti intrinseci sono ineliminabili ed essi sono: (a) le norme giuridiche non possono essere mai essere chiare, tanto è vero che debbono essere interpretate da sottili osservatori, con la conseguenza che il loro dettato è ancora più adeguata; (b) ciascuna norma non può prevedere tutti i casi che la realtà concretamente presenta; (c) gli uomini manifestano la propria volontà sempre in maniera diversa, con l'effetto che tale volontà è sempre difficilmente interpretabile e, dunque, è origine di litigi; (d) il diritto vivente poggia sull'opinione personale del giudice-uomo, inevitabilmente condizionata da passioni, sentimenti, pregiudizi e debolezze. I difetti estrinseci possono essere eliminati, perché non dipendono dalla natura del diritto, ma da comportamenti perfettibili degli operatori del diritto. Essi sono: (a) il caos oceanico delle interpretazioni dottrinali e giudiziali che hanno soffocato il dettato legislativo, addirittura, sostituendosi a quest'ultimo; (b) l'applicazione giudiziale del diritto è arbitraria, poiché il giudice è libero nello scegliere a quale opinione interpretativa aderire. I difetti della giurisprudenza, descritti dal Muratori nella metà del XVIII secolo, *mutatis mutandis*, non sono molto diversi da quelli che oggi si addebitano alla magistratura.



venne sottoposto il prodotto del legislatore, ma, in particolare, rispetto agli effetti che l'interpretazione costituzionalmente orientata ebbe sull'intangibilità dei contenuti della legge.

In materia penale, per ciò che qui interessa, il risultato dell'interpretazione conforme va ad incidere sulla descrizione del fatto tipico, restringendone (o, addirittura, ampliandone, come si dirà) la rilevanza incriminatrice, a discapito della volontà legislativa. I confini dell'ermeneutica sono così superati, fino a coinvolgere quelli propri del potere normativo, rendendo partecipe il giudice nella formulazione (e non solo nell'applicazione) della norma³. Il passo successivo mette in rilievo un ulteriore potenziamento del ruolo del giudice comune e si registra proprio con l'affermarsi del sistema delle fonti di diritto europeo e con esso con la legittimazione del giudice interno a non applicare la norma nazionale in contrasto con la norma europea. Qui il punto su cui riflettere non è tanto l'ampliamento del potere normativo del giudice nazionale attraverso il delicato esame valutativo dei rapporti interordinamentali⁴, quanto, piuttosto, l'effetto simbolico (ma anche *psico-sociale*) della supremazia attribuita al potere giudiziario su quello legislativo che giunge al culmine della disapplicazione della legge, così ribaltando la funzione istituzionale del giudice interno che da semplice garante dell'applicazione della legge, nell'ottica illuministica, diviene artefice della sua applicazione⁵, nella prospettiva multilivello⁶.

La decisione in commento, ampiamente argomentata con particolare attenzione alla ricostruzione delle coordinate ermeneutiche giurisprudenziali, è emblematica del ruolo assunto dalla giurisdizione penale nel sistema punitivo urbanistico-paesaggistico (in particolare), in cui, come noto, l'analisi prasseologica del fenomeno dell'abusivismo edilizio (in genere) ha fornito risultati ben lontani dalla fattispecie idealtipica descritta dal legislatore ed il relativo protagonismo giudiziario è sostanzialmente legato alla sfiducia nella capacità della pubblica amministrazione di gestire beni di importanza primaria nelle contemporanee società democratiche. Ma non solo.

La complessa vicenda amministrativa, diffusamente descritta nel provvedimento annotato, porta i giudici salentini ad esaminare⁷, dapprima, in maniera approfondita, la problematica relativa al sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione, con particolare riferimento al rapporto tra l'accertamento del fatto e l'interferenza con il giudicato amministrativo relativo ad un atto dell'amministrazione presupposto negativo della condotta criminosa, così offrendo l'occasione di tracciare un affresco sull'evoluzione giurisprudenziale per giungere ad una soluzione di sintesi ritenuta preferibile; successivamente, a considerare la sussumibilità dell'ipotesi accusatoria cautelare (omessa

3 Per un'approfondita analisi del rapporto tra costituzionalismo e democrazia, cfr. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, trad. it. a cura di C. VALENTINI, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, Dedalo, 2004, con interessante introduzione di Bongiovanni, Palombella, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, con ampi richiami bibliografici sul costituzionalismo americano.

4 GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, Criminalia, 2011, pp. 111 ss.

5 GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria?*, cit., p. 112.

6 Sul punto, sia consentito il rinvio a STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa, Pisa University Press, 2014, pp. 125 ss.

7 Si ritiene opportuno analizzare alcuni aspetti sostanziali della decisione in commento, tralasciando altre questioni di natura processuale, ampiamente illustrate dal Tribunale.



rimozione dei manufatti stagionali) nelle prescrizioni punite di cui agli artt.44, co.1, lett. c), 180, 181 d.lgs. 42/2004 e 54, 1161 cod. nav.

Ed infine, i giudici leccesi affrontano la questione del sindacato del giudice ordinario (e, dunque, del giudice penale) sulla legge parlamentare in contrasto con una norma di indirizzo europeo, giungendo alla relativa disapplicazione.

2. La vicenda

Il Tribunale salentino è stato investito del riesame del sequestro preventivo adottato, su richiesta del magistrato del pubblico ministero, dal giudice per le indagini preliminari, relativamente ad alcuni pontili galleggianti ed alle sistemazioni delle aree a terra installate dal Comune di Otranto sull'area demaniale marittima prospiciente il *bastione dei Pelasgi* zona cd. *Aia delle fabbriche*. In particolare, il pubblico ministero procedente, ricostruendo la complessa vicenda amministrativa sottesa al caso devoluto alla cognizione cautelare, rilevava che il Comune di Otranto, nel corso del 2010, aveva presentato un progetto per la riqualificazione e l'ampliamento del porto turistico, che prevedeva alcuni interventi di sistemazione delle aree a terra e la realizzazione di cinque pontili galleggianti e uno di raccordo per l'attracco di piccole imbarcazioni e natanti da diporto. In ordine a tale progetto, la Direzione Regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia aveva espresso parere favorevole con *prescrizione di stagionalità*, onerando quindi il Comune proponente dello smontaggio dei pontili galleggianti l'1 novembre di ogni anno e del rimontaggio degli stessi per l'1 maggio, dunque per un periodo massimo di permanenza di sei mesi all'anno.

Tuttavia, ultimati i lavori di realizzazione dell'approdo turistico, il Comune di Otranto non provvedeva allo smontaggio dei pontili così come previsto, in violazione della prescrizione impostagli, tentando di ottenere, nelle more, la revisione della condizione di stagionalità delle opere, sia in relazione al progetto originario (concretamente realizzato), sia elaborando un nuovo progetto che prevedeva, al posto dei pontili galleggianti, pontili fondati su pali infissi sul fondo, con permanenza delle strutture per l'intero anno.

Ad ogni modo, le richieste avanzate dal Comune venivano respinte con provvedimenti emessi dalla competente Soprintendenza, che trovavano conferma, a seguito di alcuni ricorsi giurisdizionali amministrativi, in due pronunce del Consiglio di Stato (e, precisamente, la n.1431/2018 e la n.3042/2019).

La pubblica accusa, contestando agli indagati la violazione degli artt.54 e 1161 cod.nav., 180, 181 d.lgs. 42/2004 e 44, co.1, lett.re b) e c), dPR 380/2001, rilevava, altresì, l'esigenza cautelare nella circostanza che, nonostante l'obbligo di smontaggio gravante sull'Amministrazione comunale sin dall'autunno 2016 e nonostante le reiterate intimazioni da parte delle altre Amministrazioni interessate alla rimozione dei pontili galleggianti, questi non sono stati ancora rimossi, in virtù di quanto previsto



dall'art. 1, co. 246, L. 145/2018 (Legge di Stabilità 2019), che consentirebbe di mantenere installate le strutture in questione.

3. Il sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi. Il percorso storico interpretativo del sistema sanzionatorio urbanistico.

Appare opportuno riprendere (ed ampliare) la descrizione dell'evoluzione storico-giurisprudenziale del dibattito culturale sul sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, tracciata dal Tribunale salentino⁸, che, invero, ha conosciuto il suo massimo approfondimento nella materia edilizia, a partire dagli anni settanta, ovvero poco dopo le modifiche apportate alla legge 17 agosto 1942, n. 1150 da parte della novella di cui alla legge 6 agosto 1967, n. 765⁹.

8 Cfr. F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.9.2013.

9 È opportuno evidenziare il quadro normativo di riferimento, al fine di comprendere le ragioni del cambiamento di prospettiva ermeneutica. La prima disciplina sanzionatoria urbanistica, di natura penale, va individuata nell'art.41 lett. a) l. 17 agosto 1942 n.1150, che stabiliva la pena dell'ammenda *per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste nell'art.32, co.1, L. 1150/1942* che disponeva che *il sindaco esercita la vigilanza sulle costruzioni (...) per assicurarne la rispondenza alle norme della presente legge e dei regolamenti, alle prescrizioni del piano regolatore, ed alle modalità esecutive fissate nella licenza di costruzione*. Il combinato disposto di tali disposizioni individuava l'oggetto della tutela penale nell'interesse amministrativo al controllo ed alla disciplina degli usi del territorio. Tale configurazione normativa dell'interesse tutelato subì una chiara modificazione con l'entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 n.765 introduttiva tra l'altro degli standard urbanistici e della salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio. Un mutamento di prospettiva di tutela, più in là, rafforzato dai successivi interventi normativi, come si dirà più avanti. Nella sterminata bibliografia, si segnalano ALBAMONTE, *Rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985, n.47*, in Cass. Pen., 1987, pp.2095 ss.; AMBROSETTI, *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso di ufficio nell'ipotesi di rilascio di concessione edilizia in difformità dallo strumento urbanistico*, in Riv. Giur. Urb., 1999, pp. 353 ss.; ANGIOLINI, *Legalità penale e legalità amministrativa*, in Dir. Pubbl., 1997, 1, pp.75 ss.; BELFIORE, *Concessione edilizia illegittima e reato di costruzione abusiva: una questione ancora irrisolta*, in Foro It., 1996, II, c.499; CASTALDO, *Sindacato del giudice penale e sussistenza del reato di costruzione abusiva in presenza di concessione illegittima: critica*, in Arch. Pen., 1983, pp.125 ss.; COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, CUEC Editrice, 1996; DELFINO, *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in Foro It., 1962, II, c.328 ss.; DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso d'ufficio. Una questione aperta*, in Foro It., 2000, II, c. 149 ss.; DI NARDO GIU., DI NARDO GIO., *I reati ambientali*, II Ed., Padova, Cedam, 2006; FERRARA, FERRARI, *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, III Ed., Padova, Cedam, 2019; FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1998; GALLUCCI, *Brevi note sui poteri del giudice penale rispetto alle concessioni edilizie in sanatoria illegittime*, in Cass. Pen., 1995, pp. 3058 ss.; GAMBARDELLA, *Brevi note sul rapporto tra gli artt.4 e 5 della l. 2248 all. E del 1865 e il giudizio penale*, in Cass. Pen., 1995, pp. 377 ss.; GAMBARDELLA, *Riflessioni intorno alla cognizione incidenter tantum del giudice penale sulle questioni amministrative (art.2 c.p.p.)*, in Cass. Pen., 2002, pp. .3487 ss.; MENDOZA, *Le Sezioni Unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità della normativa urbanistica e delle previsioni di piano*, in Cass. Pen., 1994, pp. 901 ss.; NOVARESE, *Disapplicazione e sindacabilità della concessione edilizia con particolare riferimento a quella in sanatoria ex art.13 e 22 l. 28 febbraio 1985, n.47*, in Giur. Merito, 1991, pp. 213 ss.; PAGLIANI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale*, in Giur. Merito, 1998, pp.1103 ss.; G. PIOLETTI, *Sindacato del giudice sull'atto amministrativo e riserva di legge nelle norme penali in bianco*, in Scritti in memoria di U. Pioletti, Milano, Giuffrè, 1982; ROSSI, *Concessione edilizia in sanatoria e oggetto tutelato dalle norme edilizie*, in Cass. Pen., 2000, pp. 259 ss.; TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, Giappichelli, 2000; VIPIANA, *Concessione edilizia illegittima: i poteri del giudice penale*, in Dir. Pen. Proc., 1998, pp. 1512 ss.



Ed invero, alcuni pretori, al fine di rafforzare la tutela dei centri urbani dallo sviluppo di un incontrollato abusivismo, iniziarono un'attività di penetrante controllo anche su quelle attività edilizie che ignoravano completamente il rispetto della disciplina urbanistica generale e locale¹⁰. L'incriminazione di coloro che costruivano manufatti sulla base di atti abilitativi illegali, imponeva l'esame del contenuto del titolo abilitativo, allo scopo di verificare la relativa legittimità. Per raggiungere un tale risultato venne utilizzato il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo, attraverso una particolare interpretazione del combinato disposto degli artt.2, 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E (d'ora in poi, solo L.A.C.), argomentando, infatti, dall'espressione "*in questo come in ogni altro caso*", utilizzata dall'art.5, si individuarono gli "*altri casi*" in tutte le vicende penali, nelle quali si fosse in presenza di atti amministrativi illegittimi¹¹.

Tale lettura giurisprudenziale pretorile fa eco ad un approfondito studio della metà degli anni '60, con cui si sosteneva che i limiti dettati dalla disciplina contenuta nella legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo non riguardavano il giudice penale che, di contro, aveva «un illimitato potere di sindacare incidentalmente e disapplicare l'atto ai fini penali»¹², anche nel merito, così giungendo a ritenere *tamquam non esset* e con effetto *ex tunc* l'atto amministrativo ritenuto illegittimo, parificando tale situazione a quella tipica dell'assenza del provvedimento anche per farne derivare la responsabilità penale di chi avesse compiuto un'azione che sarebbe stata lecita soltanto sulla base dell'atto amministrativo legittimo. Sotto tale profilo, si osservò che la disapplicazione *ex art.5 L.A.C.*, pur originando dalla prospettiva di tutela individuale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, operava, in mancanza di espresse limitazioni, in via generale sia *pro reo* che *contra reum*¹³. In conseguenza di ciò, la «realizzazione, in assenza di concessione, di opere edilizie urbanisticamente rilevanti si ha, per ciò che riguarda l'elemento oggettivo, sia in assenza di concessione sia in presenza di una concessione illegittima»¹⁴. Tuttavia, va osservato che, pur disapplicando la licenza edilizia e considerando il privato come costruttore abusivo in quanto privo di titolo giustificativo, poiché ritenuto dal giudice penale illegittimo, attraverso, appunto, il penetrante sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, difficilmente si poteva giungere a più corrette

10 Pret. Ariano Irpino, 12-02-1970, Sciarappa, in Riv. Giur. Edil., 1970, I, pp.1373 ss.

11 Sul tema della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, la discussione della dottrina amministrativistica è ampia, distinguendosi, sostanzialmente, due opinioni: l'una, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, Jovene, 1984, pp. 1257, secondo cui «la regola enunciata nell'a. 5 l.cont.amm., (...) trova applicazione tanto in riferimento agli atti dei quali il giudice conosca ai sensi dell'a.4 (e dunque *principaliter*), quanto in riferimento a quelli dei quali il giudice si trovi a conoscere *incidenter* (e dunque in via pregiudiziale) ai fini della pronuncia su un oggetto diverso» (nello stesso senso, P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, III Ed., Milano, Giuffrè, 1982, pp. 121 ss.); l'altra, di contro, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III Ed., Bologna, Il Mulino, 1983, pp. 255, afferma che «nella vicenda regolata dall'art.4, l'atto amministrativo è considerato come direttamente lesivo del diritto soggettivo, e quindi entra a costituire anch'esso l'oggetto principale di giudizio (...). L'art.5 regola tutt'altra vicenda. Esso regola le ipotesi in cui, nella catena di questioni che il giudice ordinario deve risolvere per decidere una controversia, vi è anche la questione di legittimità di un atto amministrativo. Il giudice conosce così dell'atto e della sua legittimità in via incidentale e quando riconosca la illegittimità dell'atto, lo disapplica, cioè non lo applica alla controversia. Solo qui dunque si verifica vera e propria disapplicazione dell'atto amministrativo, ma non nel caso dell'art.4, in cui non vi è disapplicazione dell'atto né rispetto al diritto dedotto in giudizio (che, anzi, il riconoscimento della lesione del diritto implica che si conferisca all'atto il massimo di applicazione), né rispetto ad altre situazioni». Ampiamente, REYNAUD, *La disciplina dei reati urbanistici*, Torino, Utet, 2007, pp.176 ss.

12 VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in Riv. it. Dir. Pen. Proc., 1965, pp. 39 ss.

13 ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: i poteri del giudice nella tutela del territorio*, in Cass. Pen., 1983, pp. 1865 ss.

14 MARINI, *Urbanistica (reati in materia di)*, in Dig. Disc. Pen., XV, Torino, Utet, 1999, p. 98.



soluzioni assolutorie valorizzando la buona fede del contravventore, stante la previsione dell'art.5 c.p. (allora vigente)¹⁵.

4. L'equiparazione dell'illegittimità (illiceità) all'assenza del titolo abilitativo.

L'avvertito disagio di ritenere responsabili del reato di costruzione abusiva coloro che avessero in buona fede richiesto ed ottenuto la concessione edilizia, assistita dalla presunzione di legalità e legittimità, portò la giurisprudenza ad un parziale mutamento interpretativo, già annunciato agli inizi degli anni '80, secondo cui «l'equazione concessione illegittima=assenza di concessione può considerarsi conforme al canone inviolabile di tassatività della fattispecie punitiva soltanto allorchè l'illegittimità dell'atto amministrativo sia tale da eliminare radicalmente la sua attitudine a conseguire l'effetto per il quale è data all'autorità la potestà di emetterlo, sì che esso, quantunque esistente nella sua materialità, debba considerarsi giuridicamente *tamquam non esset* e privo *a priori* dei caratteri necessari per essere assistito dalla normale presunzione della sua legittimità e spiegare la sua operatività fino a che non venga caducato nei modi previsti dall'ordinamento»¹⁶. Tale ipotesi di «sostanziale inesistenza» del titolo abilitativo si verifica «quando la concessione sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto privato che la consegua o del concorso di entrambi. Diversa è la situazione in cui avendo il privato sottoposto preventivamente al controllo dell'autorità l'esercizio della facoltà di costruire (come richiede l'art.1 della legge n.10 del 1977) ed avendo l'autorità esercitato liberamente e disinteressatamente ancorchè inadeguatamente detto controllo, sia stato emesso il provvedimento che costituisce titolo per l'esecuzione delle opere ad esso conformi (...). In tal caso la declaratoria incidentale di illegittimità dell'atto amministrativo non può investire il fatto stesso della concessione, determinando la incriminabilità di essi ex art.17 lett.ra b) della l. n.10 del 1977, come se *ab origine* la concessione fosse mancata»¹⁷.

Un percorso interpretativo che giunse, dunque, a distinguere l'ipotesi della mera illegittimità, da quella della illiceità della concessione, «in quanto, se vi siano state solo irregolarità del procedimento amministrativo che ne inficiano la legittimità senza renderlo illecito, tale situazione non può essere equiparata alla mancanza di concessione che rende perseguibile sul piano penale il fatto della

15 Negano la rilevanza della buona fede, Pret. Monte S. Angelo, 27-04-1984, Amodeo, in *Giur. Merito*, 1986, pp.1286 ss.; Pret. Padova, 01-08-1984, in *Dir. Regione*, 1985, pp. 61 ss., secondo cui «L'illegittimità della concessione edilizia ritenuta dal giudice a norma degli art. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, comporta la giuridica inesistenza dell'atto amministrativo e conseguentemente la sussistenza del reato di cui all'art. 17, lett. b), l. 28 gennaio 1977, n. 10 (costruzione in assenza di concessione), senza che né il costruttore possa invocare la buona fede, equivalente ad una inammissibile ignoranza della legge, né il sindaco il parere favorevole della commissione edilizia e comunale». In dottrina, GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2007, p.115, spiega la *ratio* del teorema concessione illegittima=assenza di concessione, richiamando l'esigenza pratica di arginare la frequente prassi illecita di alcuni amministratori pubblici di barattare il rilascio di concessioni edilizie in violazione delle prescrizioni urbanistiche in cambio di «favori», denaro o altre utilità. Per la macroscopica illegalità dell'atto amministrativo come indice di corruzione, MILONE, *Il "mancato intervento" delle Sezioni unite penali della Cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1995, p. 985
16 Cass. Pen., Sez.III, 10-01-1984, Tortorella, in *Cass. Pen.*, 1985, pp.1448 ss.
17 In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. Pen., Sez.III, 07-12-1984, Ambrogio, in *CED Cass. rv. 167334*.



costruzione edilizia; può invece parlarsi di sostanziale assenza dell'atto, anche se formalmente emesso, quando esso non possa considerarsi espressione, ancorché viziata, di pubblico potere, ma debba considerarsi radicalmente esorbitante dall'esercizio del potere nel senso o dell'insussistenza nell'organo del potere di provvedere o dell'essere il provvedimento frutto di attività criminosa del soggetto titolare del potere»¹⁸. Secondo questo orientamento, pertanto, il rilascio della concessione illegittima precluderebbe, di regola, la configurabilità del reato edilizio, poiché il giudice penale deve verificare solo l'esistenza formale del titolo abilitativo, in virtù del principio di legalità, sotto la dimensione della tassatività, salvo che l'atto amministrativo fosse stato emesso da soggetto in carenza assoluta di potere o «[fosse] frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto provato che la consegua o del concorso di entrambi», tanto non poter essere riferibile alla sfera del lecito giuridico, come prodotto di una sorta di abuso del diritto di matrice tedesca (*Rechtsmißbrauch*)¹⁹.

Appare chiaro il mutamento di prospettiva: l'equiparazione tra concessione illegittima ed assenza di concessione non era più questione legata alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, ma si incentrava sul meccanismo sostanziale di verifica della conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta, nel senso che l'atto amministrativo lecito era il solo a poter integrare l'elemento normativo negativo della previsione incriminatrice edilizia. Un mutamento di prospettiva legato ad una più corretta interpretazione in chiave di reciproca complementarietà degli artt.4 e 5 L.A.C., poichè «il controllo di legittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice penale deve essere rigorosamente limitato agli atti che incidono negativamente sui diritti soggettivi ed a condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti di cui l'atto è capace all'esterno del giudizio», con l'effetto che la disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale «non riguarda quegli atti che rimuovono un ostacolo al libero esercizio dei diritti (nulla osta, autorizzazione) ovvero costituiscono diritti soggettivi (concessioni)», non avendo il giudice penale «cognizione della legittimità della concessione edilizia neppure sotto il diverso profilo che la questione costituisca l'oggetto diretto del giudizio, perché tra i presupposti della disposizione incriminatrice non è previsto che la concessione edilizia debba essere stata "legalmente" data», come, invece, espressamente indicato dall'art.650 c.p. Il giudice penale deve limitarsi ad accertare «l'esistenza della concessione sulla base della exteriorità formale dell'atto e della sua provenienza dall'organo investito della correlativa potestà»²⁰.

18 Cass. Pen., Sez.III, 15-12-1985, Furlan, in Riv. Pen., 1986, pp.1070 ss.

19 Una deroga che, comunque, si pone in frizione con il principio di legalità, cfr. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l' analogia e l'interpretazione estensiva*, in Dolcini, Padovani, Palazzo (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 1994, p.43, secondo cui «l'equiparazione delle due situazioni (costruzione con concessione giuridicamente inesistente e costruzione in assenza di concessione) implica necessariamente un ragionamento analogico, essendosi in presenza di situazioni ontologicamente differenti».

20 Cass. Pen., Sez.III, 13-03-1985, Meraviglia, in Foro It., II, 1986, c.84 ss., con nota di G. FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*.



5. Il primo intervento delle Sezioni Unite e le relative critiche: l'insufficienza della sola illiceità del titolo abilitativo e l'erronea individuazione del bene giuridico tutelato.

Una lettura avallata anche dalle Sezioni Unite²¹ per cui il giudice penale poteva conoscere della legittimità di un provvedimento amministrativo, non sulla base del potere di disapplicazione dell'atto illegittimo *ex artt.4 e 5 L.A.C.*, ma solo quando fosse stata la stessa fattispecie incriminatrice a renderlo possibile: espressamente, attraverso la previsione all'interno della formulazione legale di espressioni o sintagmi che ne impongono la sindacabilità (ad esempio, nell'art.650 c.p.); ovvero, in via interpretativa, allorché la necessaria legittimità dell'atto amministrativo si ricavi da una lettura della fattispecie incriminatrice fondata sulla natura del bene tutelato. Le Sezioni Unite, pur contenendo la possibilità di controllo del contenuto del provvedimento, esclusero la possibilità di poter considerare efficace l'atto concessorio emesso da soggetto in carenza assoluta di potere o frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto privato che la consegua o del concorso di entrambi, poiché non riferibile alla sfera del lecito giuridico.

Le argomentazioni delle Sezioni Unite, però, seppur recepite dalla giurisprudenza maggioritaria²², non fecero sopire la *querelle*, tanto da essere sottoposte ad una penetrante critica²³, dapprima, forgiata sulle radici storiche della disciplina della disapplicazione, da individuare nella separazione dei poteri dello Stato, con la conseguenza che non era possibile ricavare dall'esegesi dell'art.5 L.A.C. una limitazione del controllo di legalità sugli atti amministrativi, da parte del giudice ordinario (e, dunque, del giudice penale), che è tenuto a disapplicare l'atto illegittimo o illecito (che è una *species* del più *genus* dell'illegittimità). Al giudice penale, contrariamente a quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, è affidato un generale controllo di legalità su tutti gli atti amministrativi limitatamente al processo in corso, avendo, dunque, il potere-dovere di non applicare gli atti illegittimi per violazione di legge e non soltanto quelli illeciti, frutto cioè di collusione tra pubblico amministratore e privato. Così delineandosi una sorta di gerarchia delle diverse dimensioni del principio di legalità, nel senso che la tutela della riserva di legge parlamentare (e relativo primato) deve essere garantita anche a discapito della tassatività della norma incriminatrice.

Altro profilo dissenziente, poi, fu la critica all'individuazione, da parte delle Sezioni Unite, del bene giuridico dei reati edilizi in quello «pubblico di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione, con conseguente imposizione, a chi voglia edificare, dell'obbligo di richiedere l'apposita autorizzazione amministrativa», escludendo, espressamente, che l'oggetto della tutela predisposta dall'art.17 L. 10/1977 (e dall'art.20 L. 47/1985) fosse l'interesse all'osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'urbanistica²⁴. Sul punto, fu acutamente osservato che le

21 Cass. Pen. Sez. Un., 31-01-1987, Giordano, in Cass. Pen., 1987, pp. 1711 ss., con nota di L. VIGNALE, *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre difficile da far quadrare*.

22 Rispetto all'impossibilità per il giudice penale di utilizzare la disapplicazione degli atti amministrativi *ex art.5 L.A.C.*, Cass. pen. Sez. III, 31-05-1988, n. 8387, in Riv. Pen., 1989, p. 141; Cass. pen. Sez. III, 13-06-1990, Di Felice, in Cass. Pen., 1992, pp. 1579 ss.; nella giurisprudenza di merito, Pret. Firenze, 07-05-1991, Viviani della Robbia, in Foro It., 1992, II, p.251. Rispetto all'equiparazione della concessione illecita, all'ipotesi tipica dell'assenza del titolo edilizio, Cass. pen. Sez. III, 20-09-1988, Dalla Negra, in Cass. Pen., 1990, pp. 1576 ss.; Cass. pen. Sez. III, 08-11-1988, Borgogno, in Cass. Pen., 1990, pp. 661 ss.

23 Cass. Pen., Sez. III, 09-01-1989, Bisceglia, in Cass. Pen., 1990, pp. 135 ss.

24 Cass. Pen. Sez. Un., 31-01-1987, Giordano, cit.



novità normative non potevano essere ignorate nell'opera interpretativa di selezione dell'oggetto di tutela penale e, muovendo dall'analisi del nuovo istituto della concessione in sanatoria quale causa estintiva dei reati urbanistici, descritto dagli artt.13 e 22 L. 45/1987, si affermò che il bene giuridico edilizio andava descritto «non solo (e non tanto) [nell']interesse al controllo preventivo dell'autorità comunale sulle innovazioni del territorio, ma anche (ed ancor di più) [nella] rispondenza delle opere di trasformazione urbanistica alle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia»²⁵. In questo modo, il giudice penale poteva «esaminare la validità della concessione, e considerare la concessione *tamquam non esset* quando essa appa[riva] in contrasto con norme di legge (o con norme di piano) che disciplinano l'attività edilizia», non attraverso il meccanismo disapplicativo *ex art.5 L.A.C.*, ma per il tramite della stessa attività esegetica della norma incriminatrice alla luce dell'interesse sostanziale protetto che portava ad equiparare all'assenza (tipica) della concessione, la relativa illegittimità²⁶.

6. Il secondo intervento delle Sezioni Unite: l'interpretazione teleologica della tutela penale urbanistica ed il fondamento costituzionale del sindacato penale sull'atto amministrativo.

L'intuizione pretorile ebbe, successivamente, l'avallo dei giudici di legittimità che raggiunsero conclusioni valide per ogni ipotesi di reato edilizio, affermando, dopo la ricostruzione storica dell'evoluzione normativa, che è certamente mutata la configurazione positiva dell'interesse tutelato, poiché è cambiata radicalmente l'*etica* normativa delle disposizioni urbanistiche, essendo sufficientemente chiaro «rimandare all'art.6 [L. 47/1985], che, nell'identificare i responsabili delle opere di trasformazione del territorio subordinate quindi a concessione edilizia, definisce l'ambito della responsabilità per le violazioni con riferimento alla "conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché ... a quelle della concessione ad edificare e alle modalità esecutive stabilite dalla medesima"; nonché richiamare l'art.13, la cui norma riconnette all'esecuzione di opere edilizie, in conformità degli strumenti urbanistici vigenti, il rilascio della concessione edilizia in sanatoria, da parte del sindaco, come atto dovuto; ed ancora all'art.22, il quale dispone che il predetto assenso postumo rispetto all'opera realizzata in assenza di concessione comporta l'estinzione del reato urbanistico, e nelle more del perfezionamento della relativa procedura amministrativa la sospensione del procedimento penale»²⁷. Da tale analisi normativa, le Sezioni Unite affermarono un

25 Pret. Agropoli, 31-10-1987, Russo, in *Giur. Mer.*, 1988, III, pp. 638 ss. Nello stesso senso, Pret. Gragnano, 10-03-1988, Peccerillo, in *Giur. Mer.*, 1990, III, pp. 419 ss.; Pret. Lamezia Terme, 26-01-1990, Lucia, in *Giur. Mer.*, 1993, III, pp. 208 ss.; Pret. Alcamo, 06-02-1991, Cavataio, in *Cass. Pen.*, 1991, pp. 1133 ss.

26 La tesi giurisprudenziale riprende una coeva opinione dottrinale, PETRONE, *La disapplicazione dell'atto amministrativo: aspetti penali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1987, 1, pp. 90 ss., secondo cui il provvedimento amministrativo, qualora agisca da presupposto della condotta, si pone quale elemento normativo della fattispecie astratta, che ha necessità di assumere un significato attraverso la qualificazione fornitagli dallo schema normativo in cui si sussume, così dovendo tenere conto del bene tutelato e della stessa *ratio* dell'incriminazione. Da ciò, nel reato di costruzione edilizia senza concessione, assumendo che il bene giuridico sia l'ordinato assetto del territorio, il presupposto della condotta, letto alla luce dell'interesse protetto, non può che essere legittimo (o, argomentando dall'art.650 c.p., *legalmente dato*).

27 *Cass. Pen.*, Sez. Un., 12-11-1993, Borgia, in *Cass. Pen.*, 1994, pp.905 ss.



principio-guida che ancora oggi è utile ad orientare l'interpretazione (giurisprudenziale) nel diritto penale urbanistico, per cui è evidente che, «se l'urbanistica disciplina l'attività pubblica di governo degli usi e delle trasformazioni del territorio, lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente»²⁸.

L'interpretazione teleologica della normativa punitiva urbanistica tra i cui elementi costitutivi figurano l'assenza di un provvedimento amministrativo idoneo a rendere lecita l'attività, portò la giurisprudenza a ritenere configurabile il reato edilizio anche quando il titolo abilitativo fosse solo macroscopicamente illegittimo, attraverso la valutazione congiunta dell'elemento soggettivo in chiave descrittiva della stessa fattispecie concreta che finiva per «costituire l'effettiva verifica della macroscopicità della violazione alla normazione urbanistica e con il salvaguardare i vari valori costituzionali implicati, tutti di eguale forza, in aderenza a quella concezione del diritto penale, che mira ad attribuire sempre maggior rilevanza alla colpevolezza ed al principio generale di buona fede, strumento indispensabile per bilanciare i vari interessi»²⁹.

Da allora in poi, come indicato dal Tribunale salentino, almeno a livello giurisprudenziale, non è stata messa più in dubbio la possibilità per il giudice penale di esprimere un'incidentale valutazione di regolarità dell'atto amministrativo ampliativo della sfera giuridica del destinatario, non solo, nell'ipotesi di carenza assoluta di potere o di illiceità del provvedimento e di macroscopica illegittimità dello stesso, ma anche in caso di relativa mera illegittimità, da sussumere, secondo un gradualismo di offensività crescente, nelle condotte alternative tipiche previste (oggi) dall'art.44 dPR 380/2001, cosicché la mera illegittimità dell'atto amministrativo, accertata dal giudice penale, configura l'ipotesi di cui alla lett. a) dell'art.44 dPR 380/2001. A tal ultimo proposito, va aggiunto che la questione si è posta sull'estensione dei poteri di sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, ai fini della declaratoria incidentale di mera legittimità. Siccome la questione pregiudiziale sull'atto amministrativo può essere risolta dal giudice amministrativo, allora, la cognizione del giudice penale sul medesimo atto non potrà che essere pari a quella del giudice competente, con l'effetto che il giudice penale potrà verificare la validità dell'atto amministrativo solo per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, così come indicati dall'art.21-*octies* L. 241/1990³⁰.

Tuttavia, tale limitazione sul controllo del giudice penale sull'atto amministrativo, ai fini della verifica della configurabilità della fattispecie punitiva, è superata dalla più recente lettura giurisprudenziale maggioritaria, in sintonia, del resto, con l'esigenza di tutela sostanziale del bene giuridico protetto dalle disposizioni urbanistiche, poiché il giudice penale deve accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, prescindendo da qualunque giudizio sull'atto

28 Per un'analisi approfondita delle argomentazioni poi sostanzialmente riprese dalle Sezioni Unite, ALBAMONTE, *Sistema penale e ambiente*, Padova, Cedam, 1989, pp. 371 ss.

29 Cass. Pen., Sez. III., 12-05-1995, Di Pasquale, in Cass. Pen., 1997, pp. 3145 ss.

30 GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 105 ss. è favorevole, in alcune ipotesi, al controllo sul merito amministrativo da parte del giudice penale. *Contra*, in giurisprudenza, Cass. pen. Sez. I Sent., 13-12-2007, n. 248; Cass. pen. Sez. III, 09-02-1999, n. 2949. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, 26-11-2012; Trib. Trento, 12-06-2012.



amministrativo, diversamente, si tornerebbe ad un implicito utilizzo del meccanismo di disapplicazione di cui agli artt.4 e 5 L.A.C., ma applicando la regola di cui all'art.101, co.2, Cost. che mira a risolvere i conflitti tra norme e che, dunque, impone al giudice di applicare solo e soltanto la legge³¹. A ben guardare, il fondamento costituzionale del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo funge da cardine di equilibrio dell'architettura voluta dal legislatore costituente, come diretta implementazione del principio della separazione dei poteri, poiché, da un lato, subordina il potere giudiziario a quello legislativo, ma, al contempo, eleva il primo a garanzia delle prerogative del secondo, ammettendo la necessità del controllo degli atti dell'esecutivo che non possono derogare alla legge parlamentare, soprattutto, penale, alla stregua della riserva di cui all'art.25, co.2, Cost.

7. Il limite del giudicato amministrativo. Evoluzione normativa dell'interferenza del giudicato extrapenale sull'accertamento del fatto di reato.

L'ampio potere valutativo del giudice penale trova un solo limite (apparentemente) nell'intervenuta formazione di un giudicato amministrativo che affermi la legittimità o l'illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto dell'attività urbanistica.

Un limite labile, essendo prevista una serie di condizioni che rendono, come ammettono i giudici leccesi, effettivamente rara la preclusione alle valutazioni proprie del giudice penale. Nell'affresco evolutivo giurisprudenziale descritto dai giudici salentini, si fa riferimento ad un primo orientamento nomofilattico con cui – scrive il Tribunale – è stata affermata l'assoluta preclusione valutativa del giudice penale rispetto ad un provvedimento amministrativo già vagliato dall'Autorità giudiziaria amministrativa con sentenza passata in giudicato.

La questione appare alquanto diversa. Nell'occasione, infatti, la Suprema Corte era chiamata a sindacare il sequestro disposto dall'autorità giudiziaria penale di un manufatto ritenuto abusivo per difetto di concessione edilizia nonostante l'esistenza di una pronuncia definitiva del giudice amministrativo che aveva riconosciuto la legittimità della costruzione. I giudici di legittimità non si posero il problema della conformità dell'opera alla normativa edilizia, secondo gli insegnamenti delle Sezioni Unite (all'epoca, appena affermati), ma valutarono l'incidenza della decisione amministrativa passata in giudicato, in ipotesi macroscopicamente illegittima, sull'elemento soggettivo, arrivando alla conclusione che «l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione: ciò in quanto il cittadino - pena la vanificazione dei suoi diritti civili - non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento»³². Non vi è, dunque, un nuovo sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo già ritenuto legittimo dal giudice amministrativo, ma, sotto il profilo soggettivo, il giudicato amministrativo escluderebbe la colpa del cittadino che si sia adeguato o

31 GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., *passim*.

32 Cass. Pen., Sez. III, 11-01-1996, n.54, Ciaburri, in CED Cass., rv. 204622.



abbia fatto affidamento su quella valutazione giudiziale, andando ad eliminare la consapevolezza della macroscopica illegittimità dell'atto presupposto negativo della condotta.

Tanto evidenziato, appare opportuno che l'analisi del percorso giurisprudenziale sul limite del giudicato amministrativo parta dall'esame dell'evoluzione normativa processuale che è passata dall'indubbia vincolatività del giudicato extrapenale, dovuto al principio dell'unità della giurisdizione, alla situazione attuale, ben descritta nell'ordinanza in commento, in cui il giudice penale ha, in sostanza, un ampio margine di valutazione del fatto anche in presenza del giudicato amministrativo (per quello civile vi è qualche differenza).

Nel Codice di procedura penale del 1930 era previsto che il giudice penale potesse, ai sensi dell'art.20, rimettere (anche d'ufficio) una questione pregiudiziale (civile o amministrativa) al giudice competente, nell'ipotesi in cui (a) la decisione sulla sussistenza del reato fosse dipesa dalla risoluzione della controversia extrapenale di non facile soluzione e, comunque, (b) la legge non avesse posto limitazioni alla prova del diritto controverso. La vincolatività della decisione extrapenale era subordinata dall'acquisto dell'autorità di cosa giudicata (art.21 c.p.p. 1930), così precludendo al giudice penale di poter disapplicare *ex art.5 L.A.C.* l'atto amministrativo che fosse stato riconosciuto legittimo dal giudice amministrativo.

Tale quadro processuale, come accennato, è oggi profondamente mutato. Il sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo richiama l'applicazione degli artt.2 e 479 c.p.p. In base all'art.2 c.p.p., il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, seppur incidentalmente e, dunque, senza efficacia di giudicato in nessun altro processo, con la sola eccezione, prevista dall'art.479, co.1, c.p.p., nell'ipotesi che *“qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato”*. Se la sospensione supera un anno, il giudice penale può revocare anche d'ufficio la sospensione del dibattimento. Il nuovo assetto processuale ha fornito al giudice penale il più ampio controllo sulla legalità dell'atto amministrativo, con effetti limitati alla vicenda sottoposta alla relativa cognizione, come emerge chiaramente dalla Relazione al Progetto preliminare del 1988, per cui, nel commentare l'art.2 c.p.p., si precisa che lo stesso fissa la regola «dell'autonoma cognizione del giudice penale per quanto concerne le questioni strumentali rispetto alla decisione finale. Si tratta di una cognizione che ha effetti limitati al processo in corso (*cognitio incidenter tantum*), senza alcuna efficacia di giudicato». L'art.479 c.p.p., poi, come visto, stabilisce il potere del giudice penale di sospendere il dibattimento al verificarsi di due condizioni: (1) *qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente* e (2) *se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*³³. Da tale quadro normativo processuale discende che «diversamente da quanto avveniva *sub art.21 comma 2 cod. 1930*, il giudice non è legato dalla sentenza extrapenale;

33 A differenza della pregiudizialità di stato di cui all'art.3 c.p.p., che rileva in tutte le fasi processuali, la sospensione *ex art.479 c.p.p.* Può essere disposta solo nella fase dibattimentale.



gli viene utile quale precedente, meritevole o no di essere seguito»³⁴, potendola valutare, dunque, liberamente *ex art.2, co.1, c.p.p.*, con la conseguenza, per quanto qui interessa, di ritenere illegittimo il permesso di costruire, quale presupposto della condotta *ex art.44 dPR 380/2001* anche in contrasto con la valutazione espressa dal giudice amministrativo. Del resto, è categorico, in questo senso, quanto indicato nella Relazione al Progetto preliminare del Codice di procedura penale del 1988, secondo cui tutti gli accertamenti contenuti nella sentenza amministrativa (o civile³⁵) passata in giudicato «saranno, dunque, valutati nel processo penale, alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio, salvi com'è ovvio gli effetti costitutivi, modificativi od estintivi di situazioni giuridiche che ad essi siano ricollegati dalla legge».

7.1 Le valutazioni del giudice penale sulla condotta del reo nel caso di giudicato amministrativo sulla legittimità del titolo edilizio.

In tale nuovo quadro normativo, si spiegano le ragioni delle distinzioni poste dalla giurisprudenza di legittimità sulla questione della *tendenziale* vincolatività del giudicato amministrativo. È indubbio che il punto di frizione riguarderebbe l'ipotesi di valutazioni giudiziali opposte: il giudice amministrativo riconosce la legittimità del titolo abilitativo di cui il giudice penale è chiamato a verificarne l'illegittimità nell'accertamento del reato edilizio, al fine di ammettere (nell'ipotesi accusatoria) o escludere (nell'ipotesi difensiva), l'abusività della condotta dell'imputato. Ma anche il contrario, nell'ipotesi in cui la tesi difensiva contesti la legittimità parziale del titolo abilitativo.

In tali situazioni, è possibile distinguere il doveroso accertamento del giudice penale. Nella prima ipotesi (costruzione conforme al titolo edilizio), il giudice penale, accertata l'illegittimità del titolo abilitativo (secondo l'ipotesi accusatoria), valutato, di contro, legittimo dal giudice amministrativo, sarà tenuto a verificare l'effettiva colpevolezza del reo, al fine di escludere l'abusività della condotta edilizia, così sindacando, non solo, il comportamento del reo innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, ma anche le ragioni della decisione amministrativa, onde verificare se la relativa statuizione non sia stata inficiata da una cognizione limitata della vicenda, dovuta al carattere essenzialmente dispositivo del processo: «il giudice amministrativo decide sulla base dei motivi di ricorso secondo il principio dispositivo, sicchè il rigetto [o l'accoglimento] di un ricorso non vuol dire che il provvedimento sia legittimo [o illegittimo], significa solo che non si ravvisano i vizi lamentati dal ricorrente: le sentenze di rigetto hanno il solo effetto di dichiarare infondate le censure proposte dal ricorrente e non anche quello di dichiarare la legittimità [o l'illegittimità] dell'atto impugnato»³⁶.

Nella seconda ipotesi (costruzione parzialmente non conforme al titolo edilizio), il giudice penale, accertata l'illegittimità parziale del titolo abilitativo, valutato (integralmente) legittimo dal giudice amministrativo, sarà tenuto a verificare, nella prospettiva difensiva, l'effettiva sussistenza della sola

34 CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 2000, p.915.

35 Nell'ipotesi di sospensione per la risoluzione di una questione di stato di famiglia o di cittadinanza, il relativo giudicato ha efficacia vincolante nel processo penale *ex art.3, co.4, c.p.p.*

36 MORBIDELLI, *Il contributo dell'amministrativista alle riforme (e all'interpretazione) del reato di abuso di ufficio*, in Aa. Vv., *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 31 ss.



tipicità della condotta edilizia, poiché, una volta ammessa, non vi potranno essere dubbi sulla configurabilità del reato.

In questi termini, pertanto, appare inesatto il reiterato riferimento, anche nella più recente giurisprudenza, ad una preclusione per il giudice penale della *valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del Giudice amministrativo*, posto che tale espressione richiamerebbe implicitamente il meccanismo di disapplicazione *ex art.5 L.A.C.*, ormai, come visto, accantonato. Insomma, il giudicato amministrativo impone pur sempre al giudice penale un'indagine sul comportamento del reo, al fine di confermare o escludere l'ipotesi accusatoria, non potendosi limitare a prendere atto della decisione extrapenale.

8. La ritenuta irragionevolezza dell'art.479 c.p.p. per contrasto con l'art.111, co.1, Cost. confortata da un'esegesi *contra ratio legislatoris* dell'art.630, co.1, lett. b), c.p.p.

Il Tribunale di Lecce, non ritenendo di poter essere vincolato all'indicazione dei lavori preparatori, osserva che «la prospettata interpretazione dell'art. 479 c.p.p. (n.d.r., non vincolatività del giudicato extrapenale) appare essere in conflitto con il principio di ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111 comma 2 Cost.», non essendo ragionevole ammettere la possibilità di sospensione del dibattimento in attesa del giudicato extrapenale, salvo poi potersene liberamente discostarsi. Conforto a tale irragionevolezza i giudici leccesi rinviengono nell'art.630 c.p.p., che consente di ottenere la revisione della sentenza penale di condanna ormai divenuta irrevocabile, fra l'altro, nell'ipotesi in cui il giudice penale, nella decisione di condanna, abbia *ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'articolo 3 ovvero una delle questioni previste dall'articolo 479*» (art. 630, co.1, lett. b), c.p.p.). Acutamente il Tribunale osserva che tale disposizione «parifica totalmente, agli effetti della revisione, l'efficacia della sentenza civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza (cui l'art. 3 comma 4 c.p.p. riconosce espressamente valenza di giudicato nel processo penale) e la sentenza passata in giudicato che ha risolto una questione civile o amministrativa in attesa della quale è stato sospeso il processo penale (sentenza il cui valore nel giudizio penale non è espressamente definito dall'art. 479 c.p.p.)». Un'equiparazione che offre la cifra del valore vincolante del giudicato civile o amministrativo nel giudizio penale.

La fine argomentazione, tuttavia, non è convincente. Il nesso di condizionamento sulla sentenza penale del giudicato civile o amministrativo, ai fini dell'impugnazione straordinaria, è la valutazione probatoria effettuata dal giudice penale della sentenza extrapenale (come si evince dall'uso del verbo "*ritenere*", che implica un accertamento valutativo non condizionato o, meglio, non vincolato) nella



verifica della sussistenza del fatto di reato, in linea, del resto, con la *ratio* della revisione penale³⁷. In questa prospettiva, l'ipotesi di impugnazione straordinaria in parola conferma l'ampia discrezionalità nella valutazione di ogni questione pregiudiziale garantita dall'art.2 c.p.p., ai fini dell'accertamento del fatto di reato, in quanto il legislatore ha ritenuto di garantire al condannato una nuova valutazione penale, nel caso in cui il giudice avesse affermato la relativa responsabilità sulla scorta della (sola) decisione extrapenale, poi revocata. Dalla lettura dei lavori preparatori emerge che la previsione *de qua*, non prevista nel Progetto preliminare, è stata introdotta «per un necessario coordinamento con l'art. 479, in modo da consentire la revisione (...) in tutti i casi di revocazione di una sentenza civile o amministrativa su una questione pregiudiziale assunta dal giudice penale a base della sua decisione circa l'esistenza del reato (si pensi ad una condanna per bancarotta fondata su una sentenza dichiarativa di fallimento poi revocata)», con la significativa precisazione che «il richiamo all'art. 479 non intende limitare la revisione ai soli casi in cui è avvenuta la sospensione ma significa che l'impugnazione è ammessa in tutte le ipotesi nelle quali si è verificato un rapporto tra giudizio civile o amministrativo e giudizio penale come quello previsto nell'art. 479 e la decisione penale è dipesa dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa, anche se non si è resa necessaria la sospensione del dibattimento perché il giudicato civile o amministrativo si era già formato»³⁸.

Nessun vincolo del giudicato extrapenale all'accertamento del fatto di reato³⁹, come garantito dall'art.2 c.p.p., con la sola eccezione di cui all'art.3, co.4, c.p.p., attuando, nel modo più integrale possibile, il

37 SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Vol. V, *Impugnazioni*, Torino, Utet, 2009, p. 946, afferma, rispetto all'ipotesi di revisione ex art.630, co.1, lett. b), c.p.p., che è «necessario che sussista un rapporto di consequenzialità tra la sentenza – poi revocata – e la decisione del giudice penale; più precisamente – come del resto chiarisce l'art.630, 1° comma, lett. b), c.p.p. – abbia ritenuto sussistere il reato in conseguenza della decisione del giudice civile o amministrativo. Appare subito evidente come la sfera di incidenza dell'art.3 c.p.p. e dell'art.630, 1° comma, lett. b), c.p.p. non coincidano perfettamente in quanto la questione pregiudiziale può riguardare anche elementi che non attengono all'esistenza del reato, ma, ad esempio, alla sussistenza di una circostanza ed in tale ipotesi, come è evidente, non potrà farsi luogo alla revisione; quest'ultima, tra l'altro, potrebbe semmai portare una riduzione di pena: ipotesi chiaramente esclusa dall'art.631 c.p.p. parimenti ove il giudice, nel corso di una delle questioni di cui all'art.479 c.p.p., abbia disatteso la decisione del giudice civile, la successiva revoca di tale sentenza risulta insufficiente con riferimento all'istituto de quo. Lo stesso sembra potersi dire qualora in presenza di un questione ex art.3 c.p.p., il giudice, nonostante l'efficacia di giudicato della decisione civile, abbia deciso senza tener conto della sentenza pregiudicante. In altre parole è necessario – come dianzi accennato – che il giudice penale abbia fondato la propria decisione in ordine alla sussistenza del reato sulla sentenza civile o amministrativa, essendo irrilevante che la questione fosse già stata decisa o abbia dato luogo a sospensione del processo penale: la consequenzialità, infatti, va intesa in senso logico-giuridico».

38 Relazione al testo definitivo del Codice di procedura penale, pp.201 ss.

39 Non è qui la sede per ripercorrere le tappe di un'evoluzione che ha lentamente abbandonato la rigida visione della cosa giudicata penale, essendo sufficiente osservare che, ad oggi, il principio dell'irrevocabilità della *res iudicata* deve necessariamente mettere in conto che si possano stabilizzare condizioni di diseguaglianza tra situazioni identiche, conseguenze di errori o valutazioni differenti da parte dei giudici, non più rimediabili con gli ordinari mezzi di impugnazione ordinaria e, talvolta, neanche attraverso i procedimenti di revisione. È necessaria la verifica della perdurante legalità ed adeguatezza della decisione di merito, pur scongiurando il pericolo di un processo continuo che, attraverso la moltiplicazione dei fenomeni erosivi delle situazioni pregresse, attenui la stabilità di quella che va considerata e difesa come una garanzia precauzionale: la definizione del procedimento e la correlata realizzazione di un interesse dell'ordinamento. Il principio della certezza giudiziaria non è un valore intangibile ed assoluto, ma bilanciabile con interessi di pari rango (costituzionale) e, dunque, relativo. È stato correttamente scritto [LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri inediti del giudice dell'esecuzione*, in Arch. Pen., 2, 2012, nota a Cass. pen. Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977] che, quando l'ingiustizia di una decisione va colta *non già mediante il riesame del materiale di giudizio, bensì mediante nuovi elementi di giudizio*, non si scorge pericolo alcuno per la sicurezza giuridica poiché anzi, *questa stessa esigenza si capovolge e si profila... come urgenza di ristabilire la giustizia offesa, mentre la coscienza sia dei consociati sia degli stessi soggetti più direttamente interessati... non saprebbe accettare*



disposto costituzionale dell'art.101, co.2, Cost. sulla soggezione del giudice soltanto alla legge ed, in particolare, nel caso del giudice penale, la decisione deve accertare «se un certo accadimento concreto sia sussumibile sotto una certa norma penale incriminatrice; e per fare questo non può essere limitato nella valutazione di eventuali questioni civili o amministrative che trova sulla sua strada e che preludono alla decisione finale»⁴⁰.

Appare questo il filo conduttore della giurisprudenza esaminata dal Tribunale salentino, in tema di valutazione del giudicato extrapenale, in cui, in definitiva, la Suprema Corte ha delineato un tale numero di eccezioni alla tradizionale vincolatività del giudicato extrapenale (retaggio, come visto, del previgente Codice di rito), da evidenziarne l'esatto opposto. Svolgendo una veloce indicazione degli arresti dei giudici di legittimità, come fatto in maniera certamente più approfondita dai giudici leccesi, è stato affermato che la preclusione determinata dal giudicato amministrativo sulle valutazioni proprie del giudice penale non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa, stante l'autonomia della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e la assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di sindacare l'atto amministrativo illegittimo. Pertanto, l'effetto preclusivo resta confinato ai casi in cui un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale. Ma non basta. Alcune preclusioni possono derivare dal giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta o che, comunque, si è fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o, addirittura, non rispondenti al vero. Se, infatti, ciò che rileva è la piena cognizione della questione trattata da parte del giudice amministrativo e la effettiva decisione sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato, tali evenienze non possono ritenersi verificate quando la decisione sia stata assunta disponendo di dati inesatti o incompleti. Ciò, ovviamente, quando la situazione che libera il giudice penale dall'ostacolo opposto dal giudicato amministrativo non sia conseguenza di mere valutazioni personali, ma risulti da un dato obiettivo preesistente e sconosciuto al giudice amministrativo o sopravvenuto⁴¹.

9. Il punto di equilibrio della vincolatività del giudicato extrapenale nella lettura salentina

di dare prevalenza al giudicato su nuovi elementi atti da soli o congiuntamente ai precedenti a dimostrare la ingiustizia della sentenza irrevocabile. Cfr. LEONE, *Il mito del giudicato*, in Riv. Dir. Pen. Proc., 1956, pp. 168 ss.

40 GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p.105, aggiungendo che «in definitiva, il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge prevale sulle istanze inerenti all'uniformità della giurisdizione. Infatti, un così alto e decisivo riconoscimento costituzionale dell'istanza di legalità sostanziale non può essere condizionato o limitato da questioni afferenti alla pluralità delle giurisdizioni che, viste nella prospettiva storica qui proposta, sono il portato di antiche prerogative di autotutela della sfera statale».

41 Cass. pen. Sez. IV, 20-09-2012, n. 46471, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 2, 183, con nota di F. Peroni, Sui rapporti tra giudicato amministrativo e determinazioni del giudice penale. Nello stesso senso, Cass. pen. Sez. VI Sent., 20-03-2018, n. 17991 (rv. 272890); Cass. pen. Sez. III, 26-05-2015, n. 24602, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 10, pp. 1110 ss.; Cass. pen. Sez. III Sent., 18-07-2014, n. 44077 (rv. 260612).



Ad ogni modo, il Tribunale salentino perviene, con dovizia di argomentazioni, ad individuare una soluzione intermedia (o punto di equilibrio, come la definisce) sulla vincolatività del giudicato amministrativo (in particolare), rispetto alle ipotesi giurisprudenziali esaminate, «in grado di contemperare i contrapposti interessi, riconoscendo sì efficacia vincolante alle sentenze del Giudice amministrativo in sede penale, ma solo in presenza di rigorosissimi presupposti, in grado di legittimare la deroga al principio di autonomia dei giudizi, in nome della certezza del diritto (...) e di affidamento dei cittadini nelle decisioni dell'Autorità giudiziaria». In breve, tali presupposti, affinché una sentenza amministrativa, che ha deciso una questione dalla cui risoluzione dipenda in tutto o in parte l'esito del procedimento penale, espliciti efficacia di giudicato nel giudizio penale, è necessario riscontrare una medesimezza oggettiva, soggettiva, devolutiva e probatoria⁴².

Appare, tuttavia, distonica l'applicazione effettuata dal Tribunale rispetto ai principi garantisti richiamati a conforto della lettura interpretativa (principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini nelle decisioni delle autorità giudiziarie), in quanto ritiene di essere vincolato al giudicato amministrativo che ha respinto i ricorsi del Comune di Otranto, confermando la legittimità, sia della prescrizione di stagionalità imposta dalla Soprintendenza, sia dell'ordinanza con la quale, proprio in ragione di detta stagionalità, l'amministrazione statale ha ingiunto al Comune di Otranto di rimuovere i pontili galleggianti precedentemente installati, ritenendo irrilevante, a tal fine, la presentazione di una nuova e diversa soluzione progettuale. Insomma, un vincolo *contra reum*. Di tanto, appare rendersi conto lo stesso Tribunale, allorché precisa che la sua cognizione non è deputata «ad acclarare, a differenza del giudizio di merito, innocenza o colpevolezza degli indagati, bensì, assai più limitatamente, a verificare la sussistenza di *fumus commissi delicti e periculum in mora*»⁴³, tuttavia, pur sempre rappresentando «in modo puntuale e coerente le concrete risultanze processuali e la situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti e dimostrare la congruenza dell'ipotesi di reato prospettata rispetto ai fatti cui si riferisce la misura *cautelare reale* sottoposta al suo esame»⁴⁴. Pertanto, accertando, nel caso concreto, la sussistenza dei quattro profili di identità, i giudici leccesi ritengono di non poter esaminare i profili di doglianza, spiegati dal Comune di Otranto, nuovamente innanzi al giudice penale, stante la vincolatività dei giudicati amministrativi.

10. Violazione della prescrizione di stagionalità: mera inosservanza o reato urbanistico-paesaggistico omissivo? L'inammissibilità dell'interpretazione teleologicamente orientata alla tutela sostanziale del bene giuridico.

Il Tribunale, dopo aver verificato che il porto turistico di Otranto è stato ritualmente e regolarmente autorizzato, sottolinea che il profilo di illiceità riguarda la circostanza che «l'approdo turistico,

42 Trib. Ries. Lecce, ordinanza in commento, p.32, a cui è opportuno rinviare.

43 *Ex multis*, Cass. pen. Sez. III Sent., 15-03-2019, n. 36302, in CED Cass. rv. 277553-01; Cass. pen. Sez. II, 10-12-2014, n. 53677.

44 Conformemente all'insegnamento nomofilattico, *ex multis*, Cass. pen. Sez. III, 12-07-2018, n. 41104, in Quot. Giur., 2018; Cass. pen. Sez. III, 17-05-2018, n. 38723, in Fisco, 2018, 32-33, pp. 3198 ss.



autorizzato come “stagionale”, con obbligo di smontaggio e rimontaggio dei pontili galleggianti ogni anno, al termine della stagione estiva e a conclusione di quella invernale, sia rimasto costantemente installato, senza alcuna soluzione di continuità, a decorrere da aprile 2016 (momento di conclusione dei lavori, con conseguente collaudo del 30/5/2016)».

I giudici salentini confermano l'impostazione accusatoria, richiamando l'orientamento nomofilattico che ravvisa la configurabilità del reato edilizio di cui all'art. 44, co.1, lett.re b) e c), dPR 380/2001, così come il reato di occupazione demaniale di cui agli artt. 54-1161 cod. nav. e il reato paesaggistico previsto dall'art. 181 d.lgs. 42/2004, nella mancata rimozione, alla scadenza del termine previsto nell'autorizzazione in precario, di un manufatto installato per soddisfare esigenze stagionali⁴⁵, essendo stata ritenuta la piena equivalenza tra la condotta di colui che edifica un manufatto in contrasto con le norme urbanistiche e paesaggistiche e colui che, realizzando un'opera di tipo precario compatibile con il territorio per un limitato periodo di tempo, non la rimuove in spregio delle indicazioni dell'autorità amministrativa⁴⁶. Per quanto riguarda l'occupazione del suolo demaniale marittimo sulla base di un atto autorizzativo pluriennale, con prescrizione di stagionalità, il Tribunale richiama la più recente giurisprudenza per cui l'esistenza di un titolo pluriennale abilitante esonera il concessionario dalla richiesta annuale, ma non esclude l'obbligo di rimuovere le strutture collocate sul demanio al termine del periodo di utilizzo previsto⁴⁷.

E' un aspetto dell'ordinanza in commento che si intende, nei limiti del contributo, approfondire.

La condotta omissiva rappresentata dalla mancata rimozione dell'opera stagionale entro il termine prefissato, appare sostanzialmente diversa, sotto il profilo giuridico, dalla condotta positiva della realizzazione di costruzione abusiva punita dalle norme incriminatrici urbanistico-paesaggistiche di riferimento. Non vi può essere dubbio alcuno che il concetto di realizzazione si riferisca ad un comportamento materiale dell'agente che erige un manufatto senza alcun titolo abilitativo o in totale difformità dallo stesso, mentre la rimozione del manufatto assentito, con permesso pluriennale, ma solo per un determinato periodo dell'anno solare, si riferisce ad un obbligo di *facere* non rispettato. Vi è, del resto, un'ontologica differenza tra la realizzazione di un'opera stagionale non assentita e quella di mancata rimozione dell'opera stessa al termine della stagione.

Una considerazione a parte andrà svolta rispetto alle violazioni demaniali.

45 Cass. Pen., Sez. III, 12-05-2001, n. 23645, in CED Cass. rv. 250484.

46 Cass. Pen., Sez. III, 18-06-2014, n. 50620, in CED Cass. rv. 261915; Cass. Pen. Sez. III., 06-04-2018, n. 39677, in CED Cass. rv. 275437-01.

47 Cass. Pen., Sez. III, 11-04-2019, n. 31290, in CED Cass. rv. 276290-01; Cass. Pen., Sez. III, 15-03-2007, n. 19962, in CED Cass. rv. 236736 – 01.



10.1 Il reato urbanistico-paesaggistico omissivo ? l'offensività come criterio di interpretazione espansiva dell'incriminazione ? La bussola perduta nell'esegesi penale: dalla legalità formale alla giustizia sostanziale.

Rispetto al reato urbanistico-paesaggistico⁴⁸, va osservato che la giurisprudenza di legittimità⁴⁹ ha ammesso la relativa configurabilità per omissione, attraverso il combinato disposto degli artt.40, co.2, c.p. e l'art.44, co.1, lett. b) o c), dPR 380/2001, proprio in casi di mancata rimozione delle strutture stagionali, come precisamente indicato dal Tribunale, senza, tuttavia, approfondire la problematica esegetica ad esso connessa che coinvolge la stessa compatibilità dell'interpretazione nomofilattica con il principio di legalità, sotto la dimensione della tassatività e divieto di analogia *ex art.14 disp. prel. c.c.*

In un unico precedente, invero, si è affermato che «il soggetto il quale effettui una costruzione che in tanto può ritenersi *contra legem* in quanto, per una ragione ben precisa (nel caso in esame per non essere stata eliminata nei termini prefissati dall'Amministrazione preposta al governo del territorio) non può permanere con carattere di stabilità nel territorio sul quale risulta essere stata edificata, incorre nella stessa violazione di legge, senza che ciò comporti una diversità ontologica del fatto», essendoci – continuano i giudici di legittimità – «piena equivalenza di condotte tra colui che materialmente edifica un manufatto in contrasto con determinate norme urbanistiche e colui che, realizzando un'opera di tipo precario compatibile con il territorio per un limitato periodo di tempo, non la rimuova in spregio alle indicazioni dell'Autorità amministrativa, in quanto è proprio la permanenza non consentita sul territorio che costituisce il nucleo comune di responsabilità nei due casi ora enunciati»⁵⁰. In altri termini, la stagionalità qualifica la legittimità dell'opera assentita, con la conseguenza che la relativa permanenza determina un *vulnus* alla tutela dell'interesse sotteso alle previsioni urbanistiche di riferimento.

48 La bibliografia sul tema è vastissima, potendosi segnalare, senza alcuna presunzione di completezza, cfr. ALBERTINI, *Giurisprudenza del giudice penale in tema di costruzione di opere precarie*, in Riv. Giur. Urb., 1989, pp.413 ss.; ANNUNZIATA, *La costruzione edilizia nel diritto urbanistico civile e penale*, Padova, Cedam, 1989; BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 1980; BARBUTO, *Reati edilizi e urbanistici*, Torino, Giappichelli, 1996; BERTOLINI, *Il bene giuridico protetto dalla normativa urbanistica*, in Giust. Pen., 1993, II, pp. 309 ss.; BRESCIANO, PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, Giuffrè, 2000; CACCIN, *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi sottoposti a mera autorizzazione del Sindaco ad eseguirli*, in N. Rass., 1983, pp.1219 ss.; D'ANGELO N., *Abusi e reati edilizi*, Rimini, 2011; FERRETTI, *Reati edilizi. Aspetti normativi e sanzionatori*, Roma, Altalex, 2012; FIALE A., FIALE E., *Abusi edilizi, sanzioni*, Napoli, ETS, 2012; MELCHIONDA, *La disciplina penale degli abusi edilizi. Profili generali*, in Riv. Giur. Urb., 2004, pp.100 ss.; MORONI, *I reati edilizi e le sentenze assolutorie*, Rimini, 2012; PAGANO, *Le sanzioni urbanistico-edilizie*, Milano, 1992; RAMACCI, *I reati edilizi*, Milano, Giuffrè, 2012; SALVIA, TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, Cedam, 2012; STEA, *Condominio edilizio 2003. La sanabilità degli abusi sostanziali realizzati su aree vincolate paesaggisticamente (profili penali e amministrativi)*, Lecce, Raggio Verde Edizioni, 2005; TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, IV Ed., Padova, Cedam, 2016; ZANETTI, *I reati in materia urbanistica*, Napoli, ETS, 1992. Con particolare riguardo ai reati paesaggistico-ambientali, cfr. AZZALI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2001; BISORI, *La riforma della tutela penale del paesaggio*, in Cass. Pen., 2005, pp. 3180 ss.; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1996; DI NARDO, *I reati ambientali*, Padova, Cedam, 2002; GIUFFRÈ, *La tutela penale del bene territorio*, in Corr. Giur., 1994, pp.750 ss.; RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2005; TANDA, *Principio di offensività e reati in materia di beni culturali ed ambientali*, in Cass. Pen., 2002, pp. 3853 ss.

49 Cass. pen. Sez. III Sent., 06-06-2006, n. 29871, in Riv. Pen., 2007, 6, pp. 670 ss.; Cass. pen. Sez. III Sent., 10-11-2010, n. 42190, in Urbanistica e appalti, 2011, 2, pp. 243 ss.; Cass. pen. Sez. III Sent., 12-05-2011, n. 23645, in CED Cass. rv. 250484; Cass. pen. Sez. III Sent., 16-06-2011, n. 36826, in Urbanistica e appalti, 2012, 2, 241.

50 Cass. pen. Sez. III Sent., 18-06-2014, n. 50620, in CED Cass. rv. 261915; conf. Cass. pen. Sez. III, 05-04-2017, n. 30192, in Urbanistica e appalti, 2017, 5, pp. 723 ss.



Non può essere ignorato che, nel caso di struttura stagionale, ammettere la necessità di una preventiva valutazione amministrativa, implica, necessariamente, affermare che l'autorità preposta ha esaminato il profilo dell'incidenza della relativa durevole stabilità sull'assetto del territorio. Pertanto, il soggetto che, dopo aver realizzato un manufatto assentito da permesso di costruire stagionale senza poi rimuoverlo nel termine stabilito, determina un impatto sul territorio non dissimile, per stabilità e permanenza, da quello già noto ed accettato dall'autorità amministrativa che ha rilasciato il titolo abilitativo, differenziandosene solamente per la mancata intermittenza⁵¹. Tra l'altro, è certo che la prescrizione di stagionalità non delimita temporalmente l'efficacia del titolo abilitativo, ma integra solo una mera modalità esecutiva⁵², con la conseguenza che il permesso stagionale non perde efficacia e, dunque, non rende illegittima l'opera realizzata.

Ma non basta.

Di regola, la tutela penale offre un ulteriore criterio di distinzione del bene protetto, restringendone la rilevanza punitiva alle sole offese più gravi ai beni di rango più elevato, in ossequio al principio di offensività che garantisce la necessaria proporzione tra il sacrificio delle libertà personali del reo ed il bene oggetto di tutela penale. Da ciò, sempre di regola, i criteri di selezione delle scelte di incriminazione penale circoscrivono la tutela a interessi o stadi di offesa differenti da quelli cui mira altro ramo del diritto, come il diritto amministrativo sanzionatorio. Nel diritto penale urbanistico-paesaggistico, come ampiamente desumibile anche dall'ordinanza in commento, la connessione con la sottesa disciplina amministrativa è particolarmente marcata, tanto da rilevare uno stretto legame di accessorietà tra diritto penale e diritto amministrativo⁵³. Aspetto questo che costituisce un punto critico di tutto il sistema di tutela penale complementare. Una accessorietà o complementarietà tra diritto penale e amministrativo che offusca la possibilità di ricostruire gli scopi di protezione delle singole fattispecie penali, così andando a compromettere la stessa tipicità sostanziale della norma incriminatrice e, dunque, dilatando i confini della relativa applicazione giudiziale, a discapito della determinatezza della stessa scelta incriminatrice del legislatore.

Tale obiettiva constatazione sui margini dell'offesa penalmente rilevante in materia penale urbanistico-paesaggistica ha effetti anche sulla tecnica d'incriminazione. In breve, l'accertamento della tipicità (formale e sostanziale) del fatto realizzato, nonché della sua imputabilità oggettiva al reo, implica che la relativa punibilità sia condizionata a che il soggetto abbia posto in essere la condotta vietata, e questa abbia effettivamente leso o messo in pericolo un interesse. Se è vero che il legislatore ha ampia discrezionalità nel prevedere ipotesi punitive di pericolo astratto, è altrettanto vero il rifiuto dell'ordinamento positivo a che una condotta inoffensiva (e, dunque, atipica) possa essere punita⁵⁴. Tale ragionamento porta inevitabilmente alla considerazione che una presunzione legale assoluta che

51 In questi termini, acutamente, Trib. Lecce, Sez. I, 20-06-2017, est. F. Malagnino, in *Giur. Pen. Web*, 14.7.2017.

52 T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 07-11-2018, n. 1448; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 06-07-2015, n. 1495.

53 Ampiamente, CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, Cedam, 1996, pp. 127 ss.

54 Del principio di offensività come criterio ermeneutico di definizione della tipicità, cfr. C. cost., n. 174 del 2014, in cui i giudici costituzionali ricordano «come spetti al giudice ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato (*ex plurimis*, sentenze n. 139 del 2014 e n. 62 del 1986)».



abbia ad oggetto un aspetto della tipicità del fatto (nel caso in ipotesi, l'offesa – anche potenziale – al territorio o al paesaggio) non sarebbe ammissibile nel nostro ordinamento: se, infatti, a discapito della presunzione, emergesse nel corso del procedimento che tale elemento legalmente fissato non sussista, ciò significherebbe che in natura il tipo (ed, in particolare, l'offesa) non si è realizzato, ossia che il bene tutelato non è stato leso, né messo in pericolo⁵⁵. Del resto, la formulazione dell'art. 49 co. 2 c.p. (che, come noto, costituisce lo strumento utile al sindacato in concreto della tipicità sostanziale) non rende insuperabile la presunzione di pericolo, posto che tale disposizione si riferisce espressamente all'impossibilità della realizzazione dell'«evento dannoso o pericoloso» e, quindi, come dimostrato da attenta dottrina⁵⁶, è applicabile a ogni tipo di fattispecie che non risulti con essa strutturalmente incompatibile. Così potrà certamente applicarsi agli illeciti di pericolo astratto. La distinzione tra reati di pericolo concreto e quelli di pericolo astratto ruoterà, dunque, intorno alla parte del processo che avrà l'onere di dimostrare, rispettivamente, l'offensività (per l'accusa) o l'inoffensività (per la difesa) del fatto⁵⁷. Inevitabilmente fuorigioco saranno i reati di pericolo presunto.

Tanto evidenziato, tornando alla vicenda in esame, il consolidato orientamento di legittimità che ammette la configurabilità omissiva del reato edilizio *ex artt.*44, lett b) o c), dPR 380/2001 è evidente frutto di una tecnica interpretativa teleologicamente orientata ad adattare la norma incriminatrice alla tutela (sostanziale) del bene presupposto (o ritenuto tale), attraverso l'improprio utilizzo del criterio di offensività per l'incriminazione di qualsiasi condotta (anche omissiva) in contrasto con lo scopo di tutela sotteso alla disciplina criminale di riferimento. Tale considerazione appare evidente, ove si osservi che i giudici di legittimità, nell'affermare la sussumibilità della condotta omissiva di mancato smontaggio dei manufatti amovibili, si limitano a sottolinearne la «piena equivalenza» offensiva con quella di edificazione in contrasto con le norme urbanistiche e paesaggistiche. Insomma, l'offensività non delimita l'area del penalmente rilevante, ma la amplia a dismisura, celando un chiaro ragionamento analogico vietato dall'art.25, co.2, Cost.

Facendo leva su un ragionamento fondato sui criteri ed i principi della grammatica penale, è certamente inammissibile sussumere il mancato rispetto della prescrizione di stagionalità nella fattispecie astratta di cui agli artt.44, co.1, lett. b) o c) dPR 380/2001 e 181 d.lgs. 42/2004, poiché è *fisiologicamente* impossibile applicare la clausola di equivalenza di cui all'art.40, co.2, c.p. ai reati urbanistico-paesaggistici che, quali reati di pericolo (e di pura condotta), sono privi di evento naturalistico, che, come noto, costituisce un'indefettibile necessità per poter ampliare lo spettro punitivo alle ipotesi di omissione (impropria)⁵⁸. La lettura giurisprudenziale qui criticata appare

55 Più favorevole – o comunque, rassegnato (sia consentito) – ad una soluzione applicativa dell'offensività in senso «debole», MANNA, *Corso di diritto penale*2, *Parte Generale*, Padova, Cedam, 2012, 65.

56 M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, pp. 7 ss.; TRAPANI, *La divergenza tra il voluto ed il realizzato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 82 ss.. *Contra*, altra parte della dottrina, tra cui, ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Giuffrè, 1928, p. 142, che parla di «presunzione *juris et de jure*» di pericolosità.

57 Sull'interferenza tra l'aspetto probatorio della presunzione e quello dell'effettività dell'offesa, AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. Dir. Pen. Proc.*, 2001, pp. 1178 ss.

58 Sul reato omissivo improprio la produzione scientifica è oramai molto vasta. Cfr., per tutti, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, pp. 581 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pp. 337 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del*



riprendere un'antica argomentazione per cui un tempo si riteneva che i reati omissivi fossero, nella sostanza, «veri e propri reati commissivi e che contravvenissero non a un comando di agire bensì a un divieto (quello, per l'appunto, di cagionare l'evento tipico). L'omissione, in altri termini, null'altro sarebbe – per tale tesi – che una particolare modalità di realizzazione (una «forma di manifestazione») del fatto tipico, che resterebbe, però, commissivo a tutti gli effetti»⁵⁹.

In sostanza, l'orientamento nomofilattico richiamato dal Tribunale salentino, al fine di confermare l'impostazione accusatoria, consente di punire, attraverso l'impropria valorizzazione dell'art.40, co.2, c.p., la mera inerzia disobbediente⁶⁰. Una soluzione non accettabile, ma forse sussumibile nella sola previsione di cui all'art.44, co.1, lett. a), dPR 380/2001, che punisce, come noto, l'inosservanza delle prescrizioni urbanistico-edilizie.

10.2 La configurabilità della contravvenzione di illegittima occupazione del demanio marittimo

Diversamente, conformemente all'editto accusatorio cautelare, è certamente configurabile l'ipotesi tipica della violazione demaniale di cui all'art.1161 cod. nav.⁶¹, la cui condotta è costituita dalla *occupazione* di uno spazio demaniale marittimo o aereo, che, come tale, anche secondo la comune accezione semantica, implica un'attività di *insediamento* che si protrae fino a quando il luogo interessato è *abbandonato* o *rimesso in pristino*. Nelle ipotesi punitive urbanistico-paesaggistiche, di contro, viene in rilievo una condotta avente ad oggetto non l'*occupazione* di aree, bensì la realizzazione di opere in violazione della disciplina edilizia e paesaggistica.

Sono diversi anche i beni giuridici: gli illeciti penali di cui agli artt.44 dPR 380/2001 e 181 d.lgs. 42/2004 sono posti a tutela, l'uno, dell'ordinato assetto del territorio e, l'altro, del paesaggio, mentre il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. è posto a tutela della destinazione pubblica del patrimonio demaniale, ovvero «l'interesse a non privare la collettività del diritto a liberamente e pienamente fruire dei beni demaniali, salvo il contemperamento degli interessi disciplinato con concessione, oltre che, deve aggiungersi, l'interesse pubblico alla miglior gestione dei beni stessi anche in funzione ad ulteriori scopi di natura pubblicistica (si può pensare, quanto al demanio marittimo, alla funzionalità della navigazione o alla tutela della pubblica incolumità anche rispetto a possibili calamità

reato, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 56 ss. e 376 ss. Nella manualistica, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII Ed. Milano, Giuffrè, 2018, pp. 250 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 231 ss.

⁵⁹ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017, p.390

⁶⁰ Recentemente, Cass. pen. Sez. III, 05-12-2019, n. 49422, afferma che «il reato omissivo improprio si caratterizza perchè attribuisce rilievo all'omissione non in sè, ma in quanto antecedente causale di un evento; e, nei reati in materia edilizia e paesaggistica, l'evento, se configurabile, si identifica nella realizzazione di un manufatto in assenza del titolo necessario». Il dubbio di configurabilità dell'evento nel reato edilizio ed in quello paesaggistico sottolinea che l'omissione impropria deve precedere causalmente l'evento (naturalistico).

⁶¹ DEGL'INNOCENTI, *Il reato previsto dall'art.1161 del Codice della Navigazione*, in www.lexambiente.it, con ampi richiami giurisprudenziali.



naturali)»⁶². Del resto, deve escludersi ogni dipendenza tra i titoli abilitativi urbanistico-paesaggistici e la concessione demaniale, diversi essendo i presupposti per il rilascio, in quanto il permesso di costruire legittima l'esecuzione di interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio secondo la relativa disciplina e dando concreta attuazione alle scelte operate con gli strumenti di pianificazione, l'autorizzazione paesaggistica concerne una valutazione circa l'incidenza di un intervento sull'originario assetto dei luoghi soggetti a particolare protezione, mentre la concessione demaniale consente il godimento del bene demaniale entro i limiti stabiliti dal provvedimento.

In questi termini, dunque, l'omessa rimozione dei manufatti secondo la prescrizione di stagionalità determina un'illecita occupazione dell'area demaniale, andando così a potersi effettivamente configurare l'ipotesi contravvenzionale *ex artt.54 e 1161 cod.nav.*

11. La disapplicazione della deroga normativa alla prescrizione di stagionalità per incompatibilità comunitaria per il tramite di un ragionamento sistematico/teleologico: l'art.1, co.246, L. 145/2018 e l'art.12 Dir. 2006/123/CE. Esegesi non persuasiva.

Superata la questione della legittimità della prescrizione di stagionalità imposta dagli atti amministrativi presupposti della condotta contestata agli indagati e la sussumibilità dei fatti contestati nell'ipotesi accusatoria cautelare, il Tribunale salentino esamina la problematica attinente all'applicabilità o meno dell'art. 1, co.246, L. 145/2018⁶³ all'approdo turistico realizzato dal Comune di Otranto su area e specchio d'acqua demaniali, con particolare riguardo alla relativa compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Il Tribunale, in *primis*, sottolinea che «sebbene la disposizione non preveda, di per sé, alcuna proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, più volte censurata dalla giurisprudenza nazionale ed europea in quanto contrastante con i principi di concorrenza e di libertà di stabilimento affermati dal Trattato europeo e dalla Direttiva Servizi del 2006, la disposizione - ad avviso del Collegio - risulta "incastonata" in un sistema inscindibile di norme contrastanti con i predetti principi».

I giudici leccesi, dopo aver esposto l'atteggiamento giurisprudenziale amministrativo, in particolare, sulla prescrizione *de qua* ed aver ricostruito la normativa della materia delle concessioni demaniali

⁶² Cass. pen. Sez. III, 11-04-2019, n. 31290, in CED Cass. rv. 276290-01.

⁶³ L'art. 1 della L. 30 dicembre 2018, n. 145 (*"Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021"*), al comma 246 (in vigore dell'1 gennaio 2019), statuisce testualmente: *"I titolari delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo e dei punti di approdo con medesime finalità turistico ricreative, che utilizzino manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono mantenere installati i predetti manufatti fino al 31 dicembre 2020, nelle more del riordino della materia previsto dall'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25"*.



marittime a scopo turistico ricreativo, con particolare riguardo al rinnovo *sostanzialmente perpetuo*, descrivono gli interventi nazionali volti a superare le censure sollevate dalla Commissione europea, in merito al contrasto con l'art. 43 TCE (poi divenuto art. 49 TFUE), della previsione nazionale di cui all'art. 37 cod. nav., che, in virtù del cd. *diritto di insistenza*, prevedeva la preferenza del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione della nuova concessione, determinando una frizione con il principio di libertà di stabilimento degli operatori economici sancito dal diritto eurounitario. Tuttavia, come ben descritto nell'ordinanza in commento, gli interventi del legislatore nazionale hanno costituito un complesso di proroghe generalizzate automatiche *ex lege* nel corso di oltre un decennio, fino a giungere alla declaratoria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha ritenuto tale sistema in netto contrasto con il diritto alla concorrenza e alla libertà di stabilimento.

Il Tribunale, ravvisando un collegamento sistematico tra l'art.1, co.18, DL 194/2009, in combinato disposto con l'art.34-*duodecies*, DL 179/2012, e la previsione di cui all'art.1, co.246, L. 145/2018, ritiene contrastante con il diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte europea, tale ultima disposizione, così pervenendo alla relativa disapplicazione.

L'assunto non è condivisibile, poiché le disposizioni messe a confronto hanno ad oggetto profili distinti della disciplina delle concessioni demaniali marittime.

L'art.1, co.18, DL 194/2009, premettendo, ormai come di consueto, le ragioni della necessità dell'intervento transitorio normativo, in attesa della revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, da concludere nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, dispone la proroga delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore della disposizione, fino al 31.12.2012. Tale scadenza è stata ulteriormente prorogata fino al 31.12.2020 dall'art.34-*duodecies* DL 179/2012⁶⁴.

Diversamente, l'art.1, co.246, L. 145/2018 non dispone l'ulteriore proroga delle concessioni demaniali marittime, ma consente esclusivamente ai concessionari di *mantenere installati manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee* (art.3, co.1, lett. e.5, dPR 380/2001), fino al 31.12.2020, così derogando alla sola stagionalità dell'installazione.

64 È indubbio, come, del resto, indicato dal Tribunale di Lecce, che il giudice amministrativo come la Corte Costituzionale abbia ripetutamente rilevato (sentenze nn. 213/2011, 340/2010, 233/2010 e 180/2010) che le disposizioni che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime violano l'art.117, co.1, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza e ciò in quanto l'automatismo della proroga della concessione determina una disparità di trattamento tra gli operatori del settore, violando i principi di concorrenza, poiché a coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo ne è preclusa, alla scadenza della concessione, la possibilità di prendere il posto del precedente gestore, se non nel caso in cui questi ometta di richiedere la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti.



Il nesso sistematico individuato dal Tribunale attraverso il richiamo dell'art.1, co.18, DL 194/2009, da parte dell'art.1, co.246, L. 145/2018, non è persuasivo, poiché tale rinvio appare riferirsi alle *rationes* che (ancora una volta) giustificano l'intervento normativo transitorio, ma relativamente ad un aspetto normativo che non può entrare in conflitto con il giudicato europeo che, come detto, ha ad oggetto la durata delle concessioni, non la temporaneità dei manufatti strumentali all'attività assentita. Non appare, dunque, corretta la lettura esegetica offerta dal Tribunale salentino, asseritamente deputata a dare un significato normativo effettivo alla previsione in commento, ma paradossalmente in contrasto con la normativa eurocomunitaria (*sic!*), perché – a dire dei giudici leccesi - «non v'è dubbio, infatti, che, anche in base alla normativa esistente prima dell'entrata in vigore della L. 145/2018, non era certamente impedito ai concessionari demaniali (con titolo valido ed efficace) richiedere, in presenza dei necessari presupposti e secondo la normativa “ordinaria” (senza necessità di alcuna norma “eccezionale”), il mantenimento per l'intero anno di manufatti amovibili originariamente assentiti per la sola stagione estiva con obbligo di rimozione per la stagione invernale».

Appare chiaro, di contro, che l'intervento legislativo supera il regime ordinario che impone una valutazione della pubblica amministrazione, con la previsione di un regime eccezionale di mantenimento dei manufatti *ex lege* (senza alcuna istanza)⁶⁵, così ravvisandosi un chiarissimo e concreto significato normativo, non destinato ai concessionari uscenti (ovvero ai titolari di concessione prorogate *ex art.1, co.18, DL 194/2009*), in virtù dell'incontestabile giudicato eurounitario⁶⁶, ma ai titolari di concessioni demaniali marittime regolarmente in vigore che, in base alla concessione, avrebbero l'obbligo della stagionalità dei manufatti installati. Non coglie nel segno, dunque, l'ulteriore censura mossa dal Tribunale salentino alla disposizione nazionale (indebito vantaggio), rispetto alla norma di indirizzo comunitario, non essendo chiaramente interessati alla prescrizione derogatoria della stagionalità i concessionari uscenti, come detto.

12. L'influenza sovranazionale sul sistema punitivo domestico. Cenni di analisi dei conflitti tra norma interna e norma europea.

Il conflitto tra la norma europea ad efficacia diretta e la norma penale, come noto, impone la disapplicazione di quella nazionale. Ad ogni modo, le norme comunitarie non direttamente applicabili possono anche solo interferire con la norme penali interne attraverso (1) la tecnica della *definizione* di elementi normativi della disposizione penale interna⁶⁷ o sua *integrazione* e (2) quella dell'*assimilazione* per cui le norme comunitarie espandono la portata punitiva della norma penale nazionale.

65 Anche il Tribunale salentino ritiene non corretta l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa dell'art.1, co.246, L. 145/2018, per cui è, comunque, necessaria un'istanza di proroga da parte del concessionario marittimo alla pubblica amministrazione competente. *Contra*, Cass. pen. Sez. III, 02-05-2013, n. 32966.

66 È indiscutibile, come condivisibilmente sottolineano i giudici salentini, il manifesto contrasto con il giudicato europeo dell'ennesima previsione di proroga automatica previsto dall'art.1, co.682 e 683 L. 145/2018.

67 VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Milano, Giuffrè, 2009, p. 166.



Un ruolo primario, nella prospettiva dirimente le problematiche dell'interferenza tra diritto penale interno e diritto europeo, è la distinzione, non solo, tra effetti *diretti* ed *indiretti* della norma comunitaria, ma, anche, e forse soprattutto, proprio tra effetti *riduttivi* (o *in bonam partem*) ed *espansivi* (o *in malam partem*) della stessa⁶⁸, perché l'effetto *in malam partem* determina una presunzione relativa di contrasto con il principio di legalità, che, dunque, impone all'interprete di valutare, di volta in volta, se effettivamente l'effetto interferente pregiudica la riserva di legge costituzionale⁶⁹.

Nell'ipotesi di norma comunitaria ad effetti *riduttivi*, la stessa sarebbe sempre dotata di effetti diretti; diversamente, nel caso di norma ad effetti *espansivi*, la stessa sarebbe certamente priva di effetti diretti. Da ciò, dunque, in caso di conflitto ad effetti riduttivi il giudice non deve mai rinviare alla Corte costituzionale, mentre, nell'ipotesi di conflitti ad effetto espansivo invece deve rinviare alla Corte costituzionale.

Il contrasto della norma europea ad effetti *riduttivi* (e diretti) determina la inapplicabilità della disposizione interna (in ipotesi, anche solo un elemento di fattispecie), senza però sostituirla e, dunque, la norma europea non diventa *regola di giudizio*, determinando solo, come detto, la non applicazione dell'*intera* norma, a cui consegue il proscioglimento dell'imputato, ai sensi dell'art.129 c.p.p., immediato corollario attuativo dell'art.27, co.2, Cost., che costituisce la regola (*predeterminata*) di giudizio, per la materia penale⁷⁰. Il parametro costituzionale appena richiamato serve a comprendere le ragioni che impongono la non applicazione dell'intera norma incriminatrice, pur se in contrasto con un principio europeo (di per sé non chiaro e preciso), una volta concretizzato dall'esegesi interpretativa della Corte di Giustizia, senza alcuna necessità dell'intervento del giudice costituzionale. Da ciò, la norma europea con effetti riduttivi del penalmente rilevante ha una funzione meramente *paralizzante*, non anche di disciplina, alla stregua della granitica giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷¹ e, dunque, tali norme hanno diretta efficacia⁷².

In tale prospettiva, appare quindi opportuno chiedersi se le modifiche apportate dalle fonti europee alla normativa extrapenale di rinvio possano modificare il contenuto precettivo della fattispecie e influire così sull'estensione dell'area di illiceità penale.

68 SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, Giuffrè, 2007, 230, utilizza le espressioni in questione in considerazione degli effetti che la norma europea determina non per il reo (*in bonam* o *in malam partem*), ma sulla norma interna (*riduttivi* o *espansivi*). Più di recente, ampiamente, STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, in Riv. Dir. Alimen., 2, 2018, pp. 42 ss.

69 Sul principio di legalità in materia alimentare, ma con argomenti relativi ad ogni ramo del diritto domestico, cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in Riv. Dir. Alim., IX, 1, 2015, *passim*.

70 SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 234.

71 Corte Giust. Com. Eur., 05-02-1963, C-26/62, *Van Gend e Loos*. In dottrina, le acute osservazioni di POCAR, *Diritto dell'Unione e della Comunità europea*, IX Ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 291, secondo cui «l'effetto diretto della norma comunitaria non è una qualità intrinseca della norma stessa, ma dipende dalla funzione che essa è chiamata a svolgere nel caso di specie, di volta in volta, considerato».

72 Cass. pen., Sez. III, 16-05-2012, n. 18767, § 5, con nota di PARODI, VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it.



Per rispondere all'interrogativo appena proposto è indispensabile chiarire la natura del raccordo che lega la norma incriminatrice alle fonti di diritto dell'Unione e stabilire se tale legame operi anche in prospettiva dinamica, consentendo di adeguare la legge penale all'evoluzione dell'apparato normativo europeo di settore, limitatamente, nell'economia del contributo, all'ipotesi esaminata dal Tribunale salentino (ove fosse valida), ovvero la norma extrapenale interna di favore in contrasto con la norma di indirizzo europeo.

12.1 Analisi della decisione del Tribunale di Lecce sull'inapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018 alla luce dei criteri di risoluzione dei conflitti tra norma nazionale e principio europeo.

Facendo riferimento alla classificazione proposta da Carlo Sotis, ma sottolineando che non è la sola indicata dalla dottrina⁷³, né rappresenta un criterio alternativo agli altri individuati, ma, effettivamente, pare essere quello più utile per la distinzione per tipo di *azionabilità*⁷⁴, va osservato che la norma domestica, secondo l'interpretazione dei giudici leccesi, ha ad oggetto l'ulteriore proroga della durata del titolo concessorio demaniale, attraverso l'autorizzazione al mantenimento delle strutture amovibili per l'intero anno solare. Tale disposizione interferisce con le previsioni punitive interne (artt.44 DPR 380/2001, 181 d.lgs. 42/2004 e 1161 cod. nav.), sottraendo, secondo la nota distinzione indicata dalla Corte costituzionale, «una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva». In altri termini, la previsione di cui all'art.1, co.246, L. 145/2018, interferendo sull'ipotizzata fattispecie concreta punitiva (omessa rimozione dei manufatti assentiti stagionali), determina la sottrazione di tale sotto-fattispecie dal cono applicativo delle figure incriminatrici (edilizia, paesaggistica e demaniale), in quanto descrive una contrazione indiretta dell'area della rilevanza penale. Per tali ragioni, dunque, la previsione del 2018, esterna alle norme incriminatrici di riferimento, è certamente giustiziabile.

Il parametro europeo di riferimento è individuato dal Tribunale nell'art.12 Dir. 2006/123/CE, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno (cd. Direttiva Bolkestein), secondo cui “*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*”, aggiungendo, al secondo paragrafo: “*Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere*

73 Fra i più significativi, PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, ora in PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 462 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 267 ss.; MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in Dir. Un. Eur., 2000, pp. 353 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1984, pp. 206 ss.; EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 238 ss. Per l'analisi sintetica delle varie classificazioni proposte, SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 263 ss., nonché nota 196, pp. 285 ss.

74 SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 261.



la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami". L'incompatibilità delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime, come detto, è stata affermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sotto due profili: da un lato, in relazione alla norma di indirizzo suddetta che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; dall'altro, rispetto all'art.49 TFUE che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

Si tratta di disposizioni di principio e non di regole direttamente applicabili. Da ciò, il contrasto tra norma nazionale e principio europeo ha ad oggetto un giudizio di bilanciamento tra gli interessi coinvolti ed, in particolare, di una valutazione della limitazione nazionale al principio europeo, per cui, a determinate condizioni, è ammessa una deroga domestica allo stesso principio. L'intervento del giudice europeo è caratterizzato dalla costante ricerca del punto di equilibrio delle limitazioni nazionali alle libertà comunitarie, bilanciando i contrapposti interessi, ma anche verificando necessità, proporzionalità ed adeguatezza della soluzione derogatoria domestica. La competenza a dirimere tale contrasto spetta alla Corte di Giustizia che dovrà svolgere un cd. *pre-bilanciamento* in cui individuare il peso degli interessi in gioco, residuando, poi, al giudice del rinvio di applicare quei pesi nel giudizio di bilanciamento vero e proprio che solo lui potrebbe compiere, essendo l'unico competente a giudicare della validità della norma nazionale in conflitto con il principio comunitario.

È, dunque, una questione di attività ermeneutica del giudice domestico, volta ad adeguare la norma interna, nella sua applicazione concreta, alla norma comunitaria di riferimento, in adempimento dell'obbligo di fedeltà e leale cooperazione, alla stregua della giurisprudenza lussemburghese⁷⁵, così delineandosi una tecnica di armonizzazione indiretta ma immediata (perché prescinde dall'intervento del legislatore)⁷⁶. Tale tecnica di armonizzazione si pone a metà strada tra la diretta applicazione della norma europea, con correlata inapplicabilità di quella nazionale, e rinvio alla Corte costituzionale, finalizzato all'annullamento della norma domestica in contrasto con quella sovranazionale (non direttamente applicabile) che funge da norma interposta secondo il parametro costituzionale di cui agli artt.11 e 117 Cost.

Nella vicenda in esame, i giudici salentini hanno optato per la diretta inapplicabilità della norma interna (ritenuta) in contrasto con i principi europei come stigmatizzati dalla Corte eurounitaria, così omettendo di rimettere la questione alla Corte costituzionale ed avventurandosi in una sorta di interpretazione conforme della normativa punitiva interna attraverso l'inapplicabilità della disposizione esterna incompatibile con il sistema comunitario di riferimento.

È un'opzione non convincente.

75 Sulla questione, Corte Giust. Un. Eur., Grande Sez., 05-10-2004, C-397/01-C-403/01.

76 Così letteralmente, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Direkta, 2012, p. 70.



È noto che l'interpretazione conforme in materia penale va contenuta nei confini delineati da alcuni limiti, *ontologici e assiologici*⁷⁷.

Il primo limite *ontologico* va posto nella lettera della legge, ovvero che l'interprete deve rispettare l'univoco tenore letterale o lessicale della disposizione, non potendosi ammettere un'attività ermeneutica che *forzi* il dato testuale con un esito interpretativo addirittura *contra legem*, così trasformando, come acutamente osservato⁷⁸, «l'interpretazione adeguatrice in *normazione mascherata* da parte del giudice comune, facendo in realtà applicazione diretta della norma europea, aggirando il vaglio del giudice costituzionale»⁷⁹.

I limiti *assiologici* dell'interpretazione conforme sono quelli più afferenti al sistema garantistico proprio della materia penale, con l'effetto che è costantemente affermata l'inammissibilità di un'esegesi *in malam partem* di una disposizione domestica in contrasto con una norma sovranazionale e ciò, essenzialmente, da un lato, perché gli Stati membri non hanno accettato alcuna limitazione di sovranità in materia penale, in quanto la relativa competenza europea è *indiretta e mediata*, con l'effetto che l'inadempimento statale non può essere fatto valere sul singolo cittadino e, dall'altro, perché la riserva di legge è garante della necessaria democraticità della norma penale, che, come evidenziato dal Tribunale di Karlsruhe⁸⁰, non può essere assicurata dall'Unione Europea che ha un grado di democrazia proporzionato al livello dell'integrazione politica⁸¹. E poi, è costantemente affermato, a livello europeo, il principio per cui «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati», tradotto dalla Corte costituzionale, sottolineando come «l'efficacia diretta di una direttiva è ammessa solo se da essa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente» e, parallelamente, evidenziando che «gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale»⁸². Pertanto, il (forzato) percorso interpretativo effettuato dai giudici leccesi con l'effetto di neutralizzare e di disapplicare la norma interna più favorevole⁸³ non è persuasivo ed, anzi, si pone in netto contrasto con i limiti delle tecniche di esegesi giudiziaria⁸⁴.

77 VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in Corso, Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani. 2, Diritto processuale penale e profili internazionali: diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 617 ss., 649 ss.; anche MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56. In giurisprudenza, si segnala Corte Giust. Un. Eur., 24-01-2012, C-282/10, *Maribel Dominguez*, ove si ribadisce che «il principio di interpretazione conforme esige inoltre che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo».

78 MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 57.

79 LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it. Sui limiti ontologici dell'interpretazione conforme, cfr. anche Corte cost. n.28 del 2010, § 4 *Considerato in diritto*; Corte cost. n.196 del 2010; Corte cost. n.227 del 2010.

80 BVerfG, 30-06-2009, 2 BvE 2/2008.

81 Sia consentito il rinvio a STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, cit., pp. 111 ss.

82 Corte Giust. Un. Eur., Sez. VI, 08-10-1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*. Negli stessi termini, Corte Giust. Un. Eur., Sez. I, 05-07-2007, C-321/05, *Kofoed*.

83 MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 59.

84 Cass. Pen., Sez. VI, 05-08-2016, n.34699, in motivazione, si legge: «Il principio di interpretazione conforme al diritto sopranazionale richiede che il giudice interno si adoperi al meglio, nei limiti della sua competenza, applicando i metodi di interpretazione a sua disposizione, al fine di garantire la piena effettività del diritto medesimo e pervenire ad una soluzione



13. Conclusioni. L'applicabilità dell'art.1, co.246, L. 145/2018 all'approdo turistico idruntino e incidenza sul *periculum in mora* cautelare.

Il Tribunale ha, come già detto, disapplicato l'art.1, co.246, L. 145/2018, attribuendogli un significato normativo sistematicamente coordinato con quello dell'art.1, co.18, DL 194/2009, che è una disposizione pacificamente incompatibile con il sistema comunitario. Di contro, proprio per evitare la disapplicazione e, dunque, dare alla disposizione *de qua* un'interpretazione conforme al diritto eurounitario, il Tribunale avrebbe dovuto interpretare l'art.1, co.246 L. 145/2018 secondo il suo significato letterale *ex art.12 disp. prel. c.c.*, nel senso che, come visto, lo stesso deroga alla prescrizione amministrativa di stagionalità per i soli titolari di concessioni demaniali marittime regolarmente in vigore, con esclusione, dunque, dei concessionari uscenti (anche quelli che hanno usufruito delle proroghe automatiche comunitariamente illegittime).

L'esegesi corretta della disposizione in esame, quindi, avrebbe dovuto portare i giudici leccesi ad esaminare il profilo di relativa effettiva sussumibilità dell'approdo turistico idruntino nella previsione derogatoria della prescrizione di stagionalità. Pur nei limiti dell'esegesi di una norma eccezionale, si ritiene che la stessa sia applicabile alla situazione esaminata dal Tribunale (come, del resto, ritengono implicitamente gli stessi giudici cautelari, altrimenti, la questione di disapplicazione dell'art.1, co.246, L. 145/2018, non sarebbe stata rilevante). Da quanto descritto nell'ordinanza in commento, l'opera realizzata consiste (almeno) in un approdo turistico *ex art.2, co.1, lett. b)*, dPR 509/1997⁸⁵, così potendo configurare il presupposto soggettivo stabilito dalla disposizione derogatoria (*“I titolari (...) dei punti di approdo con (...) finalità turistico ricreative, che utilizzino manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in*

conforme alla finalità da quest'ultimo perseguita (CGUE, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer; CGUE, sentenza 4 luglio 2006, C-212/04, Adeneler). Tuttavia, tale attività incontra i limiti propri dell'interpretazione e non può condurre ad un'applicazione *contra legem* del diritto nazionale (arg. ex sentenze CGUE 8 ottobre 1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen e 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino). Allo stesso modo, l'interpretazione conforme, rispetto alla Costituzione, è ammessa ogni qual volta essa sia compatibile con il disposto letterale della disposizione, che ad essa insuperabilmente non osti. L'interpretazione conforme è quindi doverosa e prioritaria, ma appartiene pur sempre alla platea delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione la norma che si ritiene rispondente al parametro sopraordinato, il giudice non può ricorrervi».

⁸⁵ Come indicato dal Tribunale (p. 37), l'art.2, co.1, dPR 509/1997 (*Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma 8, della L. 15 marzo 1997, n. 59*), rubricato *“Definizioni”* distingue tre diverse strutture dedicate alla nautica da diporto: a) il *“porto turistico”*, *“ovvero il complesso di strutture amovibili ed inamovibili realizzate con opere a terra e a mare allo scopo di servire unicamente o precipuamente la nautica da diporto ed il diportista nautico, anche mediante l'apprestamento di servizi complementari”*; b) l'*“approdo turistico”*, *“ovvero la porzione dei porti polifunzionali aventi le funzioni di cui all'articolo 4, comma 3, della legge 28 gennaio 1994, n. 84, destinata a servire la nautica da diporto ed il diportista nautico, anche mediante l'apprestamento di servizi complementari”*; c) i *“punti d'ormeggio”*, *“ovvero le aree demaniali marittime e gli specchi acquei dotati di strutture che non importino impianti di difficile rimozione, destinati all'ormeggio, alaggio, varo e rimessaggio, anche a secco, di piccole imbarcazioni e natanti da diporto”*.



materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono mantenere installati i predetti manufatti fino al 31 dicembre 2020⁸⁶).

Tuttavia, tale disposizione, di stretta interpretazione⁸⁶, non ha certamente efficacia retroattiva e di sanatoria, con l'effetto che la condotta contestata agli indagati, già perfetta sin dal 2016 – secondo quanto indicato dallo stesso Tribunale – al più, è cessata con l'entrata in vigore dell'art.1, co.246 L. 145/2018 (1.1.2019). La cessazione della permanenza della condotta antigiuridica abusiva edilizia (in genere)⁸⁷ può incidere sull'effettiva sussistenza del *periculum in mora* necessario a confermare la misura cautelare reale.

86 T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 09-10-2019, n. 1051.

87 Argomentando da Cass. pen. Sez. III Sent., 09-01-2019, n. 6732, in CED Cass. rv. 275837-01.



La tutela penale dell'ambiente ed il delitto di inquinamento ambientale nella Repubblica di Serbia

Environment criminal law and pollution crime in the Republic of Serbia

di Milan BRANKOVIĆ

Abstract. Il contributo esamina in primo luogo il sistema della tutela penale dell'ambiente nella Repubblica di Serbia, fornendo anche dati di natura statistica che sottolineano la scarsa efficacia di tale sistema. In secondo luogo, il contributo concentra la sua attenzione sulla fattispecie di inquinamento ambientale di cui all'art. 260 KZ (codice penale serbo), illustrandone similitudini e differenze rispetto alla fattispecie italiana (art. 452-bis c.p.).

Abstract. The essay examines first of all the criminal protection system of the environment in the Republic of Serbia, providing also some data which show that the protection system doesn't work so well. Secondly, the article focuses on the pollution crime referred in the art. 260 KZ (Serbian penal code) enlightening simili....and differences in respect of italiana epollution crime (rt. 452-bis c.p.).

Parole chiave: Inquinamento ambientale; ecodelitti; Serbia; tutela penale dell'ambiente in Serbia

Key words: pollution crime; environmental crimes; Serbia; criminal protection of the environment in Serbia



SOMMARIO: 1. La genesi della tutela penale dell'ambiente – 2. I delitti contro l'ambiente di cui al titolo XXIV del KZ –3. I reati ambientali secondari ed i regolamenti governativi – 4. Analisi statistiche sugli ecodelitti del KZ e spunti di riflessione– 5. Il delitto di inquinamento ambientale – 5.1 Analisi del delitto – 5.2 La giurisprudenza sul delitto di inquinamento ambientale – 6. Un breve sguardo comparatistico tra Italia e Serbia.

1. La genesi della tutela penale dell'ambiente

Fino alla metà del XX secolo l'ordinamento giuridico della Repubblica di Serbia non era estraneo a forme di tutela dell'ambiente, ma approntava una tutela di tipo indiretto. Il bene ambiente veniva infatti tutelato in via sussidiaria ed accessoria rispetto ad altri beni come la salute pubblica o la sicurezza in generale.

A partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, più precisamente nel 1977, iniziarono a comparire nell'ordinamento serbo le prime fattispecie di tutela penale dell'ambiente, che vedevano in quest'ultimo un bene meritevole di tutela diretta ed autonoma. Proprio nel 1977, infatti, nell'art. 133 (*član 133*) dell'allora vigente codice penale (*krivični zakonik*, o più comunemente KZ¹) venne inserita la fattispecie penale di inquinamento ambientale (*zagađenje životne sredine*)².

La fattispecie di inquinamento ambientale (ex. art. 133 KZ) venne inserita nell'allora titolo XIV del codice penale dedicato ai “delitti contro la salute delle persone e della salubrità dell'ambiente in cui queste vivono” (“*krivična dela protiv zdravlja ljudi i čovekove sredine*”). La decisione di collocare

¹ D'ora in avanti verrà indicato così nel testo.

² L'art. 133 dell'allora vigente KZ così disponeva: “(1) Chi in violazione delle disposizioni in materia di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente inquina abbondantemente o in un'area estesa l'aria, l'acqua o il terreno è punito con la reclusione fino a tre anni. (2) La persona responsabile che in violazione delle disposizioni in materia di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente omette di allestire impianti di trattamento, che permette la costruzione, la messa in servizio o l'utilizzo di impianti che inquinano l'ambiente, o che non adotta misure di prevenzione o di contenimento di inquinamenti ambientali, e che con ciò causa l'inquinamento abbondante o in un'area estesa dell'aria, dell'acqua o della terra è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (3) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo è stato commesso con colpa, l'autore è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno per il delitto di cui al comma 1, mentre per il delitto di cui al comma 2 con la reclusione fino a tre anni. (4) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo ha comportato la distruzione della vita animale o vegetale su larga scala, l'autore del reato è punito con la reclusione da uno a dieci anni. (5) Se il fatto di cui al comma 3 del presente articolo ha comportato la distruzione della vita animale o vegetale su larga scala, l'autore del reato è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (6) Con concessione della sospensione condizionale della pena per i fatti di cui ai commi 2 e 5 del presente articolo, all'autore del reato può essere imposto l'obbligo di adottare entro un determinato periodo le misure prescritte nelle disposizioni in materia di protezione, conservazione e miglioramento dell'ambiente.”. La disposizione del 1977 può essere consultata integralmente in lingua originale in http://adattar.adatbank.transindex.ro/Szerbia/Krivicni_zakon_Srbije.pdf.



la disposizione proprio in quel titolo poggiava sul pensiero condiviso e sulla concezione che con la tutela dell’ambiente si poteva ottenere indirettamente anche la tutela della vita e della salute umana.

Successivamente, con il progressivo affermarsi di nuovi ecoreati (*ekološka krivična dela*), il legislatore decise di affiancare al delitto di inquinamento ambientale talune nuove fattispecie³. La maggior parte delle fattispecie penali di nuovo conio legate all’ambiente finirono però nell’allora titolo XV dedicato ai “delitti contro l’economia” (“*krivična dela protiv privrede*”)⁴.

Diversi anni dopo, con il progressivo affermarsi della concezione ecocentrica che vede nell’ambiente un bene fondamentale da proteggere autonomamente in virtù della sua intrinseca importanza rapportata alla vita dell’essere umano, il legislatore decise di spostare i delitti contro l’ambiente e di dedicare loro un titolo *ad hoc* nel codice penale⁵. Nel 2005, per la prima volta, venne così introdotto nella parte speciale del codice penale (KZ) il titolo XXIV dedicato ai delitti contro l’ambiente (*Glava dvadeset četvrta, krivična dela protiv životne sredine*), in cui vennero raggruppate diciotto differenti fattispecie penali (*čl.260-277*), che entrarono in vigore a partire dal 1° gennaio 2006.

2. I delitti contro l’ambiente di cui al titolo XXIV del KZ

Le fattispecie penali di cui al titolo XXIV del KZ possono essere suddivise in quattro grandi categorie:

3 Si veda sul punto B. HERCEG, I. ILIĆ, *Zagađenje okoliša/životne sredine kroz prizmu hrvatskog i srpskog kaznenog/krivičnog zakonodavstva*, Ekologija i pravo, Niš, 2009, p. 264. Tra i delitti che rientravano insieme al delitto di inquinamento ambientale al di sotto del titolo XIV del KZ era presente a titolo d’esempio il delitto di “contaminazione dell’acqua destinata all’abbeveramento o ad usi alimentari dell’uomo” (*Zagađivanje vode za piće i životnih namirnica*) di cui all’ex art. 131 KZ, oggi riportato con qualche modifica nell’art. 258 KZ, che così disponeva: “(1) Chi con una qualsiasi sostanza nociva inquina l’acqua destinata all’abbeveramento o ad usi alimentari delle persone, e con ciò mette a rischio la vita o la salute di queste, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l’autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a tre mesi.”. Per consultare la disposizione in lingua originale si rimanda alla fonte citata in nota precedente.

4 Al di sotto del titolo XV del KZ erano presenti a titolo d’esempio il delitto di “produzione di medicinali nocivi impiegati per la cura di animali” (ex. art. 155 KZ, oggi riportato nell’art. 272 KZ), il delitto di “fornitura di assistenza veterinaria inadeguata” (ex. art. 156 KZ, oggi riportato nell’art. 271 KZ), il delitto di “devastazione delle foreste” (ex. art. 160 KZ, oggi riportato nell’art. 274 KZ), il delitto di “furto forestale” (ex. art. 161 KZ, oggi riportato nell’art. 275 KZ), la caccia e la pesca illegali (ex. artt. 162-163 KZ, oggi riportati negli artt. 276-277 KZ). Questi ed altri delitti verranno a breve riportati con contestuale traduzione del loro dispositivo.

5 Così N. MRVIĆ-PETROVIĆ, *Krivično pravo*, Beograd, 2008, p. 290.



1) Delitti contro l'ambiente in generale:

- art. 260 KZ (*Zagađenje životne sredine*): Inquinamento ambientale⁶;
- art. 261 KZ (*Nepreduzimanje mera zaštite životne sredine*): Mancata adozione delle misure di protezione ambientale⁷;
- art. 262 KZ (*Protivpravna izgradnja i stavljanje u pogon objekata i postrojenja koja zagađuju životnu sredinu*): Costruzione illegale e avviamento di impianti che inquinano l'ambiente⁸;
- art. 263 KZ (*Oštećenje objekata i uređaja za zaštitu životne sredine*): Danneggiamento di strutture e dispositivi impiegati per la protezione dell'ambiente⁹;
- art. 264 KZ (*Oštećenje životne sredine*): Danno all'ambiente¹⁰;

6 Per vedere il contenuto della disposizione cfr. *infra*, § 5.

7 “(1) Il pubblico ufficiale o la persona responsabile che non adotta le misure di protezione ambientale prescritte, o che non procede in base alle decisioni dell'autorità competente in materia di misure di protezione ambientale, è punito con la multa o con la reclusione fino a tre anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (3) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo ha causato un inquinamento ambientale, l'autore è punito ai sensi dell'art. 260 del codice penale. (4) Nel caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo, l'autorità giudiziaria può imporre all'autore del reato l'obbligo di adottare le misure prescritte nelle disposizioni in materia di protezione, conservazione e miglioramento dell'ambiente entro un determinato periodo.”. Trad. It. da član 261 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

8 “(1) Il pubblico ufficiale o la persona responsabile che in violazione delle disposizioni in materia di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente permette la costruzione, la messa in servizio o l'utilizzo di impianti o tecnologie con le quali si inquina abbondantemente o in un'area estesa l'ambiente, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo ha comportato la distruzione della vita animale o vegetale su larga scala, oppure l'inquinamento dell'ambiente a tal punto che per il suo ripristino sono richiesti molto tempo o spese ingenti, l'autore del reato è punito con la reclusione da uno a otto anni. (3) Nel caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo, l'autorità giudiziaria può imporre all'autore del reato l'obbligo di adottare le misure prescritte nelle disposizioni in materia di protezione, conservazione e miglioramento dell'ambiente entro un determinato periodo.”. Trad. It. da član 262 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

9 “(1) Chi danneggia, distrugge, nasconde o in altro modo rende inutilizzabili i dispositivi impiegati per la protezione dell'ambiente, è punito con la reclusione fino a tre anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (3) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo ha comportato l'inquinamento abbondante o in un'area estesa dell'aria, dell'acqua o della terra, l'autore del reato è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (4) Se il fatto di cui al comma 2 del presente articolo ha comportato l'inquinamento abbondante o in un'area estesa dell'aria, dell'acqua o della terra, l'autore del reato è punito con la reclusione fino a tre anni. (5) Se il fatto di cui ai commi 1 e 3 del presente articolo ha comportato la distruzione o il danneggiamento della vita animale o vegetale su larga scala oppure l'inquinamento dell'ambiente a tal punto che per il suo ripristino sono richiesti molto tempo o spese ingenti, l'autore del reato è punito con la reclusione da uno a otto anni. (6) Se il fatto di cui ai commi 2 e 4 del presente articolo ha comportato la distruzione o il danneggiamento della vita animale o vegetale su larga scala oppure l'inquinamento dell'ambiente a tal punto che per il suo ripristino sono richiesti molto tempo o spese ingenti, l'autore del reato è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (7) Nel caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti previsti dal comma 1 al comma 6 del presente articolo, l'autorità giudiziaria può imporre all'autore del reato l'obbligo di adottare le misure prescritte nelle disposizioni in materia di protezione, conservazione e miglioramento dell'ambiente entro un determinato periodo.”. Trad. It. da član 263 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

10 “(1) Chi, in violazione delle disposizioni, tramite lo sfruttamento delle risorse naturali, tramite la costruzione di infrastrutture, tramite l'esecuzione di una qualsiasi opera o in qualsiasi altro modo provoca all'ambiente un danno



- art. 265 KZ (*Uništenje, oštećenje, iznošenje u inostranstvo i unošenje u Srbiju zaštićenog prirodnog dobra*): Distruzione, danneggiamento, esportazione all'estero e importazione in Serbia di beni naturali protetti¹¹;
- art. 268 KZ (*Povreda prava na informisanje o stanju životne sredine*): Violazione del diritto all'informazione sulle condizioni ambientali¹².

2) Delitti relativi alle sostanze pericolose:

- art. 266 KZ (*Unošenje opasnih materija u Srbiju i nedozvoljeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija*): Introduzione di sostanze pericolose in Serbia e trattamento, smaltimento e conservazione illeciti di materiali pericolosi¹³;
- art. 267 KZ (*Nedozvoljena izgradnja nuklearnih postrojenja*): Costruzione illegale di impianti nucleari¹⁴.

abbondante o in un'area estesa, è punito con la reclusione fino a tre anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (3) Nel caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo, l'autorità giudiziaria può imporre all'autore del reato l'obbligo di adottare le misure dirette all'eliminazione delle conseguenze dannose provocata all'ambiente entro un determinato periodo." Trad. It. da član 264 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

11 "(1) Chi distrugge o danneggia un bene naturale protetto è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a sei mesi. (3) Chi, in violazione delle disposizioni, esporta all'estero specie animali o vegetali rigorosamente protette, oppure importa in Serbia specie animali o vegetali straniere protette da trattati e documenti internazionali, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa. (4) Il tentativo per il fatto di cui al comma 3 del presente articolo è punito. (5) Le specie animali o vegetali rigorosamente protette ai sensi del comma 3 del presente articolo sono sottoposte a sequestro." Trad. It. da član 265 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

12 "Chi, in violazione delle disposizioni, trattiene [nasconde] informazioni o fornisce informazioni non veritiere sulle condizioni dell'ambiente e sui fenomeni ambientali che lo interessano, necessarie per valutare i rischi ambientali e per l'adozione di misure di protezione per la vita e la salute delle persone, è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno." Trad. It. da član 268 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

13 "(1) Chi, in violazione delle disposizioni, importa in Serbia materiali radioattivi, altri materiali o rifiuti pericolosi, oppure chi trasporta, trasforma, colleziona o immagazzina materiali o rifiuti del genere, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa. (2) Chi, in abuso del suo ufficio o del suo potere [ad es. la polizia doganale], permette che in Serbia vengano importati i materiali o i rifiuti di cui al comma 1 del presente articolo, oppure permette che materiali o rifiuti del genere vengano trasportati, trasformati, collezionati o immagazzinati, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa. (3) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo ha comportato la distruzione della vita animale o vegetale su larga scala, oppure l'inquinamento dell'ambiente a tal punto che per il suo ripristino sono richiesti molto tempo o spese ingenti, l'autore del reato è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa. (4) Nel caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti previsti dal comma 1 al comma 4 del presente articolo, l'autorità giudiziaria può imporre all'autore del reato l'obbligo di adottare le misure di protezione prescritte contro le radiazioni ionizzanti o altre misure di protezione. (5) Chi organizza la commissione del fatto di cui al comma 1 del presente articolo è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa. Trad. It. da član 266 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

14 "Chi, in violazione delle disposizioni, approva o partecipa alla costruzione di una centrale nucleare, di un impianto per la produzione di energia nucleare o di un impianto per il trattamento di rifiuti nucleari, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni." Trad. It. da član 267 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.



3) Delitti contro la flora e la fauna:

- art. 269 KZ (*Ubijanje i zlostavljanje životinja*): Uccisione e maltrattamento di animali¹⁵;
- art. 270 KZ (*Prenošenje zaraznih bolesti kod životinja i biljaka*): Trasmissione di malattie infettive negli animali e nelle piante¹⁶;
- art. 271 KZ (*Nesavesno pružanje veterinarske pomoći*): Fornitura di assistenza veterinaria inadeguata¹⁷;
- art. 272 KZ (*Proizvodnja štetnih sredstava za lečenje životinja*): Produzione di medicinali nocivi impiegati per la cura di animali¹⁸;
- art. 273 KZ (*Zagađivanje hrane i vode za ishranu, odnosno napajanje životinja*): Contaminazione di cibo e acqua destinati all'alimentazione o all'abbeveramento degli animali¹⁹;

15 “(1) Chi, in violazione delle disposizioni, uccide, ferisce, tortura o maltratta un animale è punito con la multa o con la reclusione fino a due anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo ha comportato la morte, la tortura o il ferimento di più animali, oppure il fatto è stato commesso nei confronti di un esemplare di animale rigorosamente protetto dalla legge, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a tre anni. (3) Chi, per motivi di interesse personale, organizza, finanzia o ospita un combattimento tra animali della stessa specie o di specie diverse, oppure chi organizza o partecipa a scommesse riguardanti tali combattimenti, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa. Trad. It. da član 269 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

16 “(1) Chi, durante un'epidemia di una malattia animale che potrebbe mettere in pericolo il bestiame, non agisce in conformità delle disposizioni, delle decisioni o delle ordinanze che stabiliscono misure per il controllo e la prevenzione della malattia, è punito con la multa o la reclusione fino a due anni. (2) Soggiace alla pena di cui al comma 1 del presente articolo anche chi, durante il periodo in cui sussiste il rischio di trasmissione di malattie o di parassiti che potrebbero danneggiare il mondo vegetale, non agisce in conformità delle disposizioni, delle decisioni o delle ordinanze che stabiliscono misure per il controllo e la prevenzione della malattia o del parassita. (3) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo ha comportato la morte di animali, la distruzione di piante o altri danni significativi, l'autore del reato è punito con la reclusione fino a tre anni. (4) Se il fatto di cui ai commi 1, 2 e 3 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno.”. Trad. It. da član 270 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

17 “(1) Il veterinario o l'assistente veterinario autorizzato che durante la fornitura di assistenza veterinaria prescrive o somministra un trattamento manifestamente inadeguato, cure manifestamente inappropriate, oppure agisce inconsapevolmente nel trattamento di animali causando così la loro morte o altri danni significativi, è punito con la multa o con la reclusione fino a due anni. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a sei mesi.”. Trad. It. da član 271 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

18 “(1) Chi, ai fini commerciali, produce medicinali per il trattamento o la prevenzione di infezioni negli animali, che sono pericolosi per la loro vita o per la loro salute, è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo ha comportato la morte di animali o altri danni significativi, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a due anni. (3) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a sei mesi.”. Trad. It. da član 272 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

19 “(1) Chi, con l'ausilio di un qualsiasi materiale dannoso, contamina il cibo o l'acqua utilizzati per nutrire gli animali e con ciò mette in pericolo la loro vita o la loro salute, è punito con la multa o con la reclusione fino a due anni. (2) Soggiace alla pena di cui al comma 1 del presente articolo anche chi, con l'ausilio di qualsiasi materiale dannoso, contamina l'acqua di uno stagno, di un lago, di un fiume o di un ruscello generando un pericolo per la sopravvivenza di pesci e altri animali acquatici. (3) Se il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo ha comportato la morte di



- art. 274 KZ (*Pustošenje šuma*): Devastazione delle foreste²⁰;
- art. 275 KZ (*Šumska krađa*): Furto forestale²¹.

4) Delitti relativi alla caccia e alla pesca:

- art. 276 KZ (*Nezakonit lov*): Caccia illegale²²;
- art. 277 KZ (*Nezakonit ribolov*): Pesca illegale^{23, 24}.

Dal punto di vista dell'offesa, i reati fin qui esposti possono essere suddivisi in due grandi categorie.

Da una parte vi sono i delitti di pericolo astratto per l'ambiente. Per questi ecodelitti si anticipa la tutela incriminando quelle condotte che normalmente, secondo l'esperienza comune, portano al verificarsi di pericoli concreti o eventi di danno per l'ambiente senza aspettare che questi si

animali o altri danni significativi, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a tre anni. (4) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso per colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a sei mesi." Trad. It. da član 273 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

20 "(1) Chi, in violazione delle disposizioni o delle ordinanze delle autorità competenti, si cimenta nell'abbattimento, nella deforestazione, nel danneggiamento di alberi, o comunque si cimenta nell'abbattimento di uno o più alberi laddove ciò non è consentito, è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso in danno a una foresta protetta, un parco nazionale o in un'altra foresta su cui pende un vincolo di destinazione, l'autore del reato è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni." Trad. It. da član 274 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

21 "(1) Chi, ai fini del furto, abbatte in una foresta, in un parco o in un bosco uno o più alberi, e la quantità di legna abbattuta risulta maggiore ad un metro cubo, è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è commesso al fine di vendere la legna abbattuta, o se la quantità abbattuta supera i cinque metri cubi, o se il fatto è stato commesso in una foresta protetta, un parco nazionale o in un'altra foresta su cui pende un vincolo di destinazione, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a tre anni. (3) Il tentativo per il fatto di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo è punito." Trad. It. da član 275 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

22 "(1) Chi caccia la selvaggina durante il periodo o nelle zone in cui la caccia è proibita, è punito con la multa o con la reclusione fino a sei mesi. (2) Chi senza autorizzazione caccia nell'area di caccia altrui e uccide o ferisce la selvaggina o la cattura viva, è punito con la multa o con la reclusione fino ad un anno. (3) Se il fatto di cui al comma 2 del presente articolo è commesso in relazione ad una consistente selvaggina, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione fino a due anni. (4) Chi caccia la selvaggina di cui è proibita la caccia o chi, senza un permesso speciale, caccia un particolare tipo di selvaggina per la quale tale permesso è richiesto, è punito con la reclusione fino a tre anni. (5) La selvaggina catturata e l'attrezzatura da caccia utilizzata sono sottoposti a sequestro." Trad. It. da član 276 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

23 "(1) Chi pesca il pesce o altri animali acquatici durante il periodo o nelle acque in cui la pesca è proibita, è punito con la multa o con la reclusione fino a sei mesi. (2) Chi pesca il pesce o altri animali acquatici con l'ausilio di esplosivi, della corrente [per lo stordimento] o del veleno, è punito con la reclusione fino a tre anni. (3) Soggiace alla pena di cui al comma 2 del presente articolo anche chi pesca il pesce o altri animali acquatici dotati di particolare valore biologico, chi durante la pesca danneggia una grande quantità di fauna acquatica o chi ne pesca una grande quantità. (4) Il pesce catturato e l'attrezzatura da pesca utilizzata sono sottoposti a sequestro." Trad. It. da član 277 KZ, consultabile in lingua originale in www.paragraf.rs.

24 Suddivisione in gruppi effettuata da S. LILIĆ, M. DRENOVAK-IVANOVIĆ, *Ekološko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2014, p. 53.



verifichino concretamente. Il fatto stesso di aver intrapreso o non intrapreso una determinata azione è condizione sufficiente per poter affermare con certezza l'esistenza di un pericolo astratto per l'ambiente e quindi per giustificare l'azione penale. Un tipico esempio lo si può rinvenire nell'art. 261 KZ che disciplina il delitto di mancata adozione delle misure di protezione ambientale (*nepreduzimanje mera zaštite životne sredine*).

Dall'altra parte vi sono invece delitti di pericolo concreto per l'ambiente o di danno per lo stesso o per la salute dell'uomo²⁵.

Se per quest'ultimi è necessario fornire la prova del pericolo concreto o del danno, per i primi la pericolosità astratta non ha bisogno di essere provata perché la si presume essendo la condotta tipica considerata portatrice di rischi per l'ambiente²⁶. Il pericolo concreto, a differenza di quello astratto, va di volta in volta provato perché dalla sua esistenza dipende l'esistenza del delitto di cui è elemento essenziale. Si può dire di essere stati in presenza di un pericolo concreto quando la possibilità di arrecare un danno al bene protetto era certa o prossima alla certezza²⁷, sebbene poi nel caso specifico non si sia verificato il pregiudizio²⁸.

La maggior parte degli ecodeitti sono di natura dolosa, ma alcuni possono essere commessi anche colposamente²⁹. La maggior parte dei delitti contro l'ambiente è costituita da reati comuni³⁰, ma vi sono anche reati propri indirizzati a categorie specifiche di soggetti³¹.

25 Si veda sul punto B. HERCEG, I. ILIĆ, *Zagađenje okoliša/životne sredine kroz prizmu hrvatskog i srpskog kaznenog/krivičnog zakonodavstva*, op. cit., p. 266.

26 Così D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, in *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi*, Novi Sad, 2009, pp. 221-222.

27 A tal riguardo, in Italia basta che sia probabile o secondo taluno non impossibile.

28 Così J. ĐUROVIĆ, *Šumska krađa: krivično delo ili prekršaj*, Master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2019, p. 24.

29 Tra questi: il delitto di inquinamento ambientale (art. 260, comma 2 KZ), il delitto di mancata adozione delle misure di protezione ambientale (art. 261, comma 2 KZ), il delitto di danneggiamento di strutture e dispositivi impiegati per la protezione dell'ambiente (art. 263, comma 2 KZ), il delitto di danno all'ambiente (art. 264, comma 2 KZ), il delitto di distruzione, danneggiamento, esportazione all'estero e importazione in Serbia di beni naturali protetti (art. 265, comma 2 KZ), il delitto di trasmissione di malattie infettive negli animali e nelle piante (art. 270, comma 4 KZ), il delitto di fornitura di assistenza veterinaria inadeguata (art. 271, comma 2 KZ), il delitto di produzione di medicinali nocivi impiegati per la cura di animali (art. 272, comma 3 KZ), ed infine il delitto di contaminazione di cibo e acqua destinati all'alimentazione o all'abbeveramento degli animali (art. 273, comma 4 KZ).

30 Tra questi: il delitto di inquinamento ambientale (art. 260 KZ), il delitto di danneggiamento di strutture e dispositivi impiegati per la protezione dell'ambiente (art. 263 KZ), il delitto di danno all'ambiente (art. 264 KZ), il delitto di distruzione, danneggiamento, esportazione all'estero e importazione in Serbia di beni naturali protetti (art. 265 KZ), il delitto di introduzione di sostanze pericolose in Serbia e trattamento, smaltimento e conservazione illeciti di materiali pericolosi (art. 266 KZ), il delitto di costruzione illegale di impianti nucleari (art. 267 KZ), il delitto di violazione del diritto all'informazione sulle condizioni ambientali (art. 268 KZ), il delitto di uccisione e maltrattamento di animali (art. 269 KZ), il delitto di trasmissione di malattie infettive negli animali e nelle piante (art. 270 KZ), il delitto di produzione di medicinali nocivi impiegati per la cura di animali (art. 272 KZ), il delitto di contaminazione di cibo e acqua destinati all'alimentazione o all'abbeveramento degli animali (art. 273 KZ), il delitto di devastazione delle foreste (art. 274 KZ), il delitto di furto forestale (art. 275 KZ), il delitto di caccia illegale (art. 276 KZ), ed il delitto di pesca illegale (art. 277 KZ).

31 Tra questi: il delitto di mancata adozione delle misure di protezione ambientale (art. 261 KZ), il delitto di costruzione illegale e avviamento di impianti che inquinano l'ambiente (art. 262 KZ), ed il delitto di fornitura di assistenza veterinaria inadeguata (art. 271 KZ).



Tutti gli ecolittanti che costituiscono il sistema di tutela penale dell'ambiente sono perseguibili d'ufficio e i procedimenti sono avviati dal pubblico ministero competente³².

A tal proposito, è opportuno fare qualche precisazione: per i reati perseguibili d'ufficio, ai sensi dell'art. 43 comma 2 n. 2) del codice di procedura penale (*Zakonik o krivičnom postupku*, o più comunemente ZKP), la decisione di non intraprendere l'esercizio dell'azione penale o di rinviarla rientra nelle valutazioni discrezionali del pubblico ministero. L'istituto della sospensione dell'azione penale è disciplinato dall'art. 283 ZKP. Esso può applicarsi per i reati per i quali è prevista la multa o la pena detentiva fino ai cinque anni³³, quando l'indagato accetti di adempiere ad uno o più obblighi previsti nel suddetto articolo. Porre rimedio al danno arrecato, destinare una determinata somma di denaro ai fini umanitari, compiere lavori nell'interesse pubblico etc. Queste sono solo alcune fra le azioni che l'indagato può accettare di compiere entro un determinato periodo per liberarsi definitivamente dalla "minaccia" di una futura azione penale nei suoi confronti. I termini entro cui l'indagato deve adempiere sono fissati dal pubblico ministero, ma in nessun caso possono superare un anno di tempo.

Tra le novità degne di nota in tema di tutela penale dell'ambiente, bisogna evidenziare che con l'introduzione della Legge sulla responsabilità delle persone giuridiche dipendente da reato (*Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*)³⁴, queste possono rispondere dei danni cagionati all'ambiente qualora ne ricorrano i presupposti. Infatti, nell'art. 2 di questa Legge si legge che:

"La persona giuridica può rispondere dei reati di cui alla parte speciale del codice penale e di altre leggi, se sono rispettati i presupposti per la responsabilità della persona giuridica sanciti con questa legge"³⁵.

Senza soffermarsi nel merito di questi presupposti, va evidenziato come anche in Serbia il legislatore abbia tenuto conto del fatto che nella maggior parte dei casi siano proprio le società e gli enti ad essere i principali autori di danni alle matrici ambientali³⁶.

3. I reati ambientali secondari ed i regolamenti governativi

32 Così N. TANJEVIĆ, A. OPAČIĆ, *Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije ipodsticaji evropskih integracija*, Ekologija i pravo, Beograd, 2012, p. 124.

33 Molti ecolittanti del titolo XXIV del KZ rispettano queste condizioni. Tra questi rientra anche la forma base del delitto di inquinamento ambientale.

34 Introdotta con il Službeni glasnik RS, n. 97/2008.

35 Trad. It. da član 2, *Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*: "Pravno lice može odgovarati za krivična dela iz posebnog dela krivičnog zakonika i drugih zakona, ako su ispunjeni uslovi za odgovornost pravnog lica predviđeni ovim zakonom.", consultabile in www.paragraf.rs.

36 Come rilevano N. TANJEVIĆ, A. OPAČIĆ, *Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije i podsticaji evropskih integracija*, op. cit., p. 123.



Le fattispecie precedentemente elencate ed analizzate oggi giorno non costituiscono le uniche disposizioni che sanzionano i reati contro l'ambiente e che disciplinano la responsabilità delle persone fisiche e giuridiche in materia ambientale.

Difatti, oltre ai principali ecodelitti contenuti nel titolo XXIV del KZ appena visti, vi sono anche altre norme che costituiscono i c.d. reati ambientali secondari. In particolare, fra questi rientrano la categoria dei “reati economici ambientali” (*ekološki privredni prestupi*) compiuti dalle imprese e la categoria dei “reati contravvenzionali ambientali” (*ekološki prekršaji*)³⁷, entrambe contenute e sparse in diverse leggi emanate dal Parlamento come la Legge per la tutela dell'ambiente (*Zakon o zaštiti životne sredine*)³⁸, la Legge sulla salute delle piante (*Zakon o zdravlju bilja*), la Legge sui mezzi attuativi per la tutela delle piante (*Zakon o sredstvima za zaštitu bilja*), la Legge sugli organismi geneticamente modificati (*Zakon o genetički modifikovanim organizmima*)³⁹, la Legge sulle acque (*Zakon o vodama*)⁴⁰, e molte altre ancora⁴¹.

Queste leggi, oltre a contenere ulteriori reati, forniscono al loro interno diverse definizioni giuridiche correlate al settore ambientale, come ad esempio la definizione giuridica di “inquinamento ambientale” contenuta nella Legge per la tutela dell'ambiente (*Zakon o zaštiti životne sredine*)⁴².

Dunque, riassumendo quanto detto fin qui, oggi giorno il sistema di tutela penale dell'ambiente in Serbia è costituito dagli ecodelitti contenuti nel codice penale, dai reati economici ambientali e dai reati contravvenzionali ambientali inseriti in numerose leggi speciali.

A completare la materia, giungono in soccorso numerosi regolamenti governativi (*Uredbe*) con cui il Governo dà esecuzione alle suddette leggi. Solitamente, i regolamenti governativi forniscono in apertura definizioni utili ai fini della loro corretta applicazione. Alcuni di questi regolamenti definiscono i valori soglia per le emissioni di sostanze e materiali inquinanti nell'aria, nell'acqua e nel terreno. È il caso del “regolamento sui valori limite delle emissioni di sostanze inquinanti in aria derivanti da fonti di inquinamento stazionarie, ad eccezione degli impianti di combustione” (*Uredba o graničnim vrednostima emisija zagađujućih materija u vazduh iz stacionarnih izvora zagađivanja, osim postrojenja za sagorevanje*)⁴³, del “regolamento sui valori limite delle emissioni di sostanze inquinanti in aria derivanti da impianti di combustione” (*Uredba o graničnim*

37 M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2009, pp. 49-50.

38 Introdotta con il Službeni glasnik RS (equivalente alla nostra Gazzetta Ufficiale), n. 83/2006.

39 Introdotta con il Službeni glasnik RS, n. 41/2009.

40 Introdotta con il Službeni glasnik RS n. 30/2010.

41 Sul punto si veda N. TANJEVIĆ, A. OPAČIĆ, *Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije ipodsticaji evropskih integracija*, op. cit., p. 122-123.

42 Questa definizione verrà ripresa più avanti. Cfr. *infra*, § 5.1.

43 Introdotta con il Službeni glasnik RS, n. 111/2015.



vrednostima emisija zagađujućih materija u vazduh iz postrojenja za sagorevanje)⁴⁴, del “regolamento sui valori limite delle emissioni di sostanze inquinanti nelle acque [reflue industriali]” (*Uredba o graničnim vrednostima emisija zagađujućih materija u vode*)⁴⁵, del “regolamento sui valori limite di sostanze inquinanti presenti nelle acque superficiali, nelle acque sotterranee e nei sedimenti” (*Uredba o graničnim vrednostima zagađujućih materija u površinskim i podzemnim vodama i sedimentu*)⁴⁶, e del “regolamento sui valori limite di sostanze inquinanti, dannose e pericolose presenti nel terreno” (*Uredba o graničnim vrednostima zagađujućih, štetnih i opasnih materija u zemljištu*)⁴⁷.

4. Analisi statistiche sugli ecodelitti del KZ e spunti di riflessione

Nonostante le migliori intenzioni del legislatore, alcuni elementi dimostrano che la categoria degli ecodelitti di cui al titolo XXIV del KZ è sempre stata percepita nella prassi come un fenomeno di medio-bassa criminalità e che tutto sommato, per lo meno alla luce di questi ecodelitti, la tutela dell’ambiente si sta rivelando inefficace.

Un primo indizio che muove nel senso della percezione di questi delitti come fenomeno di medio-bassa criminalità lo si può intravedere nell’uso diffuso della sospensione condizionale della pena, la quale viene riservata nell’ordinamento giuridico serbo ai delitti ritenuti di bassa intensità criminale. Sono diverse le fattispecie penali del titolo XXIV a prevedere esplicitamente questo istituto e la prassi giudiziaria ha mostrato come nella maggior parte dei casi alla condanna segua proprio la sospensione condizionale della pena con prescrizione di ripristino⁴⁸, a testimonianza di una risposta sanzionatoria mite.

La scarsa efficacia della tutela dell’ambiente deriva probabilmente anche da inadeguatezze investigative conseguenti alla mancanza di unità addestrate e organizzate per perseguire gli autori dei delitti contro l’ambiente.

44 Introdotto con il Službeni glasnik RS, n. 6/2016.

45 Introdotto con il Službeni glasnik RS, n. 67/2011 ed aggiornato con il Službeni glasnik RS, n. 1/2016.

46 Introdotto con il Službeni glasnik RS, n. 50/2012.

47 Introdotto con il Službeni glasnik RS, n. 30/2018 ed aggiornato con il Službeni glasnik RS, n. 64/2019.

48 Vedere in tal senso e per una critica all’uso forzato e non ponderato dell’istituto della sospensione condizionale della pena M. DRENOVAK-IVANOVIĆ, S. ĐORĐEVIĆ, S. VAŽIĆ, *Pravni instrumenti ekološke zaštite*, Beograd, 2015, p. 120-121.



La magistratura dal canto suo raramente fornisce risposte adeguate ai crimini contro l'ambiente e ciò dimostra la concreta inefficacia delle risposte della giustizia penale contro detti delitti⁴⁹. Oltre a ciò, spesso sussiste una diffusa mancanza di consapevolezza circa la necessità di perseguire penalmente condotte che minacciano o danneggiano l'ambiente.

Indubbiamente, ulteriori problemi legati all'applicazione delle fattispecie penali poste a tutela dell'ambiente nel titolo XXIV del KZ risiedono anche nelle ambigue formulazioni linguistiche che le costituiscono⁵⁰, nella difficoltà di fornire la prova del nesso causale (rispetto ai reati di danno), ed infine nella difficoltà di raccogliere le prove.

Affinché la legge penale possa esercitare la sua funzione general-preventiva quanto meno la minaccia di una sua applicazione deve essere credibile, e possibilmente che le trasgressioni vengano punite in un numero sufficiente di casi, ma dal momento che ci sono condotte penalmente rilevanti che non vengono quasi mai sanzionate nella prassi, ciò invia un forte segnale negativo ai potenziali autori di reati ambientali⁵¹.

Quanto fin qui detto, trova una controprova nei dati statistici raccolti sul territorio della Serbia nel periodo intercorso tra il 2010 ed il 2018. In riferimento a tale periodo, per cominciare, nella tabella che segue è possibile osservare il numero totale annuo di denunce raccolte dai p.m. per ogni singolo delitto contro l'ambiente contenuto nel titolo XXIV del codice penale⁵²:

Delitti	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
art. 260 KZ		12	8	8	12	12	13	10	18
art. 261 KZ			1		3	6	5		3
art. 262 KZ					1			2	

49 In questi termini M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, op. cit., pp. 52-53, nonché S. SAMARDŽIĆ, *Krivičnopravna reakcija u oblasti zaštite životne sredine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2011, p. 755.

50 Così DŽ. HAMIDOVIĆ, *Krivično-pravna zaštita životne sredine i održivi razvoj naše zemlje*, Novi Pazar, 2012, p. 244.

51 Per le considerazioni fino a qui cfr. S. SAMARDŽIĆ, *Krivičnopravna reakcija u oblasti zaštite životne sredine*, op. cit., p. 755-757.

52 Le tabelle che seguiranno nel testo sono il risultato della raccolta e del trattamento di dati statistici individuati nei comunicati stampa e nei bollettini pubblicati annualmente dall'Ufficio statistico della Repubblica di Serbia (*Republički zavod za statistiku*). I dati raccolti sono aggiornati agli ultimi dati statistici disponibili, rilasciati il 16/07/2019. I dati riferiti a ciascun anno possono essere consultati in lingua originale in www.stat.gov.rs/sr-cyrl/publikacije.



Delitti	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
art. 263 KZ				1	1	1	1	3	3
art. 264 KZ			16	5	5	8	8	11	9
art. 265 KZ	93		10	8	9	5	10	3	13
art. 266 KZ				1	1	3	1	6	10
art. 267 KZ									
art. 268 KZ						1	8	1	
art. 269 KZ	123	196	178	165	200	205	185	193	195
art. 270 KZ		6		1	2		1	2	1
art. 271 KZ		1	2	1	3	2	5		1
art. 272 KZ						1	1	2	
art. 273 KZ				10	4	8	7	2	4
art. 274 KZ	69	89	103	118	96	85	114	93	95
art. 275 KZ	1.090	1.262	1.276	1.494	1.678	1.704	2.007	1.707	2.058
art. 276 KZ	99	129	173	145	102	120	102	116	119
art. 277	63	60	60	39	31	44	39	36	21



Delitti	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
KZ									
Totale denunce	1.568	1.789	1.841	1.996	2.148	2.205	2.507	2.187	2.550

Prendendo come riferimento il 2018, periodo assai recente, su un totale di 92.802 denunce penali per la totalità dei delitti previsti nel codice penale, solamente 2.550 fra queste rappresentano denunce correlate ai delitti contro l'ambiente, di cui la maggior parte per furto forestale⁵³. Se si guarda anche al 2011, su un totale di 88.207 denunce penali solo 1.789 sono riferite ad ecodelitti⁵⁴.

Risulta evidente come il numero di denunce penali per gli ecodelitti, nonostante sia in crescita, rappresenti ancora solamente una piccola fetta del totale. Come già detto, la ragione per cui si ha a che fare con numeri così bassi risiede in gran parte nella difficoltà di individuare la commissione di questi reati, nonché il loro autore materiale. Non si può inoltre non notare come il delitto di inquinamento ambientale su cui verte la nostra trattazione risulti essere uno fra i meno denunciati. Prendendo in esame il 2018, la quasi totalità delle denunce (80,70%) è stata costituita dal delitto di furto forestale di cui all'art. 275 KZ, mentre il delitto di inquinamento ambientale ha rappresentato solamente lo 0,70% delle denunce riferite agli ecodelitti.

Sempre in riferimento al periodo compreso tra il 2010 ed il 2018, nella tabella che segue è possibile osservare il numero totale annuo di condanne per ogni singolo delitto compiuto contro l'ambiente:

Delitti	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
art. 260 KZ				2			1		
art. 261 KZ						1	1		

53 Questo è quanto risulta dall'indagine statistica dell'Ufficio statistico della Repubblica di Serbia.

54 A tal riguardo, si rimanda per un approfondimento a N. TANJEVIĆ, A. OPAČIĆ, *Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije i podsticaji evropskih integracija*, op. cit., p. 125 ss., che riportano le tabelle degli studi statistici del periodo compreso tra il 2006 ed il 2011.



Delitti	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
art. 262 KZ									
art. 263 KZ						1			
art. 264 KZ			6	1	3	3	3	2	2
art. 265 KZ				3	4	1	5	2	2
art. 266 KZ				1				3	3
art. 267 KZ									
art. 268 KZ									
art. 269 KZ	22	27	23	30	25	23	11	16	13
art. 270 KZ						1	1		
art. 271 KZ									
art. 272 KZ							1		
art. 273 KZ									1
art. 274 KZ	19	30	36	17	30	34	31	27	25
art. 275 KZ	218	287	297	407	488	451	382	443	407
art. 276	16	25	27	14	18	11	15	12	14



Delitti	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
KZ									
art. 277 KZ	48	68	33	33	21	23	21	7	17
Totale condanne	333	449	429	508	589	549	472	512	484

Prendendo come riferimento il 2018, solamente in 484 casi si è giunti ad una condanna. Nella quasi totalità dei casi la condanna ha avuto a che fare con il delitto di cui agli artt. 275, 276 e 277 KZ. I dati quindi mostrano chiaramente una fotografia secondo la quale da tempo i pubblici ministeri tendono principalmente a perseguire penalmente quei delitti che in passato erano raggruppati al di sotto dell'allora titolo XV del codice penale dedicato ai "delitti contro l'economia", vale a dire i delitti di furto forestale e di caccia e pesca illegali⁵⁵.

Come si può spiegare allora la mancanza di condanne per gli altri delitti, compreso il delitto di inquinamento ambientale?

Innanzitutto, si deve tenere a mente che si sta parlando di un paese non particolarmente industrializzato, che ancora oggi da questo punto di vista risente delle conseguenze lasciate dalla disgregazione dell'ex-Jugoslavia e dalla guerra dei Balcani combattuta poco più di un ventennio fa. Questo significa che il numero di inquinamenti effettivi è sicuramente molto più basso rispetto a quello che avviene in paesi fortemente industrializzati come l'Italia, ma non si può comunque negare che gli inquinamenti, seppur pochi, esistano.

Per quanto riguarda le associazioni ambientaliste, sul territorio non si registra una loro presenza e solamente il 3% della popolazione guarda alle condizioni dell'ambiente e alla sua tutela come ad una priorità⁵⁶.

Chiarito ciò, si tenga a mente che l'ineffettività di cui è vittima l'istituto della perizia sembrerebbe rappresentare il più grande problema dal punto di vista delle condanne. Le perizie molto spesso richiedono costi troppo elevati da poter essere sostenuti e i periti, purtroppo, molto spesso non si dimostrano all'altezza del compito a loro affidato perché privi di competenze specifiche

55 N. TANJEVIĆ, A. OPAČIĆ, *Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije i podsticaji evropskih integracija*, op. cit., p. 125-126, evidenziavano il medesimo quadro della situazione per il periodo intercorrente tra il 2006 ed il 2011.

56 Come riportano a seguito di un'indagine M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, op. cit., p. 59.



adeguate⁵⁷. Alle volte le valutazioni sembrano prive di coerenza dal momento che di fronte a casi molto simili fra loro le risposte degli esperti sembrano contrastanti finendo con il favorire trattamenti disomogenei di casi analoghi, e ciò pone dei dubbi sulla loro obiettività. Non di rado si assiste quindi a procedimenti penali che vengono sospesi a causa di mancanza di prove dovute ad una incapacità nel formulare valutazioni obiettive⁵⁸.

Per quanto riguarda l'esiguo numero di condanne registrate per il delitto di inquinamento ambientale, nel 2013 sono state concesse due sospensioni condizionali della pena e nel 2016 vi è stata una sola condanna alla pena pecuniaria.

Infine, per comprendere meglio la natura delle risposte sanzionatorie adottate dai tribunali in relazione ai delitti di cui al titolo XXIV del KZ, bisogna analizzare in breve i dati statistici rilasciati dall'Ufficio statistico della Repubblica di Serbia. Delle 484 condanne per ecodelitti che si sono avute nel corso del 2018, in 310 casi è stata concessa la sospensione condizionale della pena⁵⁹, in 84 casi è stata disposta la sanzione penale della multa⁶⁰, in soli 40 casi è stata disposta la pena della reclusione⁶¹ e in 16 casi sono stati disposti gli arresti domiciliari⁶². Tutto ciò, come già ampiamente ribadito, rispecchia la debole risposta sanzionatoria dei Tribunali in tema di ecodelitti e, per lo meno da questo punto di vista, una forte inefficacia nella tutela dell'ambiente in Serbia.

Per fortuna, sembrerebbe che i c.d. reati ambientali secondari⁶³ vengano maggiormente perseguiti e che da quest'altro punto di vista la tutela dell'ambiente possa dirsi più efficace⁶⁴.

5. Il delitto di inquinamento ambientale

57 Così N. TANJEVIĆ, A. OPAČIĆ, *Zaštita životne sredine u krivičnom pravu Republike Srbije i podsticaji evropskih integracija*, op. cit., p. 127.

58 *Ibidem*.

59 In 262 casi la sospensione condizionale della pena è stata disposta per il delitto di furto forestale, in 14 casi per il delitto di devastazione delle foreste, in 10 casi per il delitto di caccia illegale, in 9 casi per il delitto di pesca illegale e in 11 casi per il delitto di uccisione e maltrattamento di animali.

60 In 66 casi la sanzione penale della multa è stata disposta per il delitto di furto forestale, in 9 casi per il delitto di devastazione delle foreste e in 6 casi per il delitto di pesca illegale.

61 In 37 casi la pena della reclusione è stata disposta per il delitto di furto forestale, in 1 caso per il delitto di devastazione delle foreste e in 2 casi per il delitto di introduzione di sostanze pericolose in Serbia e trattamento, smaltimento e conservazione illeciti di materiali pericolosi.

62 Anche qui la maggior parte dei casi, ovvero 11, riguarda il delitto di furto forestale.

63 I reati economici ambientali e i reati contravvenzionali ambientali contenuti in diverse leggi.

64 In questi termini M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, op. cit., pp. 58-59.



Prima di passare all'analisi del delitto di inquinamento ambientale, bisogna chiarire brevemente cosa esattamente si debba intendere per “ambiente” (“*životna sredina*”) quando si parla di “delitti contro l'ambiente” (“*krivična dela protiv životne sredine*”).

La Legge per la tutela dell'ambiente precedentemente citata ne dà una definizione nell'art. 3 n. 1) affermando che:

“L'ambiente è l'insieme di valori naturali e artificiali le cui complesse interrelazioni costituiscono l'ambiente [qui inteso come sistema che circonda l'osservatore], ovvero lo spazio e le condizioni per la vita.”⁶⁵.

A partire da questa definizione, alcuni autori hanno precisato che l'accezione “ambiente” non deve essere intesa nel suo significato più ampio, ma deve essere intesa in relazione alle sue componenti più strette. In altre parole, le matrici abiotiche che compongono l'ambiente (acqua, aria, suolo), nonché quelle biotiche (fauna e flora) devono essere autonomamente considerate poiché suscettibili di essere aggredite singolarmente. Dunque, ciascuna di queste componenti può indistintamente divenire oggetto di tutela qualora venisse aggredita⁶⁶.

Chiarito ciò, il delitto che in qualche modo è considerato come colonna portante o, se vogliamo, il cuore pulsante del titolo XXIV è proprio quello di inquinamento ambientale (*zagađenje životne sredine*) di cui all'art. 260 KZ⁶⁷. Nonostante ciò, fin dalla sua prima comparsa risalente al 1977, il delitto in esame è stato raramente contestato e applicato nella prassi giudiziaria. Come si vedrà, molti problemi legati alla sua applicazione non sono stati ancora risolti dalla giurisprudenza⁶⁸, e da questo punto di vista c'è chi dubita possa assistersi ad un cambio di direzione⁶⁹.

Nonostante l'obiettivo primario del delitto di inquinamento ambientale sia incentrato sulla tutela dell'ambiente nelle sue componenti abiotiche e biotiche, è importante evidenziare che questo delitto sia al contempo indirizzato ad altre finalità. Con il delitto di inquinamento ambientale viene infatti tutelato anche il diritto delle generazioni presenti e di quelle future di vivere in un ambiente salubre che permetta loro di soddisfare i propri bisogni primari⁷⁰. Pertanto, le matrici ambientali divengono oggetto di tutela anche in ragione del rapporto di funzionalità che intercorre tra queste ed i bisogni o gli interessi dell'uomo.

65 Trad. It. da član 3 br. 1), Zakonozaštiti životnesredine: “životnasredinajesteskupprirodnihistvorenihvrednosti čijikompleksnimedusobniodnosi čineokruženje, odnosnoprostoriusloveza život”, consultabile in www.paragraf.rs.

66 Comerilevano D. DRAKIĆ, *Krivičnodelo zagađenje životnesredine*, op. cit., p. 223, p. 222; nonché D. JOVAŠEVIĆ, *Sistemekološkihdelikata: ekološkokaznenopravo*, Pravnofakultetu Nišu, Niš, 2009, p. 249.

67 D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., p. 223, lo definisce come delitto fondamentale.

68 Sul punto sembrerebbe mancare omogeneità nelle pochissime decisioni assunte dai tribunali. La Corte di Cassazione dal canto suo non si è mai espressa su alcune questioni interpretative.

69 Come evidenzia Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika*, VII izdanje, Beograd, 2018, p. 833.

70 Come si afferma in *ivi*, p. 830; nonché in Z. STOJANOVIĆ, *Kaznenopravna zaštita životne sredine u Jugoslaviji. Pravna zaštita životne sredine*, Beograd, 1991, p. 35-36.



Il diritto di vivere in un ambiente salubre trova fondamento nell'art. 74 della Costituzione della Repubblica di Serbia (*Ustava Republike Srbije*)⁷¹, che così afferma:

“Ognuno ha il diritto ad un ambiente sano e ad essere informato tempestivamente e pienamente sulle sue condizioni. Tutti, in particolare la Repubblica di Serbia e la Provincia autonoma [la Vojvodina], sono responsabili della tutela dell'ambiente. Ognuno ha il dovere di proteggere e migliorare l'ambiente.”⁷².

Ad ogni modo, l'art. 260 KZ così dispone:

“(1) Chi in violazione delle disposizioni in materia di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente inquina abbondantemente o in un'area estesa l'aria, l'acqua o il terreno è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa.

(2) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo è stato commesso con colpa, l'autore del reato è punito con la multa o con la reclusione per un periodo non superiore a due anni.

(3) Se il fatto di cui al comma 1 del presente articolo ha comportato la distruzione o il danneggiamento della vita animale o vegetale su larga scala, oppure l'inquinamento dell'ambiente a tal punto che per il suo ripristino sono richiesti molto tempo o spese ingenti, l'autore del reato è punito con la reclusione da uno a otto anni e con la multa.

(4) Se il fatto di cui al comma 2 del presente articolo ha comportato la distruzione o il danneggiamento della vita animale o vegetale su larga scala, oppure l'inquinamento dell'ambiente a tal punto che per il suo ripristino sono richiesti molto tempo o spese ingenti, l'autore del reato è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa.

(5) Nel caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti di cui ai commi 1 e 4 del presente articolo, l'autorità giudiziaria può imporre all'autore del reato l'obbligo di adottare le misure prescritte nelle disposizioni in materia di protezione, conservazione e miglioramento dell'ambiente entro un determinato periodo.”⁷³.

Come si vedrà a breve, si è in presenza di una disposizione che di certo non brilla dal punto di vista linguistico, poiché molto spesso i termini adottati si dimostrano vaghi e privi di precisione.

71 Così Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika, op. cit.*, p. 830.

72 Trad. It. da član 74 Ustava Republike Srbije: “Svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Svako, a posebno Republika Srbija i autonomna pokrajina, odgovoran je za zaštitu životne sredine. Svako je dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu.”.

73 Trad. It. da član 260 Krivični zakonik: “(1) Ko kršeći propise o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine zagadi vazduh, vodu ili zemljište u većoj meri ili na širem prostoru, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom. (2) Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno iz nehata, učinilac će se kazniti novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine. (3) Ako je usled dela iz stava 1. ovog člana došlo do uništenja ili oštećenja životinjskog ili biljnog sveta velikih razmera ili do zagađenja životne sredine u toj meri da su za njegovo otklanjanje potrebni duže vreme ili veliki troškovi, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina i novčanom kaznom. (4) Ako je usled dela iz stava 2. ovog člana došlo do uništenja ili oštećenja životinjskog ili biljnog sveta velikih razmera ili do zagađenja životne sredine u toj meri da su za njegovo otklanjanje potrebni duže vreme ili veliki troškovi, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom. (5) Ako izrekne uslovnu osudu za dela iz st. 1. i 4. ovog člana, sud može odrediti obavezu učinioocu da u određenom roku preduzme određene propisane mere zaštite, očuvanja i unapređenja životne sredine.”, consultabile in www.paragraf.rs.



5.1 Analisi del delitto

La disposizione prevede una forma base di inquinamento ambientale che può essere compiuta con dolo (comma 1) o con colpa (comma 2). Nel primo caso la pena è costituita congiuntamente dalla reclusione da sei mesi a cinque anni e dalla multa, mentre nel secondo caso la pena è costituita alternativamente dalla reclusione fino a due anni o dalla multa. Sono previste aggravanti (commi 3 e 4). Nel caso del co. 3 si prevede la reclusione da uno a otto anni e la multa; nel caso del co. 4 la reclusione da sei mesi a cinque anni e la multa.

Il delitto è concepito come reato comune perché chiunque può essere autore del reato indipendentemente dal possesso di determinate caratteristiche soggettive.

Perché si possa configurare l'inquinamento ambientale nella sua forma base è necessaria la compresenza di tre elementi:

- (a) che si siano violate le disposizioni in materia di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente;
- (b) che da questa violazione sia derivato come conseguenza l'inquinamento dell'acqua, dell'aria o del suolo;
- (c) che l'inquinamento cagionato a queste matrici soddisfi particolari criteri quantitativi ("abbondantemente"), o "dimensionali" ("in un'area estesa").

Quanto al primo elemento (a), oggi in Serbia il sistema di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente è costituito da innumerevoli disposizioni, soprattutto di carattere amministrativo⁷⁴ e ciò evidenzia la natura accessoria della fattispecie penale in esame rispetto al diritto amministrativo⁷⁵. Queste disposizioni sono riconducibili a titolo d'esempio ai piani regolatori del territorio, ai piani urbanistici attuativi, ai piani per lo sfruttamento delle risorse naturali, ai piani per la ricerca geologica, ma anche alle numerose norme sulla protezione dell'acqua, del suolo, dell'aria, della fauna, della flora, dei boschi, dei parchi nazionali etc., rinvenibili nelle leggi speciali⁷⁶.

Di regola, le disposizioni amministrative individuano con relativa precisione cosa configura un inquinamento e soprattutto i valori soglia oltre i quali non è permesso inquinare una specifica

74 Riportando alcuni esempi ne forniscono un quadro più dettagliato M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, op. cit., p. 26 ss.

75 Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika*, op. cit., p. 831.

76 D. JOVAŠEVIĆ, *Kaznenopravna zaštita životne sredine*, Niš, 2012, p. 266.



matrice ambientale (acqua, aria, suolo). Se talvolta tali disposizioni impongono alle persone di comportarsi in un determinato modo in situazioni specifiche, altre volte vietano a tutti o solamente a categorie ristrette di persone di intraprendere attività contrarie agli interessi di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente. A tal proposito, si può dire che sussista la violazione delle suddette disposizioni sia nel caso in cui venga intrapresa un'attività espressamente vietata, sia nel caso in cui non venga svolta un'attività che avrebbe dovuto essere intrapresa. Rilevano dunque anche le condotte omissive in capo a coloro che sono qualificabili come garanti.

Ad ogni modo, tenuto conto del fatto che le disposizioni in materia ambientale sono davvero tante, che sono spesso intrecciate tra loro e che spesso si sovrappongono fra loro anche solo parzialmente, secondo taluno è davvero difficile pensare di incorrere in una situazione in cui si sia arrivati all'evento di danno richiesto dalla norma senza aver violato alcuna disposizione in materia ambientale. La realizzazione degli ulteriori elementi tipici del reato, ovvero l'aver inquinato abbondantemente o in un'area estesa l'acqua, l'aria o il suolo, sarebbe secondo questo filone di pensiero condizione sufficiente per poter dire violata automaticamente una delle innumerevoli disposizioni in materia di protezione, conservazione e sviluppo dell'ambiente. Per tali ragioni, non vi sarebbe alcuna necessità di consultare le disposizioni violate⁷⁷.

A parere di chi scrive, una tale soluzione non pare essere affatto condivisibile perché si andrebbe incontro ad un'inaccettabile ipotesi di responsabilità oggettiva.

In contrapposizione al pensiero citato, ai fini della verifica della sussistenza del reato, è fondamentale, secondo altri, consultare le presunte disposizioni violate, perché la loro violazione è indicatrice di un comportamento illecito. Difatti, per avere la certezza che un determinato comportamento inquinante è realmente *contra jus*, è fondamentale consultare ed individuare le normative e i regolamenti amministrativi⁷⁸.

Questa, a parere di chi scrive, pare essere invece una soluzione del tutto condivisibile.

Quanto al secondo elemento (b), la norma non descrive nessun comportamento tipico che porti all'inquinamento dell'acqua, dell'aria o del suolo: si tratta pertanto di una disposizione che descrive un reato a forma libera. Perciò, qualsiasi condotta commissiva o omissiva capace di cagionare un inquinamento di queste matrici è idonea ad essere ricompresa nella fattispecie. Si pensi ad esempio allo scarico di acque reflue industriali, alla combustione di sostanze tossiche, allo sversamento nei corsi d'acqua, nei laghi o sul terreno di sostanze pericolose, ma anche alla mancata adozione di misure di precauzione o di determinati sistemi di depurazione in capo a chi possa individuarsi come garante⁷⁹.

77 Così LJ. LAZAREVIĆ, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, p.602.

78 Come sottolinea D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., p. 225-226.

79 In tal senso, LJ. LAZAREVIĆ, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op. cit., p. 682.



Per quanto riguarda le matrici ambientali del suolo e dell'acqua, va precisato che non è necessario che queste vengano inquinate direttamente, ma è ammesso che vengano inquinate anche indirettamente. In tal senso, si pensi ad esempio al caso in cui in seguito allo sversamento di sostanze chimiche tossiche nelle fognature o sul terreno, dette sostanze riescano a raggiungere i corsi d'acqua e ad inquinarli⁸⁰.

Per quanto riguarda la sola matrice dell'acqua, va fatta un'ulteriore precisazione: se l'inquinamento è prodotto in danno di acque potabili destinate a qualsiasi utilizzo da parte dell'uomo, la fattispecie non ricadrà più nella disposizione dal presente articolo, ma ricadrà nell'art. 258 KZ⁸¹. Se, invece, l'inquinamento è prodotto in danno di acque destinate all'abbeveramento di animali, la fattispecie penale ricadrà nell'art. 273 KZ.

A questo punto resta da chiarire come l'ordinamento giuridico serbo definisca l'inquinamento ambientale (*zagađenje životne sredine*), e per farlo bisogna riprendere in esame la Legge per la tutela dell'ambiente (*Zakon o zaštiti životne sredine*).

Ebbene, nell'art. 3 n. 11) di questa Legge si legge che:

“L'inquinamento ambientale è l'introduzione di sostanze inquinanti o di energia nell'ambiente causata dall'attività umana o da processi naturali, che ha o può avere effetti negativi sulla qualità dell'ambiente e della salute umana.”⁸².

Nonostante questa definizione sia alquanto generica per poter essere di aiuto⁸³, la dottrina sembra concorde nell'affermare che sotto il punto di vista degli effetti inquinare l'acqua, l'aria o il suolo significa apportare un qualsiasi cambiamento alle loro caratteristiche naturali che possa causare loro un danno, che possa minacciare l'integrità psico-fisica delle persone, o che possa causare un danno al mondo animale o vegetale. Per quanto riguarda l'integrità psico-fisica delle persone, per valutare se l'evento richiesto dalla disposizione in esame sia stato integrato, secondo la dottrina non sarebbe rilevante ricorrere alla nozione medica di malattia e di salute. Qualsiasi condotta che modifichi le caratteristiche naturali delle matrici ambientali abiotiche e che con ciò scateni anche solamente il pericolo di ammalarsi sarebbe sufficiente ad indicare un inquinamento ambientale.

Con riguardo alla condotta, è da precisare che secondo la dottrina questa non debba essere sporadica ma di tipo continuato. Più precisamente, l'evento può essere causato anche da tante singole azioni che singolarmente analizzate non siano idonee a causarlo, ma che considerate cumulativamente siano invece idonee a causare l'inquinamento dell'acqua, dell'aria o del suolo⁸⁴.

80 Fa questa precisazione D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., p. 224, in note n. 13 e 14.

81 Articolo che rientra nel titolo ventitreesimo dedicato ai delitti contro la salute pubblica.

82 Trad. It. da član 3 br. 11), *Zakon o zaštiti životne sredine*: "zagađivanje životne sredine jeste unošenje zagađujućih materija ili energije u životnu sredinu, izazvano ljudskom delatnošću ili prirodnim procesima koje ima ili može imati štetne posledice na kvalitet životne sredine i zdravlje ljudi.", consultabile in www.paragraf.rs.

83 Come evidenzia Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika*, op. cit., p. 831.

84 In tal senso D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., pp. 224-225.



Quanto al terzo elemento (c), è necessario che l'inquinamento delle matrici ambientali sia abbondante (“*u većoj meri*”) o che sia prodotto in un'area estesa (“*na širem prostoru*”).

Con questa qualificazione il legislatore ha sicuramente voluto distinguere il delitto in esame dai meno gravi reati contravvenzionali ambientali compiuti dal cittadino o dai reati economici ambientali compiuti dalle imprese (c.d. reati ambientali secondari) previsti nell'ordinamento giuridico serbo in tema di inquinamento delle acque, dell'aria o del suolo.

Del resto, come rileva qualcuno, se il legislatore avesse ommesso questi criteri non vi sarebbe stata alcuna differenza con le suddette disposizioni⁸⁵.

Tuttavia, come si può notare, la formula adottata soffre di imprecisione e questo se da una parte non aiuta a definire i criteri con cui operare appieno questa distinzione, dall'altra non aiuta dal punto di vista della concreta applicazione della norma penale.

Proprio riguardo a quest'ultimo aspetto, a seguito di una indagine, si è affermato quanto segue:

“Il motivo che spiega l'inadeguata applicazione di questa disposizione è che i tribunali ritengono che sia necessaria l'interpretazione della Corte di Cassazione della Serbia circa il significato da attribuire ai termini "abbondantemente o in un'area estesa". Riteniamo che i tribunali siano tenuti a seguire la legge e ad apprezzare le prove di ciascun caso concreto anche senza l'interpretazione della Corte di Cassazione della Serbia, e che del resto l'interpretazione non sia necessaria per una efficace applicazione dell'articolo. Nel tempo, il lavoro dei tribunali e l'esercizio dell'azione penale potrà influenzare la formazione di un indirizzo giurisprudenziale in questo settore.”⁸⁶.

Ancora oggi si può dire che manchi un indirizzo consolidato ed omogeneo sulla questione vista la mancanza di attenzione da parte dei Tribunali e soprattutto di prese di posizione della Corte di Cassazione (*Vrhovni Casacioni Sud Republike Srbije*) sul delitto in esame⁸⁷. Come rileva taluno però, il più importante criterio orientativo per riempire di contenuto queste formulazioni indefinite risiederebbe nel superamento dei valori soglia entro i quali è consentito inquinare le singole matrici ambientali, che sono rinvenibili nei singoli regolamenti amministrativi⁸⁸ (*Uredbe*)⁸⁹.

85 Come rileva Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika, op. cit.*, p. 831.

86 Trad. It. da: “Razlog za neadekvatnu primenu ove zakonsku odredbe je u tome što je sudovi smatraju da je potrebno tumačenje Vrhovnog suda Srbije o formulaciji “u većoj meri ili na širem prostoru”. Smatramo da su sudovi dužni da po postupaju po zakonu i cene dokaze svakog konkretnog slučaja i bez tumačenja Vrhovnog suda Srbije, te da ono nije neophodno za efikasnu primenu ovog člana zakona. Vremenom će rad tužilaštva i podizanje optužnica uticati na formiranje sudske prakse u ovoj oblasti.”. Espressione di M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji, op. cit.*, p. 53.

87 Come ricordano P. STOJANOVIĆ, I. ZINDOVIĆ, *Pravna odgovornost za razvoj i zaštitu životne sredine*, in www.ojs.ius.bg.ac.rs, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu vol. 63 n. 1/2015*.

88 Cfr. *supra*, § 3.



Nell'attesa che si formi un indirizzo consolidato sulla questione, taluno ha provato ad avanzare una interpretazione delle due qualificazioni.

La prima qualificazione consisterebbe in un intenso superamento dei limiti di concentrazione tollerabili, facendosi quindi riferimento ai valori tabellari previsti per i reati contravvenzionali.

Soluzione che, a parere di chi scrive, pare essere condivisibile.

La seconda, invece, sarebbe riferita ad una alterazione che, seppur prossima o comunque lievemente al di sotto dei limiti di tollerabilità, interessi un'area estesa⁹⁰.

Lettura che, sempre a parer di chi scrive, non sembra condivisibile perché tale condotta non sarebbe contraria a disposizioni di legge in materia ambientale e dunque rientrerebbe nel c.d. rischio consentito.

Venendo a questo punto all'inquinamento ambientale nella sua forma aggravata (commi 3 e 4), questo si differenzia dalla forma base per la maggiore gravità delle sue conseguenze.

Innanzitutto va detto che le conseguenze descritte ai commi 3 e 4 sono identiche e sovrapponibili fra loro, ma sono differenziate dal punto di vista della commisurazione della pena per la presenza del dolo in un caso e per la presenza della colpa nell'altro. Infatti, il comma 3 descrive le conseguenze più gravi dell'inquinamento ambientale doloso, mentre il comma 4 descrive le medesime conseguenze ma derivanti da un inquinamento ambientale colposo. Le conseguenze descritte prevedono che dall'inquinamento ambientale derivi la distruzione o il danneggiamento della vita animale o vegetale "su larga scala", oppure alternativamente che l'inquinamento sia grave a tal punto che per il suo ripristino siano richiesti "molto tempo o spese ingenti".

Come si può notare, anche in questo caso il legislatore ha utilizzato termini troppo vaghi che pongono degli interrogativi su un possibile contrasto fra la disposizione ed i principi di precisione e determinatezza della legge penale⁹¹. I termini critici che sono stati evidenziati e su cui ancora oggi permangono dubbi interpretativi sono da ricercarsi nella formula "su larga scala"⁹² (*velikih razmera*), e nella formula "molto tempo o spese ingenti"⁹³ (*duže vreme ili veliki troškovi*)⁹⁴.

Bisogna anticipatamente chiarire che per quanto riguarda "la distruzione o il danneggiamento", la dottrina non ha dubbi sul fatto che questi termini indichino una qualsiasi forma di danno (*šteta*), e che pertanto possano rientrare in tale nozione. Pertanto, semplificando, bisogna chiarire cosa si intenda per danno "su larga scala".

89 Così M. DRENOVAK-IVANOVIĆ, S. ĐORĐEVIĆ, S. VAŽIĆ, *Pravni instrumenti ekološke zaštite*, op. cit., p. 122; nonché Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika*, op. cit., p. 832.

90 Interpretazioni proposte da LJ. LAZAREVIĆ, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op. cit., p. 682, e condivise da D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., p. 226.

91 Questi principi in Serbia trovano sede nell'art. 1 KZ.

92 Espressione riferita alla distruzione o al danneggiamento della vita animale o vegetale.

93 Formula riferita al ripristino delle condizioni ambientali preesistenti all'inquinamento.

94 D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., p. 227.



Ebbene, l'interprete potrebbe essere portato a credere che si tratti di una formula che vada intesa in termini quantitativi, ovvero che si debba guardare al numero effettivo di esemplari animali o vegetali danneggiati o distrutti. Eppure le cose non stanno proprio così, dato che da tempo la giurisprudenza tende ad accostare la presenza di un danno su larga scala ad un preciso importo di denaro.

Prima di chiarire la questione, è opportuno fare un passo indietro: nel KZ sono numerose le fattispecie penali in cui compare la formula “danno su larga scala” (*šteta velikih razmera*). La presenza di questa formula indefinita avrebbe potuto nel tempo dar vita a contrasti giurisprudenziali tra le varie decisioni.

Per dirimere la questione, il 20 marzo 2002 le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno sancito che “il danno su larga scala”, presente nei commi 4 e 5 dell'allora vigente art. 133 KZ (inquinamento ambientale) ed in altre disposizioni del KZ, “esiste quando il danno arrecato supera il valore di 4.000.000 dinari”⁹⁵.

Abbracciando questa presa di posizione della giurisprudenza anche per il delitto in esame, perché possa dirsi “su larga scala” è necessario che il danno arrecato alla vita animale o vegetale una volta tramutato in denaro oltrepassi un determinato valore (4.000.000 di dinari)⁹⁶.

Come attenta dottrina ha rilevato, però, una tale visione non è immune da limitazioni e quindi da critiche.

Innanzitutto, i beni naturali non si può di certo dire che siano sempre suscettibili di un'adeguata valutazione economica e pertanto nemmeno una loro lesione lo può essere. D'altra parte si deve tener conto del fatto che in natura esistono esemplari di fauna o di flora dal valore incommensurabile per l'umanità e che una loro anche minima lesione o perdita non potrebbe mai essere valutata in termini economici. Inoltre, esistono specie animali o vegetali dal valore economico di mercato irrilevante che richiederebbero lo sterminio di un innumerevole numero di esemplari affinché si raggiunga il valore di 4.000.000 di dinari indicato dalla giurisprudenza. Da questo punto di vista si è auspicato che in materia ambientale la giurisprudenza trovi al più presto altri criteri per definire quando il danno alla vita animale o vegetale si possa dire “su larga scala”⁹⁷. Secondo qualcuno, il fatto che le Sezioni Unite abbiano stabilito un valore fisso del danno anche per il delitto di inquinamento ambientale, dimostrerebbe che questa non avrebbe compreso appieno e posto la

95 Trad. It. da: “Šteta velikih razmera postoji kada šteta prelazi iznos od 4.000.000 dinara”, cit. in Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika, op. cit.*, p. 832. Al momento in cui si scrive, 4 milioni di dinari equivalgono a c.ca 34.200 euro.

96 Si faccia quindi particolare attenzione al significato da attribuire alla formula “su larga scala”, perché questa, come già affermato, in tale contesto non deve essere intesa in termini quantitativi. In altre parole non si deve guardare al numero di esemplari coinvolti dal danno, ma semplicemente al valore economico complessivo del danno loro arrecato. Per fare un esempio, se si provoca la morte di 2.000 esemplari di topi, il cui valore complessivo non supera i 4.000.000 di dinari, ovvero i 34.200 euro, secondo la giurisprudenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione il danno arrecato non si potrà dire “su larga scala”, e pertanto la forma aggravata di inquinamento ambientale non sarà integrata.

97 Così D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine, op. cit.*, p. 227.



dovuta attenzione sulla disposizione e la sua finalità intrinseca. In altre parole, si sarebbe dimenticato che la disposizione è diretta a tutelare i beni naturali in sé e non i beni economici o i beni di proprietà, e che pertanto non si dovrebbe guardare in senso stretto al valore economico del danno⁹⁸.

Quanto alla formula “molto tempo o spese ingenti” rapportate all’attività di ripristino, la dottrina concorda sul fatto che queste nozioni indicherebbero la serietà e la maggiore gravità dell’inquinamento. Secondo taluno sarebbero termini che potrebbero essere definiti più facilmente dalla giurisprudenza rispetto al precedente (“su larga scala”). Basterebbe infatti che si individuassero una soglia temporale ed una soglia in denaro da cui far dipendere la questione, non dimenticando però che ogni caso è a sé stante, e che quindi si deve sempre tener conto delle circostanze del caso concreto.

Ad ogni modo, in riferimento alla prova della sussistenza di tutti i criteri fin qui visti, si è sottolineato che non si può prescindere dal parere di un perito, che dovrà fornire al giudice tutti i dati e gli strumenti necessari per poter decidere⁹⁹.

Nel caso in cui come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale derivi la morte, una grave lesione o un danno alla salute di una o più persone, il responsabile risponderà anche per il delitto in questione¹⁰⁰.

Per concludere l’analisi, è opportuno spendere qualche parola anche in merito all’ultimo comma della disposizione, in cui si fa riferimento al caso in cui venga disposta la sospensione condizionale della pena per i fatti di cui ai commi 1 e 4.

Nell’ultimo comma si fa riferimento solamente alla possibilità per il giudice di “imporre all’autore del reato l’obbligo di adottare le misure prescritte nelle disposizioni in materia di protezione, conservazione e miglioramento dell’ambiente entro un determinato periodo”, ma non si fa alcuna menzione esplicita circa l’obbligo di ripristino. Stando al contenuto dell’art. 65, comma 2 KZ¹⁰¹, con la sospensione condizionale della pena, l’autore del reato può essere obbligato a restituire il profitto ottenuto con la commissione del reato, a risarcire il danno arrecato con il reato, o ad adempiere ad altri obblighi previsti dalla legge. Riguardo agli obblighi previsti dalla legge, nell’art. 104, comma 1 della Legge per la tutela dell’ambiente (*Zakon o zaštiti životne sredine*)¹⁰² si fa riferimento all’obbligo dell’inquinatore di adottare le misure per il risanamento del danno ambientale.

98 Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika*, op. cit., p. 833.

99 D. DRAKIĆ, *Krivično delo zagađenje životne sredine*, op. cit., p. 228.

100 Z. STOJANOVIĆ, *Komentar krivičnog zakonika*, op. cit., p. 834.

101 Nell’art. 65 KZ è disciplinato l’istituto della sospensione condizionale della pena.

102 Nell’art. 104 della Legge per la tutela dell’ambiente sono disciplinati gli obblighi dell’inquinatore.



5.2 La giurisprudenza sul delitto di inquinamento ambientale

Come è stato ampiamente ribadito, il delitto in esame è stato raramente applicato nella prassi giudiziaria dei tribunali serbi e risulta alquanto difficile risalire alle vicende processuali.

Ciò nonostante, è stato possibile risalire a due casi che verranno esposti a seguire e che possono essere di aiuto per comprendere meglio alcune questioni sul delitto di inquinamento ambientale.

Nel primo caso si andrà a ricostruire brevemente il contenuto dell'accusa formulata dal pubblico ministero che ha portato ad una condanna, mentre nel secondo caso si andrà ad analizzare uno dei frequenti casi di assoluzione.

Primo caso:

La Procura della Repubblica di Kuršumljia nel 2007 ha accusato due persone per il reato di inquinamento ambientale di cui all'articolo 260 KZ.L'accusa è stata rivolta ai gestori dell'impianto di trattamento delle acque reflue dell'impresa Lesonit d.o.o. avente sede in Kuršumljia.

Gli accusati secondo la ricostruzione dell'accusa avrebbero permesso lo scarico di acque reflue non trattate e contenenti alti livelli di ioni e fenoli di ammonio¹⁰³ nel fiume Banja in diverse occasioni, causando così la moria di diversi esemplari di pesce. Per sostenere l'accusa sono stati presentati i risultati delle analisi compiute da numerosissimi esperti del settore, tra cui l'Istituto di sanità pubblica di Niš, il Centro di ecotossicologia, il Centro per l'igiene e l'ecologia umana, nonché l'Istituto idrometeorologico della Repubblica di Serbia incaricato per il campionamento delle acque, etc. Oltre alle prove presentate, l'accusa ha anche fornito un elenco di testimoni che sarebbero stati chiamati a dare la loro testimonianza, tra cui un esperto che sarebbe stato in grado di comprovare i risultati e le relazioni degli esperti di cui sopra.

Dai risultati delle analisi si è evinto che la concentrazione di ioni di ammonio nelle acque del fiume Banja era superiore di 50 volte rispetto al limite massimo consentito, mentre la concentrazione di fenoli di ammonio era superiore di 300 volte rispetto al limite massimo consentito. Secondo la ricostruzione dell'accusa, la moria di pesci è stata dovuta ad un abbassamento dei livelli di ossigeno nelle acque del fiume. Stando al parere degli esperti, l'abbassamento dei livelli di ossigeno può essere dovuto all'aumento delle concentrazioni di ioni di ammonio, dei nitrati, dei nitriti e dei solfati, ed in questo caso la presenza di concentrazioni di ioni di ammonio è stata indiscutibilmente provata dall'accusa.

103 Sostanze considerate pericolose per l'ambiente.



In questo caso, il tribunale ha pertanto riconosciuto una diretta correlazione tra la condotta degli imputati e la moria di pesci e nel 2008 il processo si è concluso con una condanna alla sola pena pecuniaria per delitto di inquinamento ambientale colposo¹⁰⁴.

Secondo caso:

In questa vicenda l'azione penale è stata esercitata nei confronti del direttore generale e del direttore tecnico di una fabbrica operante nel settore della produzione industriale, per aver inquinato indirettamente le acque di un fiume ai sensi dell'art. 260, comma 1 KZ.

Prima della vicenda, in attesa di riscontri sull'adeguatezza degli impianti utilizzati e sull'efficacia dell'impianto di trattamento delle acque reflue, il Ministero per la protezione ambientale aveva vietato temporaneamente la prosecuzione del processo produttivo di quella azienda a causa di un potenziale impatto dannoso per l'ambiente.

Secondo la ricostruzione dell'accusa, in violazione del divieto loro imposto, gli imputati avrebbero mantenuto attivo il processo tecnologico di produzione e avrebbero scaricato nel sistema fognario pubblico acque reflue contenenti sostanze pericolose e nocive (ammoniaca) al di sopra dei valori prescritti dalla legge, sebbene fossero consapevoli dell'illiceità della loro condotta e del rischio di poter inquinare l'acqua del fiume. Secondo l'accusa gli imputati avrebbero violato nel caso concreto la disposizione di cui all'art. 56 della Legge sulle acque (*Zakon o vodama*), le disposizioni di cui agli artt. 23 e 40 della Legge per la tutela dell'ambiente (*Zakon o zaštiti životne sredine*), ed infine la disposizione di cui all'art. 3 delle decisioni dell'assemblea comunale (*Odluke Skupštine opštine*) del luogo del delitto.

Sulla base delle prove presentate e delle prove fornite dagli esperti, il tribunale ha concluso che la concentrazione di ammoniaca presente nelle acque del fiume durante l'evento fosse "abbondante", ma che non fosse possibile determinare l'estensione dell'inquinamento perché non era stato preso un numero sufficiente di campioni dai luoghi interessati, e perché non erano stati riscontrati esemplari di pesci morti. Per quanto riguarda il nesso di causalità, il tribunale ha riscontrato la possibilità oggettiva che l'acqua del fiume fosse stata inquinata dalle fognature pubbliche in un momento in cui le temperature esterne erano particolarmente elevate, il livello del letto del fiume era molto basso e l'acqua del fiume ristagnava e non scorreva, aumentando la possibilità di accumulo della suddetta sostanza pericolosa.

In questo caso, il tribunale non ha ritenuto provata una correlazione diretta tra la condotta dei soggetti interessati e le elevate concentrazioni di ammoniaca rinvenute nelle acque del fiume.

104 Per le informazioni fin qui esposte si veda M. STOPIĆ, N. DIČIĆ, J. ZORIĆ, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, op. cit., p. 54-55. Gli autori ritengono che questo caso mostri un impianto accusatorio che dovrebbe essere preso come esempio per perseguire al meglio i delitti contro l'ambiente ed in particolare il delitto di inquinamento ambientale. Oltre a ciò, gli autori denunciano la tendenza dei tribunali a respingere le valutazioni dei periti e degli esperti lasciando incompiuta la tutela penale dell'ambiente.



Pertanto, con sentenza definitiva del Tribunale i due imputati sono stati assolti per mancanza di prove che dimostrassero che questi avessero commesso il reato di inquinamento ambientale¹⁰⁵.

6. Un breve sguardo comparatistico tra Italia e Serbia

Da un punto di vista generale, una prima differenza la si può ravvisare nelle tempistiche di adozione di un sistema di tutela penale ambientale nei rispettivi codici penali. La Serbia in questo senso si può dire che abbia preceduto l'Italia introducendo con largo anticipo fattispecie penali dirette alla tutela dell'ambiente e delle sue componenti. Una seconda differenza la si può ravvisare nella evidente differenza tra gli ecodelitti previsti nei rispettivi codici penali.

Per quanto riguarda il solo delitto di inquinamento ambientale, una cosa che pare accomunare le due disposizioni (art. 452-*bis* c.p. e čl. 260 KZ) è sicuramente la scelta linguistica dei rispettivi legislatori, che si è rivelata essere in più occasioni imprecisa e alquanto indeterminata. A tal riguardo, se in Italia la giurisprudenza pare sia riuscita fino ad oggi a colmare gran parte di queste imprecisioni chiarendo parecchi dubbi interpretativi, in Serbia questo lavoro giurisprudenziale ancora oggi non risulta essere stato pienamente assolto. Complice forse il fatto che il numero di procedimenti intrapresi in Serbia è molto basso.

Ad ogni modo, il perimetro d'azione della fattispecie italiana risulta essere indubbiamente più ampio di quella serba: se nel primo caso la condotta inquinante rileva anche se posta in violazione di una qualsiasi legge statale, anche non strettamente pertinente al settore ambientale¹⁰⁶, nel secondo caso la condotta inquinante rileva solo se posta in violazione di disposizioni strettamente legate all'ambiente.

Per quanto riguarda il sistema sanzionatorio, anche qui la normativa italiana risulta essere sicuramente più severa dal punto di vista della cornice edittale della reclusione e della multa.

Per quanto riguarda la multa, se nella disposizione italiana di cui all'art. 452-*bis* c.p. viene dato al giudice uno spettro quantitativo determinato entro cui potersi muovere (da 10.000 a 100.000 euro), i giudici serbi devono far riferimento agli artt. 49 e 50 KZ per la commisurazione della pena pecuniaria.

105 Per le informazioni fin qui esposte si veda M. DRENOVAK-IVANOVIĆ, S. ĐORĐEVIĆ, S. VAŽIĆ, *Pravni instrumenti ekološke zaštite*, op. cit., p. 123.

106 Per una critica vedi però C. MELZI D'ERIL in C. RUGA RIVA (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo: un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 22.



Secondo la regola generale del KZ, l’importo complessivo della pena pecuniaria per i delitti deve essere compreso tra i 10 mila dinari ed il milione di dinari¹⁰⁷. Nello specifico, per i delitti punibili con la reclusione per una durata di almeno 3 anni, la pena pecuniaria complessiva non può essere inferiore ai 100.000 dinari¹⁰⁸.

Sotto il profilo della colpevolezza, se in Italia l’inquinamento ambientale colposo è stato inserito in un articolo a sé come fattispecie autonoma, in Serbia è stato inserito nella medesima disposizione dell’inquinamento ambientale doloso, ma al secondo comma. Riguardo alla sua natura, sebbene il bene oggetto di tutela (salubrità dell’ambiente) non cambi rispetto alla forma dolosa descritta al primo comma, non vi sono dubbi sul fatto che ci si trovi di fronte ad una fattispecie autonoma.

La dottrina serba, difatti, non parla mai di circostanza attenuante ma solamente di “forma base colposa” del delitto di inquinamento ambientale. Per questa ragione è pacifico poter ritenere la “forma base colposa” del delitto come fattispecie autonoma ed alternativa rispetto alla “forma base dolosa”, anche se inserita nella medesima disposizione.

Per quanto riguarda il delitto di inquinamento ambientale aggravato descritto ai commi 3 e 4, sotto certi punti di vista le conseguenze descritte sembrano ricordare quelle previste dal disastro ambientale italiano (art. 452-*quater* c.p.), soprattutto nella parte in cui si fa riferimento ad un lungo lasso di tempo e a spese ingenti per ottenere il ripristino dello stato dei luoghi. È indubbio che ci si trovi di fronte ad un delitto aggravato dall’evento, che a parere di chi scrive costituisce una fattispecie autonoma visto il cambio che avviene nel bene oggetto di tutela, e considerato che la cornice edittale è autonomamente calcolata e non derivata dalla fattispecie base di inquinamento ambientale di cui ai primi due commi.

Per concludere, a differenza della disposizione italiana, la fattispecie serba non prevede l’aggravante con contestuale aumento della pena per la commissione del delitto di inquinamento ambientale quando questo sia prodotto in aree naturali protette o in danno a specie animali o vegetali protette.

107 Ai sensi del član 50, comma 2 KZ, consultabile in www.paragraf.rs.

108 Ai sensi del član 50, comma 3, n. 5) KZ, consultabile in www.paragraf.rs. Al momento in cui si scrive, 100.000 dinari serbi equivalgono a c.ca 855 euro.



La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in materia di associazione per delinquere finalizzata al traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti

Nota a Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2020 (ud. 19.09.2019), n. 1429 (Amendolagine ed al.)

The Court of Cassation expresses once again its opinion on the conspiracy to abusive cross-border traffic of waste

Comment on Cass. Pen., Sez. III, 15 January 2020 (ud. 19.09.2019), n. 1429 (Amendolagine et al.)

di Andrea FRANCO

Abstract. La Corte di Cassazione torna ad esprimersi in materia di traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti e di rapporto tra il reato di associazione per delinquere e quello di attività organizzate per il traffico abusivo di rifiuti, con alcune precisazioni sulla confisca per equivalente del profitto del reato di cui all'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 231/2001.

Abstract. The Court of Cassation expresses once again its opinion on the abusive cross-border traffic of waste and on the relationship between the crime of criminal association and the crime of organized activities for the abusive trafficking of waste, also clarifying some aspects regarding the forfeiture by equivalent of the crime's profit *ex art. 19, co. 2, d.lgs. n. 231/2001.*

Parole chiave: Traffico transfrontaliero di rifiuti; associazione per delinquere; confisca per equivalente.

Key words: Cross-border traffic of waste; conspiracy; forfeiture by equivalent.



SOMMARIO: 1. Introduzione– 1.1 La normativa in materia di spedizione transfrontaliera di rifiuti: dalla Convenzione di Basilea al Reg. (CE) n. 1418/2007. L'art. 194 del d.lgs. n. 152/2006 – 1.2 Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti – 1.3 La responsabilità degli enti da reato ambientale ex art. 25-undecies d.lgs. n. 231/2001. Il sequestro preventivo e la confisca per equivalente– 2. La prima vicenda: la spedizione abusiva in Cina di rifiuti speciali con codice Basilea B3010 – 2.1 La normativa applicabile alla spedizione all'estero di rifiuti di plastica solida recanti codice Basilea B3010 – 2.2 Gli elementi costitutivi del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e il concorso con il reato di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. – 2.3 La sussistenza di un rapporto di propedeuticità tra il sequestro preventivo e la confisca per equivalente di cui all'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 231/2001 – 3. La seconda vicenda: la spedizione abusiva in Cina, Vietnam, Pakistan e Corea del Sud di rifiuti speciali costituiti da gomma (codice B3040) e pneumatici fuori uso (codice B3140) – 3.1 Le modalità con cui condurre l'accertamento della sussistenza dell'ingiusto profitto di cui all'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006 – 3.2 I delitti di cui agli artt. 416 c.p. e 260, d.lgs. n. 152/2006 non sono sovrapponibili e l'accertamento del primo non determina automaticamente la sussistenza del secondo. Le condotte di omesso controllo colposo non integrano il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti – 4. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Con la sentenza in commento la III Sezione della Corte di Cassazione, collocandosi nel solco già tracciato dalla precedente giurisprudenza, è tornata a pronunciarsi in materia di associazione per delinquere transnazionale finalizzata al traffico transfrontaliero abusivo di rifiuti, con particolare riferimento alla cornice normativa che regola le spedizioni all'estero di rifiuti nonché, quanto ai profili di natura sostanziale, ai rapporti intercorrenti tra la fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p. e il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, disciplinato, all'epoca delle vicende oggetto di giudizio, dall'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006 (c.d. testo unico ambientale) e previsto, oggi, dall'art. 452-*quaterdecies* c.p.¹

¹ La trasposizione della fattispecie dalla legislazione speciale al codice penale è stata attuata in forza del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il principio della c.d. "riserva di codice", disciplinato dal nuovo art. 3-*bis* c.p., in forza del quale "Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Il reato era in passato previsto dall'art. 53-*bis* del d.lgs. n. 22/1997, introdotto con l'art. 22 della L. n. 93/2001. La Cassazione ha riconosciuto perfetta continuità normativa tra quest'ultima fattispecie e quella contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 (v. Cass. Pen., Sez. III, 8 marzo 2007, n. 9794), sulla base di un ragionamento che si ritiene applicabile anche alla più recente disposizione codicistica, che ne ripropone il medesimo testo.



La Suprema Corte, inoltre, ha chiarito le modalità con cui procedere all'accertamento della sussistenza di alcune componenti del fatto tipico del reato da ultimo citato ed ha affrontato la tematica della responsabilità da reato degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001, soffermandosi in particolare sulla verifica dell'esistenza di una presunta interconnessione, in termini di propedeuticità, tra il sequestro preventivo e la confisca per equivalente disciplinata dagli artt. 6, co. 5 e 19 del decreto.

Le vicende oggetto della pronuncia in commento vedono coinvolti soggetti e società italiane che, seppur privi dei requisiti e dei titoli abilitativi richiesti dalla legge, attraverso il collegamento con società operanti in alcuni paesi asiatici, avevano predisposto una complessa articolazione finalizzata alla spedizione transfrontaliera abusiva di rifiuti. Questi, anche mediante la falsificazione della documentazione di accompagnamento e la conseguente induzione in errore delle autorità preposte ai controlli di frontiera, venivano formalmente inviati presso Paesi dotati di regole più flessibili ma, in concreto, erano fatti arrivare in un Paese diverso, aggirandone i relativi obblighi e conseguendo, di fatto, un illecito profitto derivante dal risparmio sui costi che avrebbero dovuto essere altrimenti sopportati laddove i rifiuti fossero stati smaltiti rispettando le condizioni e gli adempimenti richiesti dalla legge.

Si tratta, peraltro, di associazioni per delinquere aventi caratteristiche diverse, sia per quanto riguarda la loro articolazione, sia rispetto alla natura dei rifiuti abusivamente gestiti e alla loro destinazione (formale o effettiva): tali differenze, riverberandosi sul contenuto dei motivi di impugnazione, sull'oggetto delle questioni poste al vaglio della Suprema Corte e sugli approdi ai quali la medesima è pervenuta, ne impongono una trattazione disgiunta, che consenta di apprezzarne al meglio le peculiarità e gli specifici profili di interesse.

Preliminarmente appare però opportuno individuare il contesto normativo nel quale tali vicende si inseriscono, muovendo da una concisa descrizione della disciplina che regola la spedizione transfrontaliera di rifiuti (soprattutto di quegli aspetti della stessa che sono stati richiamati dalla pronuncia in esame) e passando, poi, alla descrizione degli elementi costitutivi del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e all'esposizione dei presupposti richiesti dal d.lgs. n. 231/2001 per l'applicazione della confisca per equivalente nei confronti dell'ente.

Da ultimo, si tenga presente per completezza che la sentenza in esame risolve questioni ulteriori di cui, tuttavia, non si terrà conto nel presente lavoro. Si tratta, infatti, di problematiche di carattere meramente procedurale, in quanto tali prive di rilevanza per la tematica ambientale che qui ci interessa.

1.1 La normativa in materia di spedizione transfrontaliera di rifiuti: dalla Convenzione di Basilea al Reg. (CE) n. 1418/2007. L'art. 194 del d.lgs. n. 152/2006



Sul piano del diritto internazionale, il 5 maggio del 1992 è entrata in vigore la Convenzione di Basilea relativa al controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e all'eliminazione di questi ultimi, successivamente modificata con revisione adottata nel 2001 dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE). L'obiettivo perseguito dalla normativa appena menzionata era quello di ridurre il traffico internazionale di rifiuti pericolosi e di limitare, in particolare, le spedizioni di rifiuti dai Paesi sviluppati a quelli in via sviluppo². Alla Convenzione hanno aderito, nel tempo, 186 Stati e l'Unione Europea, che hanno poi provveduto a ratificarla; fanno eccezione gli Stati Uniti e Haiti che, invece, non hanno portato a termine la relativa procedura.

Negli allegati alla Convenzione, ad ogni categoria di rifiuti è assegnato uno specifico codice di riferimento (c.d. codice Basilea); l'allegato B, inoltre, indica (con un elenco che va da R1 a R13) le operazioni che consentono di recuperare, riciclare, riutilizzare, reimpiegare in via diretta o utilizzare in altro modo i rifiuti.

Successivamente, il 30 marzo 1992, l'OCSE ha pubblicato una decisione relativa al controllo, all'interno della stessa, dei movimenti transfrontalieri di rifiuti, con particolare riferimento a quelli destinati ad operazioni di valorizzazione, che suddivideva i rifiuti in tre elenchi (*rosso, arancione e verde*) e prevedeva procedure, incentrate su un meccanismo di *notifica* (del produttore allo Stato di destinazione) e *autorizzazione* (dello Stato di destinazione al produttore), la cui severità e vincolatività erano direttamente proporzionali alla pericolosità dei rifiuti stessi.

Sul versante del diritto comunitario, invece, viene in considerazione, in primo luogo, il Regolamento CEE del Consiglio del 1° febbraio 1993, n. 259 avente ad oggetto la sorveglianza e il controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio. Esso trae ispirazione proprio dalle procedure previste dalla Decisione OCSE del 1992, prevedendo un meccanismo di notifica ed autorizzazione cui era subordinata la spedizione di rifiuti, e forniva, all'art. 26, anche una definizione di "*traffico illecito*"³. Con specifico riferimento ai rifiuti destinati allo smaltimento, l'art. 19 del Regolamento ne vietava l'importazione all'interno della Comunità, a meno che gli stessi non provenissero da c.d. Paesi E.F.T.A.⁴ aderenti alla

2 Nel Preambolo è fatto espresso riferimento ai "*danni che i rifiuti pericolosi e altri rifiuti nonché i movimenti oltre frontiera di tali rifiuti rischiano di causare alla salute umana e all'ambiente*", alla "*minaccia crescente che rappresentano per la salute umana e l'ambiente la sempre maggiore complessità e lo sviluppo della produzione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti nonché i loro movimenti oltre frontiera*", al fatto che "*gli Stati dovrebbero prendere le misure necessarie per fare in modo che la gestione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti (...) sia compatibile con la protezione della salute umana e dell'ambiente, qualunque sia il luogo nel quale tali rifiuti vengono eliminati*" e che gli stessi "*dovrebbero provvedere affinché il produttore adempia gli obblighi relativi al trasporto e all'eliminazione dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti in un modo che sia compatibile con la protezione dell'ambiente*".

3 La norma faceva rientrare in tale nozione qualsiasi spedizione di rifiuti che fosse stata effettuata: senza rispettare la prescritta procedura di notifica alle autorità interessate; senza il consenso di queste ultime; con il consenso di queste ultime ottenuto attraverso falsificazioni o false dichiarazioni; senza specificazione nel documento di accompagnamento; con modalità tali da comportare uno smaltimento o un recupero in violazione delle norme comunitarie o internazionali; in violazione degli artt. 14, 16, 19 e 21 del medesimo regolamento.

4 European Free Trade Association (Associazione Europea per il Libero Scambio), istituita nel 1960 con la Convenzione di Stoccolma e comprendente, all'inizio, Austria, Danimarca, Norvegia, Portogallo, Regno Unito, Svezia e Svizzera, a cui si aggiunsero successivamente anche Finlandia, Islanda e Liechtenstein.



Convenzione di Basilea, oppure da altri Paesi aderenti alla medesima Convenzione ovvero, ancora, da Paesi che avessero stipulato con la Comunità e/o con Stati membri accordi bilaterali o multilaterali, compatibili con la normativa comunitaria e conformi all'art. 11 della Convenzione di Basilea⁵, che garantissero che le operazioni di smaltimento fossero effettuate in un centro autorizzato e nel rispetto dei requisiti di una gestione ecologicamente corretta.

Il Reg. (CEE) n. 259/1993 è stato successivamente abrogato dal Regolamento (CE) n. 1013/2006 (entrato in vigore il 12 luglio 2007)⁶ il quale, ispirato dal fine di apprestare la più ampia tutela ambientale possibile⁷ (come si desume anche dalla lettura dell'art. 49⁸), ha disciplinato le procedure relative alla spedizione di rifiuti all'interno della Comunità e da e verso i Paesi terzi, distinte in base all'origine dei rifiuti, alla loro destinazione, all'itinerario di spedizione, alla loro tipologia e alla specifica modalità di trattamento alla quale gli stessi sarebbero stati sottoposti nel luogo di destinazione⁹. Il Regolamento (che, insieme alle integrazioni successive, rappresenta ancora oggi la fonte normativa di riferimento) prevede, in luogo delle precedenti tre, soltanto due liste di rifiuti: quelli soggetti ad una procedura di *notifica ed autorizzazione scritta preventiva* (lista "ambra") e quelli soggetti alla sola *informazione* (lista "verde"), il cui elenco è contenuto negli Allegati III, III A e III B. La spedizione è invece vietata per i rifiuti indicati nell'allegato V.

Il Reg. (CE) n. 1013/2006 non contiene, al pari del Reg. (CEE) n. 259/1993, una definizione di "traffico illecito", ma stabilisce, all'art. 2, par. 35, cosa debba intendersi per "spedizione illegale", elencando una serie di parametri dall'analisi dei quali, tuttavia, è possibile affermare che, al netto di alcune differenze procedimentali, tra i due regolamenti vi sia piena continuità normativa.¹⁰

5 Art. 11: "(...) le Parti possono concludere accordi o altre convenzioni bilaterali, multilaterali e regionali concernenti i movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi o di altri rifiuti con Parti o non Parti a condizione che tali accordi o convenzioni non compromettano la gestione ecologicamente razionale dei rifiuti pericolosi o degli altri rifiuti prescritta dalla presente Convenzione. Tali accordi o convenzioni devono enunciare disposizioni che non siano meno razionali, sotto il profilo ecologico, di quelle previste dalla presente Convenzione, pur tenendo conto degli interessi dei Paesi in via di sviluppo".

6 Per una descrizione delle peculiarità e degli aspetti più problematici del regolamento si rinvia a: A. STORTI, *Spedizione transfrontaliera di rifiuti: sistematica delle fonti e profili problematici*, in www.lexambiente.it, 2017; M. ROTUNNO, *Spedizioni transfrontaliere: difficoltà pratiche del Regolamento CE n. 1013/06*, in www.lexambiente.it; A. AMATO, *Le spedizioni transfrontaliere di rifiuti nel regolamento CE 1013/2006 e successive modifiche ed integrazioni*, in AA.VV., *Traffico transfrontaliero di rifiuti. Istituti, strumenti, spunti metodologici ed operativi*, Bari, 2008, pp. 27 e ss.

7 Così recita il primo considerando del regolamento.

8 Art. 49, co. 1, Reg. (CE) n. 1013/2006: "Il produttore, il notificatore, e le altre imprese interessate da una spedizione di rifiuti e/o dal loro recupero o smaltimento adottano i provvedimenti necessari per garantire che tutti i rifiuti che spediscono siano gestiti senza pericolo per la salute umana e con metodi ecologicamente corretti per tutta la durata della spedizione e durante il recupero o lo smaltimento." L'art. 49, co. 2, lett. b), inoltre, attribuisce alla Comunità il potere di vietare la spedizione di rifiuti dal proprio territorio a quello di paesi terzi laddove vi sia motivo di ritenere che gli stessi non saranno gestiti con modalità ecologicamente corrette.

9 L'ambito di applicazione del regolamento è delineato dall'art. 1, co. 2, ai sensi del quale lo stesso si riferisce alle spedizioni di rifiuti fra Stati membri, all'interno della Comunità o con transito attraverso paesi terzi; ai rifiuti importati nella Comunità da paesi terzi; ai rifiuti esportati dalla Comunità verso paesi terzi; ai rifiuti in transito nel territorio della Comunità, con un itinerario da e verso paesi terzi. I rifiuti esclusi da tale ambito di applicazione sono invece indicati dal comma 3 del medesimo articolo.

10 In questo senso A. AMATO, *Le spedizioni transfrontaliere di rifiuti nel regolamento CE 1013/2006 e successive modifiche ed integrazioni*, cit., p. 48.



Nell'ambito della nuova disciplina sono altresì individuate le autorità competenti, ossia: 1) l'*autorità di spedizione*, per tale intendendosi il soggetto competente in materia di rifiuti per l'ambito territoriale da cui ha origine la spedizione; 2) l'*autorità di destinazione*, ovvero il soggetto competente in materia di rifiuti per l'ambito territoriale di arrivo della spedizione; 3) l'*autorità di transito*, che si identifica nell'autorità competente per ogni Paese, diverso da quello di spedizione o di destinazione, attraverso il cui territorio è prevista o ha luogo la spedizione di rifiuti¹¹.

Per quanto qui più interessa in considerazione delle questioni oggetto della sentenza in commento, l'esportazione di rifiuti destinati al recupero verso Paesi non aderenti alla decisione OCSE è disciplinata dagli artt. 36 e 37 del regolamento. La prima norma indica i rifiuti per i quali vige il divieto di esportazione; la seconda, invece, stabilisce che, con riferimento ai rifiuti elencati negli Allegati III e III A, la Commissione debba inviare una richiesta scritta ai Paesi c.d. non-OCSE affinché questi confermino che quegli stessi rifiuti possano essere esportati dalla Comunità per fini di recupero ed indichino la procedura di controllo alla quale debbano essere assoggettati nel Paese di arrivo, potendo scegliere fra l'imporre il divieto di importazione o una procedura di notifica e autorizzazione preventiva scritta ai sensi dell'art. 35¹² ovvero il non prevedere alcuna forma di controllo.

Sulla base di tali disposizioni, la Commissione europea ha successivamente avviato una fase di consultazione con i Paesi non-OCSE all'esito della quale è stato adottato il Regolamento (CE) n. 801/2007, che individuava le categorie di rifiuti indicate negli allegati III e III A del Reg. (CE) n. 1013/2006 che potevano o meno essere esportate verso tali Paesi. A causa della necessità di risolvere alcuni problemi interpretativi derivanti dal fatto che parte delle risposte ricevute risultavano incoerenti con quanto richiesto (perché facevano riferimento ad operazioni di trattamento dei rifiuti non previste), il Reg. (CE) n. 801/2007 è stato rapidamente sostituito dal Regolamento (CE) n. 1418/2007¹³. Quest'ultimo, preso atto dell'esito delle consultazioni¹⁴, specifica nel suo allegato la disciplina applicabile alle singole categorie di rifiuti, distinguendo tra quelli per i quali vige un divieto di importazione (colonna *a*)), quelli la cui spedizione è soggetta alla procedura di notifica ed autorizzazione scritta preventiva di cui all'art. 18 del reg. (CE) n. 1013/2006 (colonna *b*)), quelli per i quali non è previsto alcun controllo nel paese di destinazione (colonna *c*)) ed, infine, quelli che devono essere sottoposti a operazioni di controllo diverse previste dalla normativa nazionale del paese di destinazione (colonna *d*)).

11 *Ibidem*, p. 44.

12 La norma disciplina le procedure di esportazione di rifiuti destinati allo smaltimento verso i paesi appartenenti all'E.F.T.A.

13 Regolamento relativo all'esportazione di alcuni rifiuti destinati al recupero, elencati nell'allegato III o III A del regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, verso alcuni paesi ai quali non si applica la decisione dell'OCSE sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti.

14 Al questionario avevano risposto, in particolare, Algeria, Andorra, Argentina, Bangladesh, Benin, Bielorussia, Botswana, Brasile, Cile, Cina, Cina (Hong Kong), Cina (Macao), Costa d'Avorio, Costa Rica, Croazia, Cuba, Egitto, Federazione russa, Filippine, Georgia, Guyana, India, Indonesia, Israele, Kenya, Kirghizistan, Libano, Liechtenstein, Malawi, Malesia, Mali, Marocco, Moldavia, Oman, Pakistan, Paraguay, Perù, Seychelles, Sri Lanka, Sudafrica, Taipei cinese, Thailandia, Tunisia e Vietnam.



Tale allegato è stato, da ultimo, modificato dal Regolamento (UE) n. 837/2010, che ha ritoccato le voci relative ad alcune categorie di rifiuti.

Per quanto riguarda, infine, la legislazione nazionale, la norma che opera il raccordo fra la normativa comunitaria e l'ordinamento italiano è l'art. 194 del d.lgs. n. 152/2006 (“*Spedizioni transfrontaliere*”), che rinvia, per la disciplina delle spedizioni transfrontaliere di rifiuti, ai regolamenti comunitari che regolano la materia ed, in particolare, al Regolamento (CE) n. 1013/2006¹⁵. La disposizione chiarisce anche che, per quel che attiene all'Italia, le autorità competenti di spedizione e di destinazione sono le Province e le Regioni e che l'autorità di transito è il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

1.2 Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti

La fattispecie che, come si è detto, è oggi prevista dall'art. 452-*quaterdecies* c.p., sanziona con la pena della reclusione da uno a sei anni la condotta di “*chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti*”.

Non è possibile dedicare in questa sede eccessivo spazio alla descrizione delle diverse componenti del fatto tipico del reato. Per apprezzare quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la pronuncia in commento, peraltro, è sufficiente circoscrivere l'analisi agli aspetti che più caratterizzano la fattispecie attraverso un breve resoconto dei diversi filoni sviluppatasi al riguardo sia in dottrina sia, soprattutto, nella giurisprudenza di legittimità. Quest'ultima ha dato vita, con numerose pronunce, ad un orientamento ormai consolidato¹⁶ che ha rappresentato e continua a rappresentare il parametro di riferimento per l'interpretazione di analoghi elementi costitutivi di altre disposizioni di recente introduzione¹⁷.

15 Fino alla modifica apportata con l'art. 17 del d.lgs. n. 205/2010, in verità la norma ha continuato a fare riferimento all'abrogato regolamento (CEE) n. 259/1993. L'intervento correttivo, peraltro, non ha interessato il testo dell'art. 259 del d.lgs. n. 152/2006, norma penale c.d. in bianco che sanziona, appunto, il traffico illecito di rifiuti e che ancora oggi fa riferimento al regolamento abrogato, dando luogo a difficoltà interpretative che comportano, tanto per gli interpreti quanto per gli operatori del settore, la necessità di porre in essere una gravosa opera di ricostruzione della portata del precetto che presenta profili di incompatibilità con il principio di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie penale (si veda, sul punto, C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 143).

16 Per un'utile disamina della giurisprudenza di legittimità relativa al reato *de qua* si veda A. GALANTI, *Il traffico illecito di rifiuti: il punto sulla giurisprudenza di legittimità*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 12/2018, pp. 31 e ss.

17 Il riferimento è all'interpretazione del carattere “abusivo” della compromissione o del deterioramento significativi e misurabili alla cui sussistenza è subordinata l'integrazione del reato di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-*bis* c.p., introdotto con la L. n. 68/2015. Si veda al riguardo, su tutte, Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170, con nota di C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2016.



Il bene giuridico tutelato dalla norma è individuato, secondo l'orientamento prevalente, nell'ambiente e nella pubblica incolumità: si tratta, pertanto, di un reato plurioffensivo¹⁸. La fattispecie, che fino al 2013 ha rappresentato l'unico delitto nel panorama della legislazione ambientale¹⁹, si colloca, inoltre, nel *genus* dei c.d. reati a consumazione anticipata e di pericolo presunto²⁰, per la cui integrazione non rileva l'effettiva lesione del bene tutelato, di cui è invece sufficiente la mera esposizione al pericolo (determinata sempre e comunque dalla realizzazione della condotta illecita). Pur essendo stato introdotto nell'ordinamento al fine di contrastare il fenomeno delle c.d. *ecomafie* (ossia di quelle consorterie criminali dedite sistematicamente al redditizio *business* della gestione abusiva di rifiuti), il reato non presuppone, per la sua integrazione, l'esistenza di una struttura associativa: è, difatti, un reato comune, che in astratto può essere commesso anche da una sola persona, seppure le modalità di realizzazione della condotta inducano a ritenere che lo stesso possa, con maggiore probabilità, essere commesso con il concorso di più soggetti agenti e in contesti aventi natura imprenditoriale²¹.

Quanto a queste ultime, il riferimento al *compimento di più operazioni* e alla presenza di *attività continuative ed organizzate* comporta che il reato abbia natura abituale e che la sua integrazione sia quindi subordinata alla reiterazione nel tempo di plurime condotte di gestione abusiva di rifiuti²². Laddove il delitto sia effettivamente commesso nell'ambito di attività di impresa, non è necessario

18 Si vedano, *ex pluribus*, Cass. Pen., III sez., 11 maggio 2008, n. 18351; Cass. Pen., Sez. III, 24 febbraio 2017, n. 9133; Cass. Pen., Sez. III, 20 novembre 2017, n. 52633. *Contra* C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 147, che sottolinea come vi siano condotte perfettamente riconducibili allo schema del reato ma prive di attitudine offensiva per l'incolumità di cose o persone e ritiene preferibile, pertanto, per affermare la sussistenza di una dimensione pubblica dell'offesa, fare riferimento al bene dell'ordine pubblico, al pari di quanto accade per le fattispecie associative.

19 Il riferimento è al D.L. n. 136/2013 (*Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali ed industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate*), che ha introdotto nel corpo del d.lgs. n. 152/2006 l'art. 256-bis il quale, salvo che il fatto costituisca più grave reato, sanziona la condotta di chi appicchi il fuoco a rifiuti abbandonati o depositati in maniera incontrollata. La norma prevede un aggravamento del trattamento sanzionatorio laddove si tratti di rifiuti pericolosi o, ancora, quando il delitto è commesso nell'ambito dell'attività di un'impresa o comunque di un'attività organizzata, oppure in territori che, al momento della condotta o nei cinque anni precedenti, siano o siano stati interessati da dichiarazioni di stato di emergenza nel settore rifiuti ai sensi della L. 24 febbraio 1992, n. 225.

20 Cass. Pen., Sez. III, 24 febbraio 2017, n. 9133, cit. In questo senso anche L. RAMACCI, *Rifiuti: la gestione e le sanzioni. Commento organico al testo unico ambientale*, La Tribuna, Piacenza, 2014, p. 250. Secondo Cass. Pen., Sez. III, 02 maggio 2013, n. 26404, tale circostanza si desume anche dal fatto che "la previsione di ripristino ambientale contenuta nel comma 4 del medesimo articolo, secondo cui il Giudice ordina il ripristino dello stato dell'ambiente e può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente, si riferisce alla sola eventualità in cui il danno o il pericolo si siano effettivamente verificati e non muta la natura del reato di pericolo presunto a reato di danno."

21 C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 146.

22 *Ex multis*: Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2009, n. 46705; Cass. Pen., Sez. III, 08 luglio 2010, n. 29619; Cass. Pen., Sez. III, 15 ottobre 2013, n. 44449. Più di recente, Cass. Pen., Sez. III, 14 dicembre 2016, n. 52838 ha chiarito che "per perfezionare il reato è necessaria una, seppur rudimentale, organizzazione professionale (mezzi e capitali) che sia in grado di gestire ingenti quantitativi di rifiuti in modo continuativo, ossia con pluralità di operazioni condotte in continuità temporale, operazioni che vanno valutate in modo globale: alla pluralità delle azioni, che è elemento costitutivo del fatto, corrisponde una unica violazione di legge, e perciò il reato è abituale dal momento che per il suo perfezionamento è necessaria la realizzazione di più comportamenti della stessa specie". Nello stesso senso L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, La Tribuna, 2017, p. 303.



che quest'ultima risulti del tutto illecita. Lo stesso sussiste, quindi, anche quando l'attività criminosa sia marginale o secondaria rispetto all'attività principale lecitamente svolta²³.

La norma richiede che il quantitativo di rifiuti oggetto di tali condotte sia *ingente*, così ricorrendo ad un aggettivo certamente molto vago, eppure mai scalfito dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate sul punto in virtù del presunto contrasto con il principio di tassatività e sufficiente determinatezza *ex art. 25 Cost.*²⁴ La verifica al riguardo va rapportata alle caratteristiche della condotta poc'anzi descritte e il requisito sussiste anche quando le singole operazioni di gestione abbiano ad oggetto, singolarmente considerate, esigue quantità di rifiuti²⁵.

Le condotte descritte dall'art. 452-*quaterdecies* c.p. devono rivestire carattere *abusivo*, termine che rinvia alla disciplina sanzionatoria in materia di rifiuti di cui alla Parte IV del d.lgs. n. 152/2006 e che, come osservato dalla dottrina e come confermato dalla giurisprudenza, si presta ad essere interpretato in maniera più o meno estensiva. Si è osservato, infatti, che l'abusività potrebbe sussistere a fronte di qualsiasi attività di gestione svolta in violazione della disciplina di settore complessivamente considerata (quindi con riferimento tanto alle disposizioni di carattere amministrativo quanto a quelle di natura penale) oppure, viceversa, che sarebbe più opportuno fare riferimento esclusivamente alle violazioni che effettivamente ledano o pongano in pericolo il bene tutelato²⁶. Quanto alla rilevanza dell'eventuale titolarità, in capo all'agente, di un'autorizzazione allo svolgimento della specifica attività che venga di volta in volta in considerazione, da un lato vi è chi attribuisce disvalore penale solo alla gestione c.d. *clandestina* dei rifiuti, ossia realizzata in totale assenza del titolo abilitativo richiesto dalla normativa di settore; dall'altra, invece, vi è chi

23 Così, ad esempio, per Cass. Pen., Sez. III, 9 agosto 2006, n. 28685, il requisito “*può sussistere a fronte di una struttura organizzativa di tipo imprenditoriale, idonea ed adeguata a realizzare l'obiettivo criminoso preso di mira, anche quando la struttura non sia destinata, in via esclusiva, alla commissione di attività illecite, cosicché il reato può configurarsi anche quando l'attività criminosa sia marginale o secondaria rispetto all'attività principale lecitamente svolta.*” La tesi della presunta necessità di una struttura organizzativa del tutto illecita, artificiosamente fatta discendere dalle finalità di contrasto dell'attività delle c.d. ecomafie che, come si è detto, hanno motivato l'introduzione della norma, è smentita anche da Cass. Pen., Sez. III, 19 luglio 2017, n. 35568, secondo la quale delimitare l'applicabilità della fattispecie a uno specifico fenomeno criminale comporterebbe l'attribuire maggiore rilevanza al “tipo di autore”, più che alla condotta incriminata, e le modalità di realizzazione del reato, che costituiscono il fulcro del fatto tipico, diverrebbero per contro del tutto irrilevanti.

24 V. sul punto L. RAMACCI, *I rifiuti: la gestione e le sanzioni*, cit., p. 253.

25 C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 147. Per Cass. Pen., Sez. III, 6 novembre 2012, n. 47229, deve “*in definitiva rilevarsi che la nozione di ingenti quantitativi non può essere individuata a priori attraverso riferimenti esclusivi a dati specifici quali, ad esempio, quello ponderale, dovendosi al contrario basare (...) su un giudizio complessivo che tenga conto, anche in questo caso, delle peculiari finalità perseguite dalla norma, della natura del reato e della pericolosità per la salute e l'ambiente e nell'ambito del quale l'elemento quantitativo rappresenta solo uno dei parametri di riferimento. (...) Si tratta, evidentemente, di un apprezzamento in fatto che è rimesso, anche in questo caso, al giudice del merito ed insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione esente da vizi logici o giuridici.*” Inoltre, Cass. Pen., Sez. III, Ord. 6 dicembre 2012, n. 47229 specifica che “*la giurisprudenza di questa Corte non offre riferimenti quantitativi che consentano di individuare la nozione di “ingente quantità” ma non tanto, come pure sostiene il ricorrente, per l'indeterminatezza del concetto espresso dalla norma quanto, piuttosto, perché, come si è avuto modo di affermare, tale verifica va effettuata tenendo conto che tale nozione, in un contesto che contempli anche le finalità della disposizione, deve riferirsi al quantitativo di materiale complessivamente gestito attraverso una pluralità di operazioni, anche se queste ultime, considerate singolarmente, potrebbero essere di entità modesta*”.

26 Così C. RUGA RIVA, *Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, in M. PELLISSERO (cur.), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 108.



estende l'area della punibilità ricomprendendovi anche le attività di gestione formalmente munite di autorizzazione ma svolte, in concreto, in parziale o totale difformità dalla stessa²⁷. La giurisprudenza propende per la seconda opzione²⁸ ma attribuisce, al contempo, rilevanza penale alle sole violazioni "gravi", escludendo dall'ambito applicativo della norma le violazioni meramente formali²⁹.

Infine, l'elemento soggettivo del reato è caratterizzato dalla presenza del *dolo specifico di ingiusto profitto*, il cui perseguimento deve motivare l'agire del reo, pur non essendo necessario, ai fini della punibilità, che lo stesso sia poi effettivamente conseguito. L'aspetto più rilevante, al riguardo, è che, per opinione pacifica in giurisprudenza, non deve trattarsi necessariamente di un effettivo ricavo patrimoniale, ben potendo intendersi per profitto anche il mero risparmio dei costi derivanti da una gestione dei rifiuti conforme alla legge³⁰.

1.3 La responsabilità degli enti da reato ambientale ex art. 25-undecies d.lgs. n. 231/2001. Il sequestro preventivo e la confisca per equivalente

In estrema sintesi, il d.lgs. n. 231/2001 disciplina la responsabilità da reato delle persone giuridiche e subordinandone la configurabilità, in primo luogo, al fatto che il reato c.d. presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da soggetti (persone fisiche) collocati, all'interno della compagine societaria, in posizione apicale, ovvero da soggetti subordinati alla vigilanza o alla direzione di questi ultimi (art. 5) e, in secondo luogo, alla circostanza che la realizzazione del fatto illecito sia stata consentita da una c.d. *colpa di organizzazione*, per tale intendendosi la mancata

27 V. sul punto L. RAMACCI, *I rifiuti: la gestione e le sanzioni*, cit., p. 252-253.

28 *Ex pluribus* si vedano: Cass. Pen., Sez. III, 15 dicembre 2008, n. 46029, secondo cui "È destituita di ogni fondamento giuridico la tesi secondo cui nella fattispecie criminosa in esame il carattere abusivo della gestione illecita dei rifiuti ricorre solo quando la gestione è "clandestina", ossia svolta in totale assenza di autorizzazione, perché, al contrario, è abusiva ogni gestione dei rifiuti che avvenga senza i titoli abilitativi prescritti, ovvero in violazione delle regole vigenti nella soggetta materia."; Cass. Pen., Sez. III, 06 maggio 2015, n. 18669, per la quale "l'attività deve essere "abusiva", ossia effettuata o senza le autorizzazioni necessarie (ovvero con autorizzazioni illegittime o scadute) o violando le prescrizioni e/o i limiti delle autorizzazioni stesse."; Cass. Pen., Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 791: "Quanto al requisito dell'abusività dell'attività, esso deve ritenersi integrato sia qualora non vi sia autorizzazione, sia quando vi sia una totale e palese difformità da quanto autorizzato."

29 In questo senso C. RUGA RIVA, *Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, cit., pg. 108-109. L'autore rinvia, a tal proposito, a Cass. Pen., Sez. III, 20 novembre 2007, n. 358 e sostiene, inoltre, che sono "formali" quelle violazioni sanzionate soltanto in via amministrativa, purché non abbiano carattere sistematico e non siano finalizzate a mascherare un'attività il cui esercizio è sostanzialmente difforme da quanto prescritto dall'autorizzazione.

30 Cass. Pen., Sez. III, 10 novembre 2005, n. 40827; Cass. Pen., Sez. III, 14 dicembre 2016, n. 52838: "Non vi è dubbio che, ai fini della sussistenza del dolo specifico richiesto per l'integrazione del reato, sia necessaria la prova della consapevolezza dell'autore della condotta di utilizzare un'organizzazione illecita (anche non necessariamente plurisoggettiva) per conseguire un ingiusto profitto, che può consistere, oltre che in un ricavo patrimoniale, anche in un vantaggio personale, quale la semplice riduzione dei costi aziendali."; Cass. Pen., Sez. III, 19 luglio 2017, n. 35568, cit.: "Il carattere ingiusto del profitto, però, non deriva dal "quomodo" dell'esercizio (abusivo) dell'attività (altrimenti la sua previsione sarebbe del tutto pleonastica), bensì dal fatto che l'intera gestione continuativa e organizzata dei rifiuti costituisce strumento per (ed è pensata al fine di) conseguire vantaggi (risparmi di spesa e maggiori margini di guadagno) altrimenti non dovuti".



previsione e predisposizione di misure necessarie a scongiurare la commissione di reati nell'ambito dell'attività societaria (artt. 6 e 7)³¹.

Ai sensi degli artt. 2 e 3 del medesimo decreto, che estendono all'ente il principio di legalità (unitamente alle sub-componenti in cui lo stesso si articola, a cominciare dal principio di tassatività) di cui agli artt. 25, co. 2 Cost., 7 C.E.D.U. e 1 e 2 c.p., poi, la responsabilità della persona giuridica sussiste purché il reato presupposto rientri tra quelli indicati nella parte speciale del d.lgs. n. 231/2001.

Il catalogo dei reati ambientali la cui commissione, ricorrendo i descritti presupposti, determina l'insorgere di responsabilità per l'ente, è contenuto nell'art. 25-*undecies*, introdotto nel corpo del d.lgs. n. 231/2001 dal d.lgs. n. 121/2011, con il quale sono state recepite nell'ordinamento italiano la direttiva n. 2008/98/CE sulla tutela penale dell'ambiente e la direttiva n. 2009/123/CE sull'inquinamento marino provocato da navi³².

Sul versante sanzionatorio, il d.lgs. n. 231/2001 prevede la possibilità di irrogare all'ente tanto sanzioni di carattere patrimoniale (artt. 9, co. 1, lett. a) e 10, co. 1) quanto sanzioni di tipo interdittivo (art. 9, co. 1, lett. b) e co. 2).

Per quanto qui più rileva, infine, il quadro sanzionatorio è completato dalla previsione della confisca del prezzo o del profitto del reato, obbligatoria in caso di condanna (art. 6, co. 5 e art. 19, co. 1) e prevista anche nella forma *per equivalente* (art. 19, co. 2), che può essere preceduta dal sequestro preventivo (art. 53), sulla base di presupposti meno stringenti di quelli previsti dall'art. 321 c.p.p.³³

2. La prima vicenda: la spedizione abusiva in Cina di rifiuti speciali con codice Basilea B3010

31 Per un'analisi dei criteri di imputazione del reato presupposto all'ente, irrilevante ai fini della disamina delle questioni oggetto della sentenza in commento, sia consentito rinviare a A. FRANCO, *Il reato di inquinamento ambientale e la verifica dell'idoneità dei modelli di organizzazione e gestione a prevenirne la commissione*, in questa rivista, n. 2/2019, par. 1, pp. 16 e ss., e alla bibliografia e giurisprudenza ivi richiamate.

32 Si vedano, al riguardo, L. PISTORELLI – A. SCARCELLA, *Sulle novità di rilievo penalistico introdotte dal decreto legislativo di recepimento delle direttive CE in materia di ambiente (D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011; S. PETELLA, *Ecoreati e responsabilità degli enti. Criticità e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018.

33 La giurisprudenza sostiene che per l'applicazione del sequestro preventivo non è necessaria né la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza né il *periculum in mora*, essendo sufficiente l'astratta possibilità di sussumere il fatto in una fattispecie incriminatrice ricompresa fra i reati presupposto della responsabilità dell'ente. Sottolinea questo aspetto M. RAIMONDO, *La responsabilità degli enti per i delitti e le contravvenzioni ambientali: Godot è arrivato?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, rinviando a sua volta a Cass. Pen., Sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505; Cass. Pen., Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 9829.



La prima delle vicende oggetto della pronuncia in commento riguarda un caso di spedizione abusiva in Cina di ingenti quantitativi di rifiuti speciali. All'esito di entrambi i gradi del giudizio di merito i ricorrenti, titolari di ditte di spedizione di rifiuti, erano stati condannati per aver preso parte ad un'associazione per delinquere di carattere transnazionale (in considerazione della partecipazione al sodalizio criminale di un cittadino cinese, rappresentante in Italia di alcune società fittizie aventi sede ad Hong Kong) che aveva esportato abusivamente poco più di settemila tonnellate di rifiuti. Questi, formalmente destinati ad un impianto di recupero con sede ad Hong Kong, erano stati invece dirottati in Cina senza il rispetto delle procedure previste dalla normativa comunitaria e internazionale descritta in precedenza per le spedizioni verso tale Paese, sfruttando i controlli doganali meno stringenti esistenti tra i due Stati asiatici ed inducendo altresì in errore le autorità di controllo italiane attraverso l'indicazione nei documenti di trasporto di falsi codici di identificazione dei rifiuti (codici CER).

I ricorrenti – che, nell'ambito della più ampia organizzazione per delinquere, avevano esportato illegalmente poco più di tremila tonnellate di rifiuti speciali costituiti da cascami, ritagli e avanzi di materie plastiche (di cui una tonnellata e mezzo di provenienza agricola, dunque *polietilene* e, pertanto, di competenza del Consorzio PolieCo *ex art. 234*, d.lgs. n. 152/2006³⁴ – D.M. 02/05/2006³⁵) – erano stati quindi condannati ai sensi dell'art. 416 c.p., aggravato per il carattere transnazionale dell'associazione per delinquere *ex art. 4*, L. n. 146/2006³⁶, e per i reati di cui agli

34 L'art. 234 del d.lgs. n. 152/2006 (*Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti in polietilene*), al fine di razionalizzarne, organizzarne e gestirne la raccolta e il trattamento, ha istituito il Consorzio per il riciclaggio dei rifiuti di beni in polietilene. I produttori, gli importatori, gli utilizzatori, i distributori, i riciclatori e i recuperatori di tali categorie di beni, nonché tutti coloro i quali intendano esercitare attività di gestione di rifiuti rientranti in tale categoria, hanno l'obbligo di iscriversi al consorzio. Ai sensi dell'originario comma 2 della norma (abrogato dal D.L. 12 settembre 2014, n. 133), in fase di prima attuazione, per "beni in polietilene" si intendevano i teli e le reti ad uso agricolo quali i film per la copertura di serre e tunnel, film per la copertura di vigneti e frutteti, film per pacciamatura, film per insilaggio, film per la protezione di attrezzi e prodotti agricoli, film per pollai, le reti ombreggianti, di copertura o di protezione.

Il consorzio ha personalità giuridica di diritto privato senza scopo di lucro. Per quanto qui più interessa, il comma 3 dell'art. 234 imponeva allo stesso l'obbligo di adeguare il proprio statuto in conformità con lo schema tipo approvato dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e di sottoporlo alla preventiva approvazione di questi ultimi, pena la totale inefficacia dello statuto stesso. A conferma di ciò, il successivo comma 14 fissa espressamente, come termine iniziale per l'operatività dell'obbligo di conferire al consorzio i rifiuti di beni in polietilene, il decorso di novanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto di approvazione.

35 Il Decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 02 maggio 2006 ha istituito l'elenco dei rifiuti, in conformità all'art. 1, co. 1, lett. a) della direttiva 75/442/CEE relativa ai rifiuti ed all'art. 1, par. 4 della direttiva 91/689/CEE relativa ai rifiuti pericolosi, di cui alla decisione della Commissione 2000/532/CE del 3 maggio 2000; il testo del provvedimento è consultabile in www.reteambiente.it.

36 La tematica della compatibilità dell'aggravante *de qua* con il reato associativo *ex art. 416 c.p.*, pur non essendo investita dalla pronuncia in commento, è in realtà estremamente complessa ed ha rappresentato l'oggetto di un annoso dibattito, al quale solo in parte ha posto fine la sentenza Cass. Pen., Sez. Un., 23 aprile 2013, n. 18374 che, all'esito di un articolato ragionamento incentrato anche sull'analisi della genesi dell'aggravante della transnazionalità, ha fissato il principio di diritto in forza del quale "*La speciale aggravante dell'art. 4 della legge 16 marzo 2006, n. 146, è applicabile al reato associativo, sempreché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa*". Il testo della sentenza è consultabile su www.penalecontemporaneo.it, con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità all'associazione per delinquere*, 2013. Una disamina più approfondita della questione è offerta da A. MINGIONE, *La configurabilità della circostanza aggravante*



artt. 256, co. 1, lett. a) (*Attività di gestione di rifiuti non autorizzata*) e 260 del d.lgs. n. 152/2006 e 483 c.p., questi ultimi contestati in concorso con la fattispecie associativa ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p.

Anche la società di cui erano titolari i ricorrenti era stata condannata e alla stessa erano state applicate le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001.

2.1 La normativa applicabile alla spedizione all'estero di rifiuti di plastica solida recanti codice Basilea B3010

I ricorrenti ritengono, in primo luogo, che i rifiuti di plastica solida esportati, composti da teli agricoli (codice di Basilea B3010), qualificabili come materia prima secondaria (ovvero come rifiuto recuperato da riciclare destinato ad un ciclo produttivo della plastica), non avrebbero dovuto essere inquadrati tra i rottami di plastica indicati nell'allegato al Reg. (CE) n. 1418/2007 nella colonna d) e tra le resine della colonna a) e colonna d) e la loro esportazione, pertanto, non sarebbe stata soggetta alle limitazioni ivi previste. A sostegno di questa tesi essi adducono la circostanza che, proprio per tale motivo, le merci erano state dissequestrate, essendo state ritenute conformi a quanto dichiarato nei documenti di accompagnamento.

Richiamando alcune precedenti pronunce già intervenute a fare chiarezza sul punto³⁷, tuttavia, la Corte a tal riguardo ha affermato che il rinvio operato dall'art. 194 del d.lgs. n. 152/2006, nella versione precedente alla modifica operata dal d.lgs. n. 205/2010, alle regole che discendono dai regolamenti comunitari che regolano la materia e dagli accordi bilaterali di cui all'art. 19 del Reg. (CEE) n. 259/1993 si estende fino a ricomprendere anche i regolamenti che abbiano successivamente modificato tale disciplina e, in particolare, tanto al Reg. (CE) n. 1013/2006, quanto al Reg. (CE) n. 1418/2007 nonché, limitatamente alla valenza interpretativa del meccanismo di formazione della legge, al Reg. (UE) n. 837/2010³⁸.

Dopo un breve riepilogo del panorama normativo di riferimento, la Corte ha chiarito, prima di tutto, che il contenuto degli accordi bilaterali intercorsi ai sensi dell'art. 19 del Reg. (CEE) n. 259/1993 e le indicazioni contenute nelle risposte ricevute dai Paesi non-OCSE all'esito delle consultazioni avviate ai sensi degli artt. 36 e 37 del Reg. (CE) n. 1013/2006 integrano la disciplina degli stessi regolamenti comunitari e dunque, al pari di questi ultimi, hanno efficacia diretta nell'ordinamento italiano. In secondo luogo, la Corte ha sottolineato come il contenuto delle risposte ai questionari, ivi compresa l'indicazione dei rifiuti la cui importazione è vietata o soggetta a restrizioni, sia

della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere: poche certezze e molte contraddizioni, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 2/2018, pp. 5 e ss.

³⁷ V. p.es. Cass. Pen., Sez. III, 09 novembre 2018, n. 54703.

³⁸ L'adozione del regolamento si è resa necessaria a seguito della specificazione, da parte di alcuni Paesi non-OCSE, delle procedure e delle limitazioni che intendevano applicare ad alcune categorie di rifiuti già ricompresi negli allegati al Reg. (CE) n. 1418/2007, i quali andavano di conseguenza modificati.



periodicamente reso pubblico dall'Unione Europea e sia, pertanto, perfettamente conoscibile dagli operatori, rappresentando al contempo il parametro di riferimento per valutare la liceità delle spedizioni realizzate dagli esportatori italiani e per l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali queste ultime si traducono in violazioni penalmente rilevanti.

Muovendo da queste premesse, la Corte ha specificato che i rifiuti aventi codice Basilea B3010, secondo le indicazioni della Cina, rientrano tra quelli oggetto di attenzione (dovendosi peraltro distinguere tra le resine presenti nella colonna a) (divieto di importazione) del Reg. (CE) n. 1418/2007 e i polimeri o polimezzati indicati nella colonna d) (importazione ammessa ma subordinata al rispetto di alcuni adempimenti)) e che, rispetto ai rifiuti non pericolosi, tali adempimenti prevedono che ogni spedizione sia accompagnata da una serie di documenti, ossia la licenza MEP (o SEPA) (rilasciata dal Ministero di Protezione Ambientale della Cina), la licenza AQSIQ (rilasciata dalla Amministrazione generale di supervisione della qualità, ispezione e quarantena della Cina) ed, infine, il certificato CCIC (certificato di ispezione pre-spedizione, rilasciato dall'autorità operante per conto delle autorità cinesi presso alcune sedi europee)³⁹. La Cina, inoltre, con riferimento al modello europeo che deve accompagnare i rifiuti durante la spedizione, identifica colui che viene definito “*consignee*” con l'importatore e richiede che l'impianto di ricezione coincida con l'impianto di riciclaggio ed il notificatore/esportatore con il soggetto munito delle licenze e dei certificati previsti; circostanza questa che, se si considerano anche i gravosi adempimenti richiesti per l'ottenimento della licenza AQSIQ, rende evidente come sia i mittenti, sia gli importatori, sia gli impianti di riciclo, debbano essere in possesso della licenza. Chi non rispetti tali requisiti ed effettui, ciononostante, spedizioni di rifiuti plastici non pericolosi verso la Repubblica Popolare Cinese, commette pertanto un illecito che, per le ragioni indicate, rileva in quanto tale anche per l'ordinamento italiano.

A questo punto la Corte, richiamando quanto già affermato quando la medesima questione era stata affrontata nell'ambito del giudizio cautelare⁴⁰, conferma che i teloni e i film di protezione dei prodotti agricoli non costituiscono “*imballaggio*” e sono sottratti pertanto alla relativa disciplina⁴¹, trattandosi invece di rifiuti a composizione plastica destinati a supportare le attività agricole

39 Licenza MEP/SEPA (*Import licence of the People's Republic of China for restricted solid waste material that can be used as raw material*): a seconda della tipologia di merce, può essere a rilascio automatico o discrezionale. Licenza AQSIQ (*Licence of Registration for Overseas Supplier Enterprise of Imported Solid Wastes as Raw Materials*): per ottenere tale certificazione, le imprese devono rispondere a criteri soggettivi e a criteri di certificazione sul sistema di gestione ambientale e, a pena di revoca della licenza, non devono incorrere in problemi relativi al rispetto degli *standard* di igiene, sicurezza e tutela ambientale. Certificato CCIC (*China Certification and Inspection Group*). Per un approfondimento al riguardo si veda F. F. PITTALUGA, *Inquadramento normativo della fattispecie inerente l'esportazione di rifiuti destinati al recupero verso Paesi non aderenti alla Convenzione O.C.S.E. e, in particolare, verso la Repubblica Cinese*, in www.ambientediritto.it.

40 Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 27413. Il testo della sentenza è rinvenibile in *Cassazione penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, n. 7-8/2013, pp. 2755 e ss., con note di A. ZACCHIA - M. V. FERACO, pp. 2764 e ss. Al riguardo si veda anche A. PIEROBON, *Primo commento alla sentenza della Corte Suprema di Cassazione, Sez. III Pen. 11 luglio 2012, n. 27413*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 1/2013, pp. 33 e ss.

41 In relazione alla quale si veda L. RAMACCI, *I rifiuti: la gestione e le sanzioni*, cit., pp. 141 e ss.; E. BLASIZZA (cur.), *Ambiente 2018. Manuale normo-tecnico*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, pp. 475 e ss.



produttive, che rientrano nell'elenco dei rifiuti di cui alla colonna d) dell'allegato al Reg. (CE) n. 1418/2007 e la cui spedizione è conseguentemente soggetta al rispetto delle prescrizioni previste.

Non si trattava, quindi, di materie prime secondarie – come preteso dai ricorrenti – bensì di rifiuti, conclusione cui la Corte perviene desumendola, *a contrario*, da un argomento di carattere logico, cioè dal fatto che proprio la consapevolezza dell'essere privi delle autorizzazioni e licenze richieste per la spedizione in Cina aveva spinto gli imputati a ricorrere all'artificio della formale spedizione ad Hong Kong, dove gli stessi rifiuti non sono soggetti ai medesimi controlli.

2.2 Gli elementi costitutivi del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e il concorso con il reato di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.

Il fatto che le spedizioni effettuate difetterebbero del carattere dell'abusività perché non soggette alle restrizioni previste dal Reg. (CE) n. 1418/2007 determina, secondo i ricorrenti, anche l'inapplicabilità dell'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006. Allo stesso modo non sussisterebbe la fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p., della quale difetterebbero gli elementi costitutivi, poiché quelle realizzate sarebbero state mere attività commerciali, svolte in maniera del tutto indipendente e non caratterizzate da quell'*affectio societatis* che, ai fini dell'integrazione del reato, deve necessariamente contraddistinguere il sodalizio criminale. Infine non vi sarebbe la possibilità di configurare un concorso tra i due delitti.

Anche in questo caso la Corte ha dichiarato l'infondatezza della tesi difensiva, precisando che la sentenza impugnata aveva correttamente attribuito rilevanza alla fittizia spedizione ad Hong Kong, in luogo di quella (effettiva) in Cina, e aveva adeguatamente ricostruito la serie indefinita di esportazioni che, in considerazione delle modalità con cui erano state poste in essere (predisposizione di strumenti tecnici e di supporti personali tali da consentire la realizzazione di un traffico di ingenti dimensioni, selezione dei porti da utilizzare a tal fine), presentavano chiaramente tutte le caratteristiche richieste per l'integrazione del reato di cui all'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006.

La Corte, inoltre, richiamando sul punto una precedente pronuncia⁴², ha respinto la censura relativa alla possibilità di configurare un concorso tra il delitto *de qua* e il reato di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., ricordando che tra le due fattispecie non sussiste un rapporto di specialità, in quanto si tratta di reati ontologicamente diversi, essendo il primo caratterizzato dall'allestimento di mezzi e attività continuative e dal compimento di più operazioni finalizzate alla gestione abusiva di rifiuti, tali da esporre a pericolo l'ambiente e la pubblica incolumità e implicando, invece, il secondo, l'esistenza di un'organizzazione anche minima di uomini e mezzi costituita al fine di commettere una serie indeterminata di delitti, in quante tale suscettibile di porre in pericolo l'ordine pubblico.

⁴² La Corte rinvia a Cass. Pen., Sez. III, 17 gennaio 2014, n. 5773. Si veda anche, più di recente, Cass. Pen., Sez. III, 20 novembre 2017, n. 52633.



L'orientamento è condivisibile. Riprendendo quanto esposto nell'introduzione, è corretto infatti sostenere che i due reati non sono sovrapponibili. L'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. rientra nell'alveo dei reati c.d. a concorso necessario e richiede, per la sua integrazione, il concorso indispensabile di più soggetti agenti avvinti da un *pactum sceleris* stabile e duraturo volto alla commissione di un numero indefinito di delitti (diversamente da quando accade per il concorso c.d. eventuale *ex art. 110 c.p.*), posti in essere dagli associati non al fine di conseguire vantaggi personali ma per agevolare la stessa associazione e per garantirne il perseguimento degli scopi (c.d. *affectio societatis*); come si è visto, invece, il reato oggi disciplinato dall'art. 452-*quaterdecies* c.p. è solo eventualmente plurisoggettivo e, in ogni caso, il fatto tipico dallo stesso delineato non ricalca il modello del reato associativo, dato che la condotta, seppur necessariamente articolata in una pluralità di illeciti, è comunque incentrata esclusivamente sulla gestione abusiva di rifiuti ed è guidata dal dolo di ingiusto profitto, componente psicologica evidentemente diversa da quella richiesta per l'integrazione del reato di cui all'art. 416 c.p.

2.3 La sussistenza di un rapporto di propedeuticità tra il sequestro preventivo e la confisca per equivalente di cui all'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 231/2001

Sul versante della pena, oltre a lamentare l'irrogazione di un trattamento sanzionatorio eccessivamente gravoso, in ragione della mancata riduzione al minimo edittale della pena principale, delle pene accessorie e della sanzione amministrativa comminata alle società (censura respinta dalla Corte), i ricorrenti eccepiscono che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente applicato l'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001, ritenendo che la confisca per equivalente debba necessariamente essere preceduta dal sequestro preventivo e che l'eventuale revoca di quest'ultimo ne impedisca l'applicazione in sede di condanna. Nel caso *de qua*, come si è detto, le merci erano state invece dissequestrate.

A prescindere dall'infondatezza dell'argomento volto ad escludere il carattere abusivo delle spedizioni effettuate (già dichiarata con riferimento ai precedenti motivi di ricorso), la Corte respinge la doglianza dichiarandola inammissibile perché proposta per la prima volta in quella sede, ma ricorda anche che, come già affermato in passato, la confisca che, come quella per equivalente di cui all'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 231/2001, ha carattere obbligatorio, non deve necessariamente essere preceduta dal sequestro preventivo⁴³. Con un ulteriore passo in avanti, la Corte perfeziona il ragionamento sotteso al principio già sancito dalla giurisprudenza precedente e afferma che, se è vero che la preventiva adozione del provvedimento cautelare non ha alcuna rilevanza, è logico desumerne, *a fortiori*, che una sua eventuale revoca non potrebbe avere alcuna efficacia preclusiva

⁴³ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7079: “Nessuna norma di diritto sostanziale o processuale in materia di confisca prevede che detta misura debba essere preceduta dal sequestro preventivo. Peraltro, in mancanza di sequestro preventivo, con riferimento ad ipotesi di confisca obbligatoria, il giudice, ove non disponesse la misura ablatoria, incorrerebbe in una violazione di legge.”



rispetto all'applicazione della confisca. La sussistenza di un rapporto di propedeuticità tra le due misure è quindi da escludersi e le stesse, in definitiva, sono indipendenti l'una dall'altra.

Il principio affermato dalla Corte è del tutto condivisibile. Potrebbe concorrere ad avvalorarne la fondatezza anche una ulteriore considerazione: il sequestro preventivo, per sua stessa natura e considerate le condizioni richieste dalla legge per la sua applicazione, è un provvedimento cui si ricorre in un momento in cui il quadro probatorio può anche essere ancora incompleto; la confisca, al contrario, è applicata solo in forza di una sentenza di condanna emessa all'esito di un giudizio di merito che, oltre ad avere eventualmente consolidato la tesi accusatoria, ne ha verificato e sancito la fondatezza. Un ripensamento sulla sussistenza delle (più blande) condizioni per l'adozione del primo non può precludere l'applicazione della seconda. Pertanto, se è vero che, come rappresentato dai ricorrenti, le merci erano state dissequestrate (peraltro nell'ambito di un procedimento per il quale si procedeva per il solo reato di cui all'art. 259 del d.lgs. n. 152/2006 e che, pur essendosi concluso con una sentenza di proscioglimento, aveva ad oggetto solo una minima parte delle spedizioni concretamente effettuate), resta insuperabile il fatto che, per le ragioni esposte con riferimento ai precedenti motivi di impugnazione, all'esito del giudizio di merito le operazioni compiute dai ricorrenti – analizzate complessivamente e non in maniera parcellizzata – erano state invece ritenute illegittime, essendone stata accertata la finalità fraudolenta e la contrarietà alle norme che regolano la spedizione transfrontaliera di rifiuti. In definitiva, sussistendo la prova della responsabilità degli imputati per i reati contestati, la confisca *ex art. 19, co. 2, d.lgs. n. 231/2001* era stata correttamente applicata alla società di cui gli stessi erano titolari.

3. La seconda vicenda: la spedizione abusiva in Cina, Vietnam, Pakistan e Corea del Sud di rifiuti speciali costituiti da gomma (codice B3040) e pneumatici fuori uso (codice B3140)

La seconda delle vicende rimesse al vaglio della Corte di Cassazione riguarda due associazioni per delinquere transnazionali finalizzate al traffico abusivo di rifiuti. Anche in questo caso il nucleo centrale del sodalizio era costituito da cittadini italiani titolari di imprese di spedizione che, raccordandosi con alcune società aventi sede ad Hong Kong, avevano dato vita ad una complessa articolazione per il tramite della quale ingenti quantitativi di rifiuti speciali, costituiti da gomma (codice B3040) e pneumatici fuori uso (codice B3140), erano stati fatti arrivare in alcuni Paesi asiatici, anche grazie all'induzione in errore dei funzionari degli Uffici delle Dogane di diversi porti italiani attraverso l'indicazione nei documenti di accompagnamento di destinazioni fittizie e di falsi codici identificativi dei rifiuti (codici CER).

In particolare, nel primo caso erano state esportate abusivamente poco più di duemila tonnellate di rifiuti speciali, falsamente dichiarati come destinati in Malesia per essere sottoposti alle operazioni di recupero che la Convenzione di Basilea indica con il codice R3, ma di fatto dirottati in Cina, Vietnam e Pakistan. Nel secondo caso, invece, l'esportazione abusiva aveva riguardato più di diecimila tonnellate di rifiuti speciali: parte di questi era stata formalmente spedita in Corea del Sud presso un impianto di recupero fittizio per essere sottoposti ad operazioni di recupero R3, ma in



concreto era stata dirottata illecitamente presso un cementificio per operazioni di recupero energetico R1; altra parte, invece, era stata spedita solo apparentemente in Malesia presso impianti di recupero, ma di fatto era stata fatta giungere abusivamente in Vietnam.

In entrambi i casi il sodalizio mirava a bypassare gli obblighi e le restrizioni derivanti dalla normativa comunitaria e sovranazionale, con l'intento di conseguire, così, un profitto ingiusto, derivante dal risparmio dei costi che le società coinvolte avrebbero dovuto sostenere a fronte di una gestione dei rifiuti conforme alla legge.

Come per la prima delle vicende, anche in questo caso il ricorrente aveva contribuito solo a parte delle spedizioni abusive ed era stato condannato all'esito di entrambi i gradi di giudizio per i reati di cui agli artt. 416 c.p. (con l'aggravante della transnazionalità *ex* art. 4, L. n. 146/2006), 256, co. 1, lett. a) e 260 del d.lgs. n. 152/2006 e 483 c.p., contestati in concorso fra loro ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p.

Alle società coinvolte, inoltre, erano state applicate le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001.

3.1 Le modalità con cui condurre l'accertamento della sussistenza dell'ingiusto profitto di cui all'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006

Circoscrivendo anche in questo caso l'analisi alle sole questioni rilevanti per la tematica ambientale, il ricorrente contesta innanzitutto le modalità con cui era stata condotta la verifica della sussistenza del profitto che la sua società di spedizione avrebbe tratto dalla commissione degli illeciti contestati, posto che i giudici del merito avevano quantificato il risparmio conseguito limitandosi esclusivamente a raffrontare i costi di smaltimento nei Paesi di effettiva destinazione con i costi di smaltimento in Italia, omettendo tuttavia di considerare che la documentazione prodotta in giudizio aveva dimostrato che la società aveva dovuto sostenere costi notevoli per la spedizione dei rifiuti all'estero.

La Corte ha dichiarato la doglianza non manifestamente infondata e ha affermato che, sebbene – come si è visto – il profitto ingiusto può essere integrato anche da un mero risparmio sui costi di gestione dei rifiuti, la verifica della sua sussistenza non può restare circoscritta a un mero raffronto tra i costi di smaltimento ma deve, invece, avere carattere globale e tenere conto anche dei costi di trasporto.

3.2 I delitti di cui agli artt. 416 c.p. e 260, d.lgs. n. 152/2006 non sono sovrapponibili e l'accertamento del primo non determina automaticamente la sussistenza del secondo. Le condotte di omesso controllo colposo non integrano il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti



Il ricorrente ritiene inoltre insussistente, con riferimento alla spedizione dei rifiuti presso l'impianto situato in Corea del Sud, la sua responsabilità per il reato associativo e per i relativi reati-fine sulla base di tre argomentazioni: perché quest'ultima non poteva essere desunta soltanto dal fatto che egli conosceva gli appartenenti al nucleo centrale del sodalizio; perché sarebbe privo di senso il rimprovero rivoltagli per non aver verificato l'effettivo possesso, da parte della società coreana, di un impianto di smaltimento (condotta del tutto incompatibile con la presunta consapevolezza di partecipare ad un sodalizio criminale); infine, per il peso preminente ed esclusivo attribuito al numero di trasporti effettuati, ritenuto indicativo della volontà di prestarsi stabilmente al meccanismo finalizzato all'esportazione abusiva dei rifiuti.

Le censure sono state ritenute fondate. Richiamando anche su questo punto l'orientamento di cui si è detto in precedenza⁴⁴, la Corte ha infatti affermato che la sussistenza degli elementi del fatto tipico del reato associativo non può essere desunta dalla sovrapposizione della condotta descritta nell'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006 con quella richiesta per la configurabilità dell'associazione per delinquere, perché si tratta di fattispecie ontologicamente diverse, poste a tutela di beni giuridici differenti, sicché l'allestimento di mezzi e attività continuative e organizzate e il compimento di più operazioni di gestione abusiva di rifiuti non implica, *ex se*, la consapevolezza e, soprattutto, l'intenzione di prendere parte ad un sodalizio criminale e di operare per l'attuazione del programma criminoso comune.

Inoltre, la Corte ha escluso che la responsabilità per il reato di cui all'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006 possa derivare da un comportamento di natura meramente omissiva e addebitabile all'agente soltanto a titolo di colpa – condotta inconciliabile con il dolo che caratterizza i reati contestati – a maggior ragione se si considera che la sentenza impugnata aveva ritenuto accertata la partecipazione dolosa del ricorrente all'associazione per delinquere proprio facendo leva sulla sua scelta (evidentemente intenzionale) di ricorrere ad intermediari pronti a falsificare i documenti di accompagnamento dei rifiuti per occultare l'illiceità della spedizione.

4. Considerazioni conclusive

L'affermazione di un'economia incentrata sul libero scambio, le conseguenti rimodulazioni dei rapporti commerciali finalizzate all'apertura delle frontiere e la predisposizione di nuovi e più ampi meccanismi di collegamento tra i mercati nazionali hanno consentito alle consorterie criminali di sfruttare gli ampi spazi lasciati aperti da una normativa multilivello estremamente complessa e disomogenea per predisporre artifici e procedure volte, da un lato, a bypassare le regole che disciplinano la gestione dei rifiuti e, dall'altro, a conseguire un risparmio sui costi che il rispetto di queste ultime imporrebbe di affrontare. Tanto risulta possibile anche grazie all'apporto di gruppi criminali stranieri operanti in Paesi caratterizzati da una legislazione ambientale più elastica e più facilmente aggirabile, che mettono a disposizione i propri affiliati e le proprie risorse per la creazione di canali che consentano ai rifiuti, la cui gestione appare *prima facie* perfettamente

44 Cass. Pen., Sez. III, 17 gennaio 2014, n. 5773, cit.



regolare, di essere per contro smaltiti con modalità illecite, in violazione delle normative nazionali e sovranazionali e con totale svilimento delle esigenze di tutela ambientale e della salute umana cui le stesse si ispirano⁴⁵.

Le vicende fin qui esaminate costituiscono una dimostrazione cristallina di questo fenomeno. La sentenza della Corte di Cassazione, pur non distinguendosi per la presenza di passaggi particolarmente innovativi, dimostra dunque la sua rilevanza nel confermare ancora una volta un orientamento volto a reprimere in modo chiaro attività che risultano estremamente pericolose per l'ambiente in quanto, oltre a dar luogo ad uno smaltimento non ecosostenibile di determinati rifiuti, sono per lo più facilitate, quando non ne costituiscono addirittura il pretesto a monte, da forme di collaborazione internazionale fra organizzazioni criminali. Queste ultime, proprio in virtù di tali attività, finiscono col rafforzarsi rendendo allora necessari, in attesa di ulteriori interventi normativi che conducano ad una maggiore omogeneità tra le legislazioni statali, controlli ancora più rigidi da parte dei Paesi coinvolti nei traffici illeciti ed una netta stigmatizzazione ad opera delle istituzioni giurisdizionali.

45 Si veda al riguardo, con particolare riferimento all'area del Mar Mediterraneo, M. PALMISANO, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 1/2018, pp. 93 e ss. Si veda, altresì, M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale: il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *Sistema Penale*, 2020 (www.sistemapenale.it): dopo aver effettuato una comparazione tra la legislazione italiana e quella di alcuni Paesi europei, l'autore individua nell'introduzione di una fattispecie sanzionatoria di matrice comunitaria – in quanto tale generalmente applicabile all'interno degli Stati membri – e nel ricorso ad efficaci misure di prevenzione gli strumenti per porre rimedio, quantomeno con riferimento alla dimensione europea, alle lacune derivanti dalle discrasie esistenti fra le soluzioni di politica criminale adottate dai singoli ordinamenti nazionali.



**La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España:
cuestiones teóricas y problemas prácticos**

**The Criminal Law Response to Noise Pollution in Spain: Theoretical and
Practical Issues**

di Eliseu FRÌGOLS I BRINES

Abstract. El problema de la contaminación acústica en España, de carácter inicialmente administrativo, se ha convertido en un problema penal como consecuencia del fracaso del control administrativo. Sin embargo, la regulación del delito medioambiental por contaminación acústica presenta dificultades desde múltiples puntos de vista, que se tratan en el artículo con apoyo en la jurisprudencia en la materia.

Abstract. Noise pollution in Spain is a problem that belongs originally to administrative law, but it has become a problem of criminal law due to the failure of administrative control mechanisms. Nonetheless the legal provisions governing the environmental crime committed by noise pollution face multiple challenges that are directly addressed in this paper with the assistance of the relevant case law.

Parole chiave: contaminación acústica, España, delito medioambiental

Key words: noise pollution, Spain, environmental crime



SOMMARIO: 1 Introducción. El fracaso del control administrativo como fundamento de los delitos contra el medio ambiente y la vulneración del principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal: el caso de la contaminación acústica.– 2. La contaminación acústica como delito contra el medio ambiente en España – 3. La respuesta del derecho penal a la inacción de la administración en materia de contaminación acústica: el delito de prevaricación medioambiental. En especial, en especial, la prevaricación omisiva – 4. A modo de conclusión.

1. Introducción. El fracaso del control administrativo como fundamento de los delitos contra el medio ambiente y la vulneración del principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal: el caso de la contaminación acústica.

Uno de los principios básicos del Derecho penal es el principio de intervención mínima. Al menos eso es lo que se estudia y se enseña en la Universidad, y lo que repetimos en los escritos del foro los abogados cuando, como resulta cada vez más habitual, se trata de realizar interpretaciones extensivas de los tipos penales, como la que recientemente se ha pretendido realizar en España respecto del concepto de violencia¹.

Sin embargo, en el nuevo Derecho penal simbólico en el que nos hallamos inmersos hoy en día, que suma el populismo punitivo al hecho de que las modificaciones en materia de delitos y penas no exigen un incremento del gasto², el fundamento de punición es la prevención general positiva, en la que el principio de intervención mínima ya no es un principio de aplicación prioritaria.

El principio de intervención mínima, como su propio nombre indica, es un principio y no una regla, de forma que su aplicación es completamente contingente. La exigencia de taxatividad y la

1 Véase, en relación con el delito de rebelión, J. BOIX REIG Y J. MIRA BENAVENT, “*Reflexión sobre el concepto de violencia en derecho penal*”, *RJC* 1 (2019): 1-16; y en relación a la conocida como sentencia del “procés”, J. MIRA BENAVENT Y J. BOIX REIG, “A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 82-83 (2019), p. 128 *passim*, en cuanto a la violencia respecto del delito de sedición.

2 *Vid.* en este sentido, la redacción actual del artículo 135 de la Constitución Española, el artículo 111 del Reglamento del Congreso de los Diputados y la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en su redacción vigente a día de hoy.

Así, en el actual contexto de contención del gasto resulta mucho más sencillo adoptar cualquier clase de medida legislativa que no suponga incremento del déficit del Estado, a pesar de que ese tipo de medida tenga poca o ninguna influencia en la resolución de los problemas de los ciudadanos. El resultado es que la modificación de la legislación penal es una forma “barata” de afrontar cualquier tema que se pretenda regular, a pesar de que la eficacia de las normas penales para influir en la conducta de los ciudadanos resulta una cuestión que se halla todavía por dilucidar.



prohibición de la analogía son limitaciones desde el punto de vista de la creación del derecho a través de la interpretación del mismo, pero esa limitación es cada vez menos importante por el papel cada vez más relevante de las interpretaciones extensivas. En cualquier caso, la exigencia de taxatividad no afecta a la creación de nuevas normas punitivas, lo que explica el cada vez mayor número de tipos cuya antijuridicidad material es cada vez más discutible³.

Pero puede que el problema se encuentre en el hecho de que utilizamos una terminología que quizá ya no sea la adecuada. La relativización del concepto de bien jurídico protegido, con una huida del concepto material de bien jurídico a un concepto formal del mismo, está multiplicando los objetos de protección y convirtiendo el derecho penal en una herramienta más de regulación normativa, cuando lo cierto es que no lo debiera ser. En este fenómeno juega un papel cada vez mayor el Derecho penal *derivado*, es decir, la normativa penal que se genera como consecuencia, o con la excusa, de la aplicación de las normas provenientes de la Unión Europea⁴.

En este contexto, un fenómeno cada vez más habitual es la huida desde el derecho administrativo hacia el derecho penal; fenómeno en el que ya hace años que el derecho penal medioambiental juega un papel muy destacado, y cada vez se extiende a áreas más amplias de la actuación administrativa⁵. Creo que la contaminación acústica se puede tomar como un supuesto

3 Un ejemplo destacado es la nueva definición de terrorismo que realiza la redacción del artículo 373 del Código penal introducida en España por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que amplía los contornos del concepto de terrorismo hasta el punto de desdibujarlos. Un resumen de la evolución de los delitos de terrorismo en España puede hallarse en E. GÓRRIZ ROYO, “*Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo?*”, *RECPC* 22-01 (2020), p. 26 *passim*. Éste es el último trabajo publicado por la autora, a quien hemos perdido muy recientemente: una trabajadora incansable del Derecho penal y, sobre todo, una persona realmente entrañable, que es lo que de verdad cuenta en la vida.

4 Se trata ésta de una tendencia que se inició ya hace mucho tiempo y, precisamente, con la normativa medioambiental como principal protagonista. Así, fue el TJUE quien irrumpió de forma inopinada en el Derecho penal de los estados miembros al señalar, que, pese a carecer de una competencia general para legislar en materia de Derecho penal, éste puede ser utilizado como un medio para asegurar la efectividad y el carácter armonizado de la normativa comunitaria en los países miembros. Véase, en este sentido, la STJUE de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, asunto Comisión vs Consejo, que anulaba la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal, por considerar que invadía la competencia de la Comunidad Europea en materia medioambiental.

Se debe señalar especialmente el párrafo 48 de la sentencia, del que se deduce el carácter instrumental que el TJUE asigna al derecho penal como elemento de cierre de una competencia genérica, y que abrió la puerta a la competencia de la Unión Europea en el establecimiento de normas penales, a las que asigna además un carácter “funcional” - en sus términos luhmannianos más estrictos-.

Sobre el desarrollo histórico de la competencia para la creación de normas penales por parte de la Unión Europea, véase V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009, p. 65 *passim*.

5 Un buen ejemplo de extensión del Derecho penal a toda la actuación administrativa son los procedimientos penales por fraccionamiento de contratos. Así, comienza a ser habitual la interposición de querrelas por prevaricación, malversación de caudales o tráfico de influencias en relación con estas conductas, normalmente iniciadas por rivales políticos que, además, cuando gobernaban llevaban a cabo conductas de la misma índole.

Parece claro que muchas de esas conductas constituyen irregularidades administrativas, pero tampoco hay duda de que muchas de ellas no se merecen salir de ese ámbito concreto, y que las mismas se producen en su mayor parte por la complejidad de la actual normativa en materia de contratos de los entes públicos, por un lado; y, por el otro, por la deficiente organización administrativa de la que adolecen la mayor parte de los órganos administrativos de nuestro país: entidades locales, comunidades autónomas y gobierno central. Existen múltiples mecanismos de carácter administrativo que pueden y deben ser usados para evitar esta clase de irregularidades, siendo el primero de ellos la actuación de los



paradigmático del fracaso en España del derecho administrativo que determina una huida absurda hacia el derecho penal, y trataré de explicar por qué.

No hay ninguna duda sobre la importancia del problema de la contaminación acústica, ni sobre los efectos que este problema puede suponer para la salud de las personas. En este sentido, se hallan ampliamente probados los efectos nocivos que la contaminación supone para la salud, sobre todo, los producidos como consecuencia de las alteraciones del sueño⁶. No hay que olvidar que incluso la privación del mismo ha sido considerado un método de tortura de gran efectividad, con consecuencias perjudiciales para el bienestar físico y mental de las personas sometidas a estos métodos de maltrato⁷. Cuestión distinta es la necesaria prueba que debe existir sobre estas cuestiones, así como sobre la gravedad de la inmisión, por cuanto el proceso penal debe hallarse en todo caso revestido de una serie de garantías, entre ellas, la presunción de inocencia, que deben respetarse en todo caso.

Por otro lado, debe ser puesto de manifiesto que la sociedad española es una sociedad extraordinariamente tolerante con el ruido, y esto tiene reflejo en nuestra legislación sobre contaminación acústica, tanto en la nacional como en la de las Comunidades Autónomas, de forma que esa misma normativa sobre contaminación acústica sitúa, en ocasiones, el derecho al ocio sobre el derecho al descanso, permitiendo la posibilidad de que cualquier autoridad – *v.gr.* cualquier alcalde- pueda dejar sin efecto la aplicación de dicha normativa para la celebración de eventos festivos. Un ejemplo de aplicación de esta normativa son los festivales de música que se desarrollan durante todo el año, pero sobre todo durante los meses de verano⁸.

órganos de intervención y las auditorías, cuya actuación es, a menudo, *a posteriori*, una vez iniciados los procedimientos penales y, por ello, puramente defensiva.

Es cierto que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que limitan el alcance del uso del derecho penal en esta clase de situaciones, delimitando los supuestos cuyo injusto puede resultar relevante para el derecho penal, pero es cierto, asimismo, que existen otros pronunciamientos de signo contrario que tienden a ampliar la aplicación del Derecho penal a conductas de este tenor lo que me parece un error.

6 WHO (Regional Office for Europe), *Burden of disease from environmental noise. Quantification of healthy life years lost in Europe*, Copenhagen, 2011, p. 3, en la cual se señala que los riesgos de la contaminación acústica para la salud se concretan, fundamentalmente, en enfermedades cardiovasculares, deficiencias cognitivas para el aprendizaje en menores, alteraciones del sueño (que pueden dar lugar, a su vez, a un rosario de otras enfermedades relacionadas con la propia alteración del sueño, y que incluyen los problemas cardiovasculares ya expuestos, pero también muchos otros), *tinnitus* y molestias originadas por el ruido.

7 E. CAKAL, “*Befogging reason, undermining will: Understanding sleep deprivation as torture and other ill-treatment in international law*”, *TORTURE*, 29 (2019): 11-22.

8 Así, la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica, de la Generalitat Valenciana, de aplicación en la Comunidad Valenciana, establece en la Disposición adicional primera de denominada “Situaciones especiales”:

“1. La autoridad competente por razón de la materia a que pertenezca la fuente generadora del ruido o vibraciones podrá eximir, con carácter temporal, del cumplimiento de los niveles de perturbación máximos fijados en la presente Ley en determinados actos de carácter oficial, cultural, festivo, religioso y otros análogos”.

Esto significa, en *román paladino*, que la autoridad administrativa tiene capacidad para eliminar las restricciones en materia de contaminación acústica en los momentos en que estime pertinente, competencia que, por su redacción, puede utilizar cualquier Alcalde – la legislación valenciana sitúa el núcleo de la competencia en materia de contaminación acústica en los Ayuntamientos-, en términos de una amplitud y vaguedad tal que han permitido toda clase de actuaciones carentes del necesario control.



Otro elemento que debe ser destacado es que la aplicación de la normativa de contaminación acústica ha quedado en manos de los ayuntamientos. Esto, que parece muy razonable en tanto que se trata de la administración que se encuentra más cercana a los ciudadanos y, en consecuencia, la que parece más adecuada para reaccionar tempranamente a los problemas de contaminación acústica – sobre todo si tenemos en cuenta que la mayor parte de los problemas derivan de actividades para cuya funcionamiento se depende de licencias municipales-, se convierte en realidad en un problema más para la aplicación de la normativa contra la contaminación acústica.

Los problemas que han surgido son de una naturaleza variada. En primer término, la dificultad inicial que surgió fue la ausencia de personal competente y de material adecuado para realizar las mediciones acústicas que exige la normativa administrativa para el control de las diferentes actividades, tanto para la autorización de las actividades como, más tarde, para su control. Este problema provenía, en los municipios más pequeños, de la inexistencia de personal técnico especializado para realizar este tipo de mediciones, así como por la ausencia de sonómetros homologados y verificados correctamente para las mismas: pocos de dichos municipios contaban con los medios suficientes para aplicar correctamente la normativa.

La excesiva amplitud de esta cláusula ha motivado su reciente modificación por medio del art. 83 de la Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, para tratar el creciente problema de la proliferación de festivales de música que ha invadido casi todas las zonas de playa de la Comunidad durante el verano. Se ha añadido el siguiente texto al anterior párrafo:

“En estos últimos se consideran comprendidos los acontecimientos musicales que se celebren en la Comunitat Valenciana, a los cuales se exigirá que dispongan de marca turística contemplada en la normativa autonómica y que adopten las mejores tecnologías disponibles a fin de reducir los niveles de ruido transmitido a los receptores más próximos que, en ningún caso, podrán superar los límites máximos establecidos en la correspondiente resolución específica”.

Es decir, se establecen algunas restricciones específicas en materia de eventos musicales mediante la introducción de la referencia a “las mejores tecnologías disponibles”, pero deberá ser la resolución específica la que establezca el límite máximo – distinto del que fija la Ley-. El problema, como siempre, es el control sobre estos límites.

La legislación nacional, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, prevé una disposición parecida en el apartado 1 del artículo 9:

“1. Con motivo de la organización de actos de especial proyección oficial, cultural, religiosa o de naturaleza análoga, las Administraciones públicas competentes podrán adoptar, en determinadas áreas acústicas, previa valoración de la incidencia acústica, las medidas necesarias que dejen en suspenso temporalmente el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que sean de aplicación a aquéllas”.

Como se puede ver, se trata de una disposición muy parecida a la valenciana, excepto por el hecho de que interesa que los actos que den lugar a la suspensión temporal sean “**de especial proyección**”, algo que no exige la normativa autonómica.

Sin embargo, el núcleo del problema (la vaguedad y amplitud de los supuestos y la posibilidad de que cualquiera pueda, *de facto*, “derogar la ley”) existe tanto en la disposición autonómica como en la nacional.

Esta cuestión, dado que implica una autorización de carácter administrativo para superar los límites legales, tiene también su interés para la aplicación de los delitos de prevaricación medioambiental, que trataremos en el último punto.

Sobre esta cuestión, *vid.* SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA, *Informe especial a les Corts Valencianes sobre la Contaminación acústica en la Comunitat Valenciana*, Febrero 2019, pp. 79-80 (en <https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2020/02/informe-especial-contaminacion-acustica-comunitat.pdf>, consultado por última vez el 28.02.2020), en el que se hace una reflexión crítica parecida a la que se plantea en el texto:

“15. La celebración de las fiestas locales y los espectáculos en la vía pública (conciertos, verbenas, etc.) no debe entenderse como un derecho a generar ruido sin límite alguno.

Estas actividades generan muchas quejas en materia de contaminación acústica. En parte, porque existe una excepción legal que parece permitir que «todo vale», que son fiestas y que se puede molestar porque no hay ningún límite que lo impida.



Este problema se extendía a la mayor parte de municipios, incluyendo a las capitales de provincia, cuando se trataba de la realización de mediciones de actividades que reciben quejas por incumplimiento de los límites acústicos fijados por la Ley en horario nocturno⁹: los ingenieros municipales no solían acudir a realizar esta clase de mediciones. En su lugar, se remitía a funcionarios de la policía local, los cuales, con mayor voluntad que conocimientos de acústica, realizaban las mediciones. Esto daba lugar, en ocasiones, a que dichas mediciones no fuesen válidas, al menos, en el ámbito administrativo, un problema que, como veremos, no ha sido un obstáculo para la condena en el ámbito penal en muchas ocasiones, con los consiguientes problemas para el derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁰.

El segundo problema es de carácter eminentemente político, y tiene que ver con la dificultad con la que se encontraban los representantes políticos, sobre todo, en el ámbito municipal, para conciliar los intereses de una mayoría de los ciudadanos que exigía la existencia de zonas de ocio en el interior de la ciudad, incluyendo los propios propietarios de las zonas de ocio, frente a aquellos ciudadanos que sufrían las consecuencias de esas zonas de ocio, normalmente una minoría, pero que

9 Como es lógico, es en horario nocturno cuando el nivel sonoro máximo permitido de inmisión es más bajo, y éste suele establecerse en la mayor parte de las normas vigentes en España en el límite de 30dB(A), o en incluso en 25 dB (A). Esto es lo que sucede, por ejemplo, en la normativa estatal, la cual establece, en la Tabla B2. “Valores límite de ruido transmitido a locales colindantes por actividades” del Anexo III del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, que en los supuestos de locales colindantes – que el art. 24 del citado Real Decreto como aquellos respecto de los que “en ningún momento se produce la transmisión de ruido entre el emisor y el receptor a través del medio ambiente exterior”- establece un límite máximo de inmisión de 25 dB(A) para dormitorios y un límite de 35 dB(A) para el resto de estancias del domicilio. Se debe señalar que esta legislación distingue entre horario de tarde (19:00 a 23:00) y horario de noche (23:00 a 07.00), en la hora local (Anexo I, A.1.b) del Real Decreto). En la ley catalana, la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica, y anexos modificados conforme el Decreto 176/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley, se establece en el Anexo 4 como valores límites de inmisión los de 30 dB(A) y los de 25 dB (A) para dormitorios en período nocturno (que se define de 23:00 a 07.00). En la Comunidad Valenciana, la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, se establece como límites de inmisión en el ambiente interior los 30 dB(A) en período nocturno para todas la piezas de la vivienda (Anexo II, Tabla 2 de la Ley), definiendo dicho período nocturno de 22:00 a 08:00 (art. 7.3 de la Ley).

10 Podemos citar el caso de la STS 1091/2006, de 19 octubre, Recurso 1973/2005 -Ponente Exemo. Sr. José Antonio Martín Pallín). En este supuesto la Sentencia 34/2004, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón absolvió a todos los acusados tras afirmarse, en los hechos probados, que no se podía concretar que los ruidos objeto del procedimiento proviniesen de la empresa ROCERSA, conforme a los informes periciales aportados, y haciendo constar en esos mismos hechos probados que

“No se han practicado mediciones sonométricas que resulten fiables y permitan concluir con seguridad que los niveles sonoros alcanzados en Villareal, y en concreto emitidos por la mercantil Rocersa, pudieron afectar gravemente a la salud de las personas.

No consta que D. Antonio Flich Ripollés y D^a Concepción Capella Pérez sufrieran perturbaciones de carácter físico o psíquico como consecuencia del ruido percibido en su vivienda sita en la Partida Madrigal”.

No obstante, la referida sentencia del Tribunal Supremo modificó los hechos probados y, sin práctica de prueba alguna y valorando la prueba practicada en la instancia sin intermediación, condenó a todos los acusados. El TC inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del TS, por lo que se interpuso demandante ante el TEDH, que consideró en la STEDH de 27 de noviembre 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García vs. España, que el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia de los acusados por las razones expuestas. Como consecuencia de dicha sentencia del TEDH, la STS 1091/2006, de 19 de octubre fue objeto de un recurso de revisión, y así mediante la STS 633/2015, de 23 de octubre, que resolvió dicho recurso, se anuló la sentencia de casación y la segunda sentencia condenatoria, recobrando plena vigencia la sentencia de instancia de carácter absolutorio.

Sin embargo, y como veremos, no en todos los casos prevalecen los derechos fundamentales de los ciudadanos.



tenía la ley de su lado. El resultado es que los representantes políticos, que por definición actúan con la finalidad de ser reelegidos, y favorecen la voluntad de la mayoría, suelen soslayar el problema hasta que el mismo se convierte en insoslayable, sea en la forma de procedimientos administrativos o en procedimientos penales iniciados por los afectados. Por ello, la situación de la resolución del problema en la propia administración local no parece la mejor de las ideas, porque su cercanía al problema dificulta la actuación de las autoridades¹¹.

También ha existido cierta controversia respecto a la reacción jurídica que los ayuntamientos debían llevar a cabo en caso de vulneración de la normativa de contaminación acústica. Así, la práctica habitual de los ayuntamientos desde el inicio fue la imposición de sanciones por la vulneración de la normativa en materia de contaminación acústica y la adopción de medidas correctoras para el cumplimiento de dichas medidas. Sin embargo, pocas veces se optó por la revocación de las licencias, con apoyo, en muchas ocasiones, de los propios tribunales¹², lo que ha supuesto en muchas ocasiones un “juego del rato y el ratón” entre la administración y los titulares de la actividad. Y en esta clase de situación la administración siempre tiene las de perder, porque la administración no tiene ni las condiciones ni la voluntad de actuar con agilidad: organizada como pequeños reinos de taifas, en los que cualquier trámite requiere la intervención de responsables y subresponsables sin funciones bien definidas, con unos funcionarios cuyo trabajo no se halla orientado por objetivos y no existe responsabilidad individual por cada procedimiento, sino una de carácter colectivo que recae sólo sobre los jefes políticos y sobre las arcas de la administración – en forma de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración, en los casos en que la administración debió actuar y no lo hizo¹³– resulta imposible exigir responsabilidades salvo a los responsables políticos.

Con estos antecedentes, se puede pensar que la solución es que las propias autoridades autonómicas tomaran cartas en el asunto. Sin embargo, esto tampoco se ha mostrado como una solución efectiva, sino que más bien es el cuarto problema. Así, en el caso de la Comunidad Valenciana, en la que la competencia sancionadora en materia de contaminación acústica corresponde con carácter general a los ayuntamientos – con una competencia subsidiaria del Conseller de la materia, para los casos en que el ayuntamiento no sancionaba-, pero la competencia para sancionar en materia de incumplimiento de horarios recae en la Comunidad Autónoma – cuestión especialmente relevante

11 *Ibidem*, p. 79.

12 Éste es, aunque parezca paradójico, uno de los motivos de la huida del derecho administrativo al derecho penal, porque a pesar de que resulta evidente que en la mayoría de las ocasiones las resoluciones de los tribunales del orden contencioso-administrativo suelen respaldar las decisiones de la administración, los tribunales del orden contencioso-administrativo son más garantistas que los propios tribunales penales, lo que, lamentablemente, dice poco a favor de estos últimos.

13 Existe una amplia jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por funcionamiento anormal, como consecuencia de la falta de actuación en materia de contaminación acústica, incluyendo sentencias del TEDH en las que se condena al estado español por vulneración del art. 8 CEDH por la pasividad de las autoridades municipales, y en las que cabe citar, entre las más recientes Sentencias de 16 de noviembre de 2004, caso Moreno Gómez vs. España, y más recientemente, en la de 16 de enero de 2018, caso Cuenca Zarzoso vs. España, referidas ambas al Ayuntamiento de Valencia. Son numerosas las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos en este mismo sentido.



en los supuestos de declaración de Zona Acústicamente Saturada¹⁴, en los que la ley prevé una limitación muy relevante de horarios para las actividades contaminantes-, la actuación de la Comunidad Autónoma ha sido inexistente. Lo mismo ha sucedido con el ejercicio subsidiario de la competencia sancionadora por parte de la Comunidad Autónoma. Esa ausencia de actividad por la administración autonómica da lugar a la prescripción de una parte muy significativa de los procedimientos¹⁵.

El quinto problema es también de carácter administrativo, pero corresponde a un momento temporal distinto, que es el de la construcción de la vivienda, y tiene que ver con la existencia de un parque de viviendas significativo que carece de un aislamiento acústico efectivo. Esto se debe, por un lado, a la antigüedad de las viviendas – porque son anteriores a la existencia de una normativa en materia de aislamiento acústico, y porque la tecnología en materia de aislamiento ha evolucionado pero las viviendas no se han adaptado al mismo- y, por el otro, a la ausencia de un efectivo control

14 Las zonas acústicamente saturadas (art. 28 de la Ley Valenciana), también denominadas zonas de protección acústica especial por la ley estatal (art. 25 Ley 37/2003) y zonas acústicas de régimen especial por la ley catalana (art. 8 Ley 16/2002, de Protección contra la Contaminación Acústica de la Generalitat de Catalunya) son espacios que, por su excesiva contaminación ambiental, normalmente causadas por la concentración de actividades que generan molestias acústicas (normalmente, locales de ocio) reciben un declaración administrativa como tales, adoptándose medidas administrativas para mejorar dicha situación: limitación de licencias a nuevos locales, limitación significativa de horarios de apertura muy por debajo de los de otras zonas, retirada de terrazas de bares y cafeterías, etc. A todo ello se suma un control intensivo del cumplimiento de las medidas de insonorización de los locales, de los horarios de cierre, y del resto de requisitos administrativos por parte de la policía local y los técnicos municipales. Esa declaración se obtiene tras sondeos acústicos realizados durante varias semanas, y sólo puede retirarse si, tras la adopción de dichas medidas, la mejora de la situación persiste en el tiempo. Lo que se consigue con ello es eliminar lo que vulgarmente se denomina zona de ocio mediante el cierre de los locales, porque los clientes se dirigen a zonas donde los horarios de apertura son más amplios, y quienes los regentan, en muchas ocasiones, no pueden afrontar los gastos de insonorización ni el descenso de ingresos por la reducción de clientela.

15 *Ibidem*, p. 82. Sobre este particular, el informe señala:

“19. La prescripción de las infracciones graves y muy graves por falta de medios para tramitar los correspondientes expedientes sancionadores es inaceptable porque genera una impunidad injustificable.

Teniendo en cuenta lo informado por el Ayuntamiento de València y la Dirección General de la Agencia de Seguridad y respuesta a las Emergencias de la Generalitat Valenciana, la atribución legal de la competencia sancionadora de las infracciones graves y muy graves a la Administración autonómica junto con la insuficiencia de medios autonómicos para tramitar todas las actas de Informe especial a les Corts Valencianes sobre la contaminación acústica en la Comunitat Valenciana denuncia, está provocando una situación inaceptable: la prescripción de un 30 al 40% de las actas de denuncia referidos a locales de la ciudad de València en los últimos tres años (2015, 2016 y 2017).

El Ayuntamiento de València nos dice que «viene reclamando desde hace años hacerse cargo de dichas denuncias para poder ejercer una verdadera labor policial y sancionadora completa que permita concienciar a los infractores que deben respetar las normas en vigor. Hasta el momento no se ha conseguido» y la Dirección General de la Agencia de Seguridad y respuesta a las Emergencias de la Generalitat Valenciana, nos aclara que «se trata de una cuestión que está, ahora mismo, siendo objeto de estudio y consideración por los órganos competentes».

Esta institución considera que la prescripción de las actas de denuncia es un problema muy grave, ya que genera una impunidad injustificable. El infractor no tiene interés en cumplir la ley porque, sencillamente, no pasa nada. Esta situación está agravando todavía más la contaminación acústica existente.

Por ello, es necesario adoptar medidas con urgencia para evitar que sigan prescribiendo las actas de denuncia por infracciones graves y muy graves, bien atribuyendo legalmente la competencia sancionadora a los ayuntamientos, al menos, a los que funcionan en régimen de gran población, bien incrementando notablemente los medios económicos, técnicos y personales de la administración autonómica”.

Aunque ya han transcurrido algunos años desde la última vez que he intervenido como abogado en este tipo de asuntos, no me sorprende comprobar que los problemas que se dan en la práctica son exactamente los mismos, y que la administración, al menos la valenciana, ha sido incapaz de avanzar un ápice en su estrategia para afrontar el problema del ruido.



administrativo sobre el aislamiento de la vivienda, ni siquiera cuando la normativa existe. Así, en España existe normativa sobre aislamiento acústico desde el año 1981¹⁶, cuyos requerimientos se han ido incrementando con el tiempo hasta llegar al actual Documento Básico HR de Protección contra el Ruido¹⁷, pero el aislamiento acústico y, con carácter general, la calidad constructiva de las viviendas, continua siendo muy deficiente. Esto, en parte, ha sido la consecuencia de un mercado de la vivienda en constante burbuja, que exigía la rápida construcción de vivienda que se vendía en todo caso, y a precios altos, por cuanto el precio de la vivienda estaba condicionado sobre todo por el precio del suelo, y en el que el control administrativo de esa vivienda terminada era muy laxo.

Un factor de gran importancia para esta cuestión es que España es un país con unas regiones con un clima cada vez más cálido. Esto implica que la forma más habitual de combatir el calor en verano en las viviendas, es decir, la apertura de las ventanas para refrescar las estancias, inutiliza por completo las medidas contra la contaminación acústica. No sólo porque de esa forma se neutraliza el aislamiento acústico, sino también porque la normativa administrativa en materia de contaminación acústica exige, como es lógico, que las mediciones se realicen con puertas y ventanas cerradas. Con los mismos niveles de emisión e inmisión sonora en verano y en invierno, esto obliga a quien no quiere sufrir niveles superiores de inmisión a encerrarse en casa y utilizar el aire acondicionado, que a su vez es una fuente de emisión sonora, contribuyendo a una mayor gasto energético e incrementando la temperatura media de las ciudades. En otro caso, se debe sufrir la molestia proveniente del ruido sin que quepa adoptar medidas de restricción.

Esto resulta extraordinariamente relevante en zonas de segunda residencia de verano, en las que las actividades de ocio suelen funcionar precisamente durante la temporada estival, coincidiendo con el uso más intensivo de dichas viviendas. Asimismo, la tramitación de los expedientes administrativos respecto de este tipo de viviendas se ve habitualmente dificultada porque, al tratarse de segundas residencias, se dilatan los trámites necesarios para la aplicación de la normativa en materia de contaminación acústica, con problemas derivados de la ausencia de respuesta a las notificaciones, imposibilidad de realizar mediciones de contraste, etc.

Todas las circunstancias expuestas ponen de manifiesto las razones por la que el derecho administrativo ha fracasado en la gestión de la contaminación acústica, y ha dado lugar a que, en muchas ocasiones, la aplicación del derecho penal sea la única respuesta. Y esto es un error, porque

16 Real Decreto 1909/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba la Norma Básica de la Edificación NBE-CA-81, sobre condiciones acústicas en los edificios. Con carácter previo existió una normativa de aislamiento aplicable a las viviendas de protección oficial, que no distinguía entre aislamiento acústico y aislamiento térmico, y que no cuantificaba ni uno ni otro desde una perspectiva técnica (véase Ordenanza 25ª B) de la Orden ministerial de 20 de mayo de 1969 que aprueba las Ordenanzas Provisionales de Viviendas de Protección Oficial, el texto de las Ordenanzas Técnicas y Normas Constructivas para viviendas de renta limitada, modificada por Orden de 4 de mayo de 1970 por la que se modifican las Ordenanzas Provisionales de Viviendas de Protección Oficial, aprobadas por la Orden de 20 de mayo de 1969).

17 Que forma parte del Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo, fecha a partir de la cual han venido sucediéndose diferentes actualizaciones. El articulado de este Documento Básico fue aprobado por el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre y posteriormente ha sido modificado por las disposiciones siguientes: Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1371/2007, Orden VIV/984/2009, de 15 de abril y Real Decreto 732/2019 de 20 de diciembre.



esa respuesta es lenta¹⁸, insatisfactoria para todos los implicados y, en ocasiones, además, extraordinariamente injusta. Y la razón es sencilla: el derecho penal no tiene como objetivo regular conductas, sino castigar atentados a bienes jurídicos, es decir, intervenir cuando no haya otra forma de actuación. Por más que el uso del derecho penal tenga claros efectos simbólicos – para quienes entiendan que esto justifica la imposición de una pena-, las penas impuestas en estos supuestos no solucionan los problemas de contaminación acústica con los que los ciudadanos se enfrentan a diario.

Muchas de las cuestiones expuestas, sobre todo las que tienen que ver con el funcionamiento de la administración española, resultan perfectamente aplicables a muchos otros supuestos de incumplimiento de normativa medioambiental. Sólo la situación de incumplimiento de normativa medioambiental en materia urbanística tiene perfiles propios, más relacionados con delitos contra la administración pública que con el derecho penal medioambiental.

2 La contaminación acústica como delito contra el medio ambiente en España.

a) Una cuestión teórica con efectos prácticos: la naturaleza del tipo de injusto en los delitos contra el medio ambiente desde una perspectiva dinámica.

Hace años, y antes de que el TS estableciese con claridad que el delito contra el medio ambiente del artículo 325 Cp¹⁹ no era un delito de peligro concreto²⁰, sino un delito de peligro abstracto o

18 La duración de los procedimientos en la jurisprudencia analizada para la realización de este trabajo, más de veinte resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, es en su mayor parte de, al menos, 6 años hasta el dictado de sentencia firme. En muchas de esas sentencias se aplica ya por el tribunal de instancia la atenuante de dilaciones indebidas, porque el procedimiento durante la instrucción ya ha tenido una duración significativa. Y estamos dejando fuera todos aquellos supuestos que, no siendo de aplicación las agravaciones del artículo 326 del Código penal, por la pena aplicable eran competencia del Juzgado de lo Penal, y en los que únicamente cabía recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por cuanto hasta la modificación del art. 325 Cp realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la pena máxima del delito, también en los casos de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas era de 5 años (art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en estos supuestos la duración de los procedimientos tenía una duración también prolongada. En este sentido, en los asuntos en los que he participado como abogado, y de cuyo enjuiciamiento se ocupó el Juzgado de lo Penal, el período transcurrido entre el inicio de los hechos y el enjuiciamiento de los mismos era superior en todo caso a los diez años. En cuanto a la duración de los procedimientos, oscila entre los 6 y los 9 años. Esto pone de manifiesto, con total claridad, que la respuesta penal, por definición, resulta inadecuada, aunque sólo sea por el hecho de que llega tarde.

19 El tipo básico del delito contra el medio ambiente se halla recogido en el art. 325 del Código penal. El mismo ha tenido históricamente las siguientes redacciones. En primer lugar, la realizada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor desde el 24 de mayo de 1996, que tenía el tenor siguiente:

“Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o



depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

Dicho precepto fue modificado por el art. único.118 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, convirtiéndolo en el apartado primero del precepto, y añadiéndose un segundo apartado que incluía la emisión de radiaciones ionizantes:

“2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años”.

Esta redacción se modifica de nuevo por el art. único.92 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en la cual se elimina el apartado relativo a las radiaciones ionizantes (que se traslada al artículo 343 Cp, dedicado a los delito de riesgo catastrófico), pero se eleva la pena mínima del delito de seis meses a dos años, y la pena máxima del mismo de cuatro a cinco años, sin realizar cambio alguno a la conducta típica (aunque se clarifica que en el concepto de aguas marítima, incluyéndose el término “alta mar”, es decir, se aclara que se sostiene una tipificación de la contaminación extraterritorial, cuando la persecución penal sea posible conforme la Ley Orgánica del Poder Judicial), de forma que cualquier condena por este delito podía dar lugar, si no eran aplicables circunstancias atenuantes, a la entrada en prisión, por cuanto el límite para la suspensión y la sustitución está en la imposición de una pena de 2 años.

“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

El precepto sufrió su última modificación mediante el art. único.173 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. En esta última modificación se añade un nuevo tipo básico, convirtiéndose el actual tipo básico en un tipo agravado, e incrementándose la pena para el supuesto de grave perjuicio para la salud de las personas, que ahora va de la mitad superior de la pena del tipo agravado hasta la pena superior en grado (de 5 años a 7 años y 6 meses de prisión).

“1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

20 Una parte de la doctrina, junto con la jurisprudencia, interpretaba, desde la introducción del delito contra el medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico, que dicho delito era de peligro concreto, por cuanto sólo de esa forma se respetaban las exigencias de lesividad ante un precepto, el art. 347 bis del Código penal de 1973 (introducido por el art. primero de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal) que ya tenía problemas de vaguedad en ese momento. Véase, en este sentido, J. BOIX, “*Delitos de riesgo en general (Continuación). Delitos contra el medio ambiente*”, T.S. VIVES ANTÓN, J. BOIX REIG, E. ORTS BERENGUER, J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1993, p. 380; también Rodríguez Devesa, que se remite a los debates parlamentarios, J.M. RODRÍGUEZ DEVESEA Y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español: Parte especial*, Dykinson, 1995, p. 1108.

Esa doctrina siguió manteniendo esa misma postura con la aprobación del art. 325 Cp – y sus incluso mayores problemas de taxatividad-, y coincidiendo también con la jurisprudencia, aunque con una notable parquedad



“hipotético”²¹, ya puse de manifiesto en un artículo anterior, por un lado, que cuando los tribunales condenaban por un delito contra el medio ambiente por la existencia de un peligro en concreto en usualmente sólo existía prueba de la existencia de un delito de peligro abstracto²²; por el otro, puse también de manifiesto las dificultades de determinación del contenido del injusto que se derivaban del establecimiento de un elemento normativo para el que no existían referencias concretas, y que debía ser concretado contextualmente, dificultando así la concreción de un contenido autónomo, propio de la infracción penal, y su distinción respecto de las infracciones administrativas²³.

Así, señalaba en aquel lugar que:

argumental, J. BOIX REIG Y A. JARENO LEAL, “Comentario al artículo 325 Cp”, en VIVES ANTON, T. S., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. 11, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1.598.

Sin embargo, como después señalaré, a pesar de que la jurisprudencia en ese momento exigía que el peligro fuera concreto, en realidad la prueba que se exigía era sólo del peligro abstracto.

21 El TS manifiesta lo siguiente sobre la naturaleza de delito de peligro del delito medioambiental en la STS 713/2014 de 22 octubre, Recurso de Casación 811/2014 (Ponente:Excmo Sr. Luciano Varela Castro):

“Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala - SS 11-3-1992 , 16-12-1998 , que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001 (RJ 2001, 1240), 30-1 - 2002 y 26-6-2002 -, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido . En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

En nuestra STS 141/2008 de 8 de abril , establecimos que la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente ex ante.

Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que, después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (STS nº 388/2003, de 1 de abril Aunque no siempre se haya coincidido en la configuración esta modalidad típica. Puede consultarse la STS 840/2013 de 11 de noviembre o la nº 838/2012 de 23 de octubre).

De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido. Pero cuando consta tal potencialidad, y no se prueban circunstancias que la conjuren, este presupuesto objetivo del tipo penal ha de tenerse por concurrente”

22 E. FRÍGOLS I BRINES, “La prueba en el delito medioambiental: Artículo 325 del Código penal”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 12 (2004), p. 72, en el que se pone de manifiesto el carácter irrelevante del debate sobre la naturaleza de peligro abstracto o concreto del resultado de peligro del tipo penal, cuando resultaba evidente que el resultado probatorio para afirmar la existencia de uno o de otro era el mismo.

A partir de ahí resultaba natural que el TS acabase interpretando que el delito sólo exigía un resultado de un peligro hipotético o abstracto, y no un peligro concreto, como luego ha confirmado en una jurisprudencia consolidada. Cabe citar, únicamente entre las más recientes que se ocupan de la contaminación acústica, la STS 431/2018 de 27 septiembre, Recurso de Casación 1701/2017 (Ponente:Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta), STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente:Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro) y la STS 557/2015 de 6 octubre, Recurso de Casación 538/2015 (Ponente:Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano), entre otras muchas resoluciones.

23 E. FRÍGOLS I BRINES, “La prueba...”, p. 76.



“La principal fuente de indeterminación del precepto se debe al uso de la proposición "equilibrio de los sistemas naturales". La razón para ello es que tanto la naturaleza del peligro como su gravedad se encuentran últimamente referidos a dicha proposición. Proposición de la que caben interpretaciones muy diversas.

Cabe interpretarla, en primer lugar, desde una perspectiva radicalmente ecocéntrica, a partir de la cual se puede entender que la expresión "sistema natural" es un sinónimo del término "ecosistema", empleado en biología. Ello significaría que el precepto protege-según una parte de la doctrina, y según la jurisprudencia dominante- mediante una infracción de peligro abstracto las afectaciones a cualquier ecosistema terrestre, al menos, de los presentes en territorio español. Lo que significaría castigar como delito medioambiental incluso la puesta en peligro de la fauna microbiana nociva para el ser humano (...). Por el contrario, cabe interpretar la noción de "sistema natural" en un sentido absolutamente contrapuesto, entendiendo por tal la totalidad del sistema biológico de un lugar o región. Así, únicamente las acciones que pusiesen en peligro grave la totalidad del sistema biológico de un lugar o región podrían entenderse merecedoras del reproche penal que recoge el precepto (...). Estas dos interpretaciones, absolutamente contrapuestas, son ambas posibles con la formulación normativa que recoge el artículo 325 del Código penal, y es precisamente la posibilidad de realizar interpretaciones tan dispares del tipo, lo que determina la radical falta de taxatividad del mismo. Uno de los pilares del principio de legalidad es, precisamente, el hecho de que debe ser el Legislador, como representante de la voluntad popular, quien establezca los límites de la potestad punitiva. Eso no impide que los jueces -de forma irremediable, dada la naturaleza del lenguaje- establezcan la norma concreta que se extrae del precepto legal. Sin embargo, cuando el precepto legal no aporta la mínima univocidad que lleve a determinar cuál es la norma, los jueces no pueden remediar el déficit de taxatividad, puesto que realizarán una tarea que no les compete, sino que pertenece al Legislador.

A mi juicio es esto, precisamente, lo que sucede con el delito medioambiental. No existiendo referentes legales concretos, será la concepción que cada Juez o Tribunal posea de lo que debe ser el medio ambiente lo que determinará en unos supuestos u otros la absolución o la condena. O bien será el perito, si el órgano jurisdiccional decide seguir acríticamente el dictamen de los expertos, y dada la importancia decisiva de la prueba pericial en estos supuestos, quien determine qué concepto de medio ambiente recoge el tipo y, a partir de ahí, si la conducta resulta perjudicial para el equilibrio de los sistemas naturales. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta además que se trata de una de las denominadas "leyes penales en blanco", se puede concluir que existen dudas legítimas sobre la constitucionalidad de este tipo penal por vulneración del principio de legalidad”²⁴.

A los mencionados problemas de taxatividad del tipo penal, se sumó el hecho de que en la modificación sufrida por el precepto mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incrementaba el marco penal de forma muy significativa, aumentando el límite inferior de la pena de prisión de los 6 meses a los dos años y el límite superior de la misma de los 4 a los 5 años, sin

²⁴ *Ibidem*, p. 75-77.



ninguna modificación de la conducta que justificase la imposición de penas más graves. La explicación dada en el preámbulo de la citada Ley Orgánica, en el que se justificaba el incremento de las penas en la adaptación a lo establecido en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, carece por completo de fundamento²⁵. La consecuencia es que la comisión del delito podía llevar a prisión incluso a los delincuentes primarios, lo que da lugar a un planteamiento punitivista poco comprensible, sobre todo si se tiene en cuenta que en materia medioambiental la conductas más dañosas se encuentran justificadas como “riesgo permitido”, porque forman parte de nuestra vida diaria²⁶.

Pues bien, si como hemos visto la determinación de las conductas punibles ya era compleja, como también era compleja la discriminación entre las infracciones administrativas y las penales, dicha tarea se ha vuelto todavía más compleja con la nueva redacción del artículo 325 del Código penal, que regula el delito medioambiental, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dicha modificación añade un nuevo tipo básico²⁷ en el que se castiga con la pena de seis meses a dos años aquellos actos contaminantes que “*por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas*”. Frente a ello, el previo tipo básico pasa a ser un tipo agravado, en el que se mantiene la pena establecida para el tipo básico en la redacción anterior, es decir, para los casos en los que “*las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”.

Finalmente, se separa la conducta consistente en la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, incrementando la pena también respecto de las regulaciones anteriores,

25 El artículo 5 de la citada Directiva únicamente exige la adopción, por parte de los Estados miembros, que los delitos contra el medio ambiente “se castiguen con sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”, de forma que entiendo, junto con la doctrina, que éste no puede ser el motivo para la modificación. Así, C. JUANATEY DORADO Y E. ANARTE BORRALLA, “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, J. BOIX REIG (dir.), *Derecho penal: Parte Especial*, vol. III, Iustel, 2012, p. 135.

Creo que en modo alguno se puede afirmar que las penas existentes con anterioridad no satisfacían los requisitos establecidos por la Directiva.

26 Según la Agencia Europea Medioambiental, en su informe del año 2015 (EEA, *Air quality in Europe — 2015 report*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, p. 44, tabla 9.2) e lo que respecta a España, se atribuye a las partículas de diámetro inferior a 2.5 micrómetros (PM 2.5 µm) un total de 25.500 muertes anuales, 1.800 muertes anuales a la contaminación por ozono (O3), y 5.900 muertes anuales al dióxido de nitrógeno (NO2). Sin embargo, la poca disposición de los Estados, y especialmente de la Unión Europea (léase, Alemania), para afrontar este problema se ha podido observar a la vista de la reacción habida frente al denominado “Dieselgate”.

27 Hay doctrina que contempla este supuesto, no como un tipo básico, sino como un tipo atenuado o privilegiado. Vid. E. GÓRRIZ ROYO, “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (art. 325, 326, 326 bis, 327 y 328 CP)” en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª de. 2015”, p. 97 *passim* (versión electrónica), con base en una interpretación de la enmienda n.º 846 que, sin embargo, no se sostiene con la lectura íntegra del precepto. De hecho, la propia autora lo pone en duda en páginas posteriores. *Ibidem*, p. 978 *passim*. Valorándolo también como un nuevo tipo básico, C. JUANATEY DORADO, “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, J. BOIX REIG (dir.), *Derecho penal: Parte Especial*, vol. II, Iustel, 2020, pp. 939 a 940. Reconociendo que es el planteamiento de la doctrina mayoritaria, y asumiéndolo, P. JERICÓ OJER, “*Análisis de la relevancia penal de contaminación acústica en ámbitos urbanos tras la reforma de los delitos contra el medio ambiente (LO 1/2015, DE 30 DE MARZO)*”, *RECPC* 18-12 (2016), p. 14 *passim*.



porque dicha pena no se limita a imponer la pena superior en grado respecto del tipo agravado (antes tipo básico), sino que ése es ahora el límite inferior, siendo el límite superior la pena superior en grado, lo que nos sitúa en un marco penal que va desde los 3 años y 6 meses de prisión a los 7 años y 6 meses de prisión, aunque el exceso de la mitad superior es potestativo y no obligatorio para el órgano jurisdiccional.

Esta modificación, sobre la que se guarda silencio en la exposición de motivos, añade una todavía mayor complejidad a la hora de establecer cuál es el contenido de la conducta objeto de punición en el art. 325 Cp, no sólo respecto del nuevo tipo básico, sino también respecto del tipo agravado, anterior tipo básico²⁸, por cuanto si en la práctica ya se estaba castigando el mero hecho de realizar vertidos que superan los máximos autorizados por la legislación como delitos contra el medio ambiente²⁹, precisamente con base en la redacción que exige un riesgo de grave perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales, ¿qué sucederá ahora con esas mismas conductas? ¿Se deberán castigar conforme al tipo básico, en el que se equipara el resultado de peligro sustancial al de daño sustancial de las aguas³⁰? ¿O, por el contrario, esas conductas se seguirán castigando conforme al tipo agravado, que lo es solamente, según el TS, de riesgo hipotético?

A mi juicio, esto supone, necesariamente, una reinterpretación del concepto del riesgo de perjuicio del equilibrio de los sistemas naturales en un sentido que vaya más allá del que se ha mantenido hasta el momento, ya que si el tipo básico comprende ya el daño sustancial de la calidad del aire, del agua, de los animales y las plantas, el concepto de “equilibrio de los sistemas naturales” debe ser otro, que implique, por ejemplo un riesgo para los ecosistemas de una determinada zona o región³¹.

Se trata, por tanto, de un problema de reinterpretación del contenido de injusto de los distintos preceptos³², pero, además, de una cuestión de continuidad típica que no es baladí, por cuanto de la respuesta depende una diferencia significativa de pena, siendo así que, adicionalmente, la reforma del Código penal de 2015 podría ser norma más favorable y, por tanto, de aplicación obligatoria por

28 En relación a estas dificultades, *vid.* C. JUANATEY DORADO, “*Delitos contra los recursos naturales ...*”, p. 944 a 945; también J. BAUCCELLS LLADÓS, “*Tentativa inacabada de protección del medio ambiente*”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 1 (2019): 1 – 31.

29 E. FRÍGOLS I BRINES, “*La prueba...*”, p. 77 y 78.

30 Con lo que difícilmente se podrá seguir sosteniendo que se trata de un peligro hipotético, porque aunque resulta absurdo y desproporcionado equiparar la causación del daño al peligro, resulta en todo caso más equiparable el peligro concreto a la lesión que el peligro hipotético.

31 Aunque las interacciones medioambientales tienen un evidente carácter transfronterizo e incluso mundial (*vid.* Ellison, et. al. “*Trees, forests and water: cool insights for a hot world*”. *Global Environmental Change* 43 (2017): 51-61), el enfoque miope del derecho penal – que tanto aman nuestros políticos- sólo puede ocuparse de daños perceptibles y que sean susceptibles de ser investigados por nuestras autoridades nacionales o, como máximo, por las autoridades europeas.

32 Hemos dejado fuera otros problemas de la nueva redacción, como son las referencias a “por sí mismos o conjuntamente con otros” del tipo básico y a “por sí mismas o conjuntamente con otras” del tipo agravado, porque, como veremos, la naturaleza del delito de contaminación acústica es, en sí, acumulativa. Sobre esta cuestión de la reforma, J. BAUCCELLS LLADÓS, “*Tentativa...*”, p. 19-20.



ser norma más favorable³³. Y todo ello porque no se ha querido romper con una descripción típica que era, desde el principio, muy defectuosa por cuanto adolece de excesiva vaguedad.

Por lo demás, la nueva redacción del tipo básico no surge de la nada, por cuanto parece tener un sospechoso aire de familia con la redacción del art. 3 a) de la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre³⁴. Pero si se quería plantear la persecución penal conforme a esta redacción, debería haberse reflexionado cuidadosamente cuál era la redacción de la que se partía, y qué consecuencias podía tener su mantenimiento tras la modificación. En ese contexto, la introducción de un tipo básico con una pena inferior no soluciona nada y, por el contrario, complica mucho las cosas.

b) Evolución de la jurisprudencia del TS sobre la naturaleza del peligro y su influencia en la determinación de la conducta de contaminación acústica.

El delito de contaminación acústica no se ha visto afectado por la introducción del nuevo tipo básico³⁵, por cuanto su tenor literal no permite, por sus objetos de protección, el castigo de esta clase de supuestos, al menos en la medida en que afecten a las personas, y no a los animales o a las plantas³⁶.

De hecho, aunque teóricamente cabría pensar en situaciones en las que un exceso de ruido podía dar lugar a la comisión del delito en relación con la afectación a los animales – tanto respecto del anterior tipo básico, como respecto del tipo básico actual³⁷, las condenas que se han producido

33 Véanse las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es más, las limitaciones a la revisión de sentencias que se establecen en esas disposiciones transitorias no serían conformes con la Constitución. Sobre esta cuestión, véase, E. FRÍGOLS I BRINES, “La determinación de la norma más favorable a partir de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y el fundamento de la retroactividad favorable: A propósito de la nueva redacción del artículo 368 del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal* 16 (2011), pp. 7 y 8; El mismo, *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, pp. 427-428 y 518-519.

34 Así, el citado art. 3, en su letra a) se refiere a “daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas”.

35 Sin embargo, y como veremos, la introducción de ese nuevo tipo básico sí puede dar lugar a una nueva interpretación conjunta de todos los preceptos para que el resultado tenga algún sentido, y de esa forma, afectar al delito de contaminación acústica.

36 En el mismo sentido, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal española: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 930.

37 Parece razonable pensar que las molestias padecidas por las personas como consecuencia del ruido de origen humano puedan afectar a los animales -porque es lo que somos, al fin y al cabo-, por más que considero que no debemos ser englobados en el término típico del actual tipo básico desde una perspectiva de interpretación sistemática respecto del resto del Código penal.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Desde los años 70 del siglo pasado se viene planteando la posibilidad de que el ruido generado por la actividad humana ha podido influir negativamente en los animales, especialmente los mamíferos marinos, de los que se sabe que utilizan el sonido como forma de comunicación, orientación y búsqueda de alimento. Sin embargo, los estudios científicos en la materia han puesto de manifiesto la complejidad para probar esta hipótesis, así como la complejidad del estudio de este problema – se ha probado que determinados mamíferos marinos tienen sistemas para regular la captación de la ganancia acústica, de forma que tienen un sistema de protección, cuando esperan escuchar sonidos de alta intensidad, del que carecemos los humanos-, que varía entre especies y géneros de la



hasta el momento únicamente lo han sido respecto del subtipo agravado de creación de un riesgo grave para la salud de las personas y, a mi juicio, no cabría hacerlo de ninguna otra forma³⁸.

Esto ,además, determina un marco penal muy elevado, que está dando lugar a peticiones de indulto por parte de los mismos tribunales que dictan sentencia³⁹, y supone, adicionalmente, el castigo de las lesiones producidas en concurso ideal, que dará lugar en la mayor parte de las ocasiones a la condena de las conductas separadamente, ya que dada la cuantía de las penas aplicables resulta casi siempre más favorable⁴⁰.

A mi juicio, para el castigo de la contaminación acústica ha sido extremadamente relevante la interpretación por parte del TS de la naturaleza de delito de peligro hipotético del delito contra el medio ambiente, simplificando así la prueba que hubiese requerido un resultado de peligro concreto respecto del grave perjuicio para la salud de las personas. Si examinamos la jurisprudencia del TS en la materia, podremos ver que, en muchos supuestos, la condena sólo es posible porque se parte de la prueba de un peligro hipotético, ya que los resultados probatorios obtenidos en el juicio oral no hubiesen permitido una condena en caso de exigencia de un peligro concreto⁴¹.

misma especie de forma significativa, dificultando sobremanera llegar a conclusiones unívocas sobre los efectos de la contaminación acústica marina en la fauna. Sobre la cuestión, *vid.* B.L. SOUTHALL et alii, “*Marine Mammal Noise Exposure Criteria: Updated Scientific Recommendations for Residual Hearing Effects*”, *Aquatic Mammals* 2019, 45(2), pp. 125-232.

38 Soy consciente de que existe una parte de la doctrina que plantea que cabría aplicar el entonces tipo básico de afectación al equilibrio de los sistemas naturales en supuestos relativos a contaminación acústica a las personas, pero creo que ello implica realizar una interpretación extensiva y fuera del sentido común del lenguaje que debe rechazarse, aunque como señala JERICÓ OJER, se puede deducir de una parte de las sentencias del TS. P. JERICÓ OJER, “*Análisis de la relevancia...*”, p. 9.

A pesar de ello, en el único caso que conozco en el que el TS ha revisado una sentencia que aplicaba el tipo básico a la contaminación acústica, aunque también recoge esta metáfora – porque creo que no se puede utilizar este concepto de otro modo- del domicilio como hábitat, la revoca y aplica el tipo agravado. Véase la STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente: Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro).

Por el contrario, la jurisprudencia del TS basa fundamentalmente el motivo de la incriminación de la contaminación acústica en el derecho a la intimidad domiciliaria, con base en la jurisprudencia del TEDH (basada, por cierto, en casos en parte españoles), y a partir de ahí lo relevante es determinar qué casos de inmisión se pueden considerar de suficiente gravedad para ser punibles penalmente, y qué casos deben ser protegidos por otras vías legales. Sobre el carácter claramente antropocéntrico de esta modalidad delictiva, C. JUANATEY DORADO, “*Delitos contra los recursos naturales...*”, p. 948.

39 Véase, entre otras, la STS 858/2014 de 17 diciembre, Recurso de Casación 959/2014 (Ponente: Excmo Sr. Perfecto Andrés Ibáñez); la STS 838/2012 de 23 octubre, Recurso de Casación 151/2012 (Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); la STS 109/2007 de 7 febrero, Recurso 749/2006 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García) y la STS 52/2003 de 24 febrero, Recurso de Casación 312/2001 (Ponente: Excmo Sr. Carlos Granados Pérez).

40 *Vid.* STS 244/2015 de 22 abril, Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García), que corrige el error incurrido en la sentencia de instancia al no realizar los cálculos de la pena conjunta y separadamente.

41 En este sentido, cabe citar, entre otras, la STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente: Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro), que en su FJ 1º, señala:

“*Frente a ello no cabe afirmar para excluir la situación de riesgo propia del tipo penal la circunstancia de que la paciente no fue explorada por la médico forense para comprobar cómo le afectaba el ruido, pues este argumento que utiliza la Audiencia para inaplicar el tipo penal agravado que contempla el art. 325 del C. Penal sería correcto para apreciar un delito de resultado, ya sea de resultado de peligro concreto o de resultado material de lesiones. Pero no lo es en cambio para operar como razonamiento de exclusión de un delito de peligro hipotético, de peligro abstracto-concreto o de aptitud, ya que con respecto a él no se precisa explorar a la víctima para verificar si se materializó en*



El análisis de la jurisprudencia permite establecer el contenido de la conducta del delito de contaminación acústica, **hasta la entrada en vigor de la reforma de 2015**, mediante los siguientes elementos básicos.

En primer lugar, se debe dar lugar a la contravención de la normativa en materia de contaminación acústica aplicable, habiéndose encargado el TS de disipar cualquier duda que pudiese surgir en relación con la aplicación de normativa con rango inferior a la Ley⁴². Para establecer esta contravención de la normativa legal, sin embargo, el TS ha llegado a afirmar que no resultaría

ella una situación de peligro concreto o de resultado material, al considerarse ambas innecesarias para aplicar la modalidad de delito postulada por el Fiscal.

Así las cosas, no se precisa para aplicar el tipo penal del último inciso del art. 325 del C. Penal acudir a los otros informes periciales que se reseñan en la causa. Por cierto, se ignora por qué no opera con ellos la Audiencia a pesar de que algunos los recoge en la sentencia. A diferencia del voto particular, en el que se hace constar, entre otras afirmaciones, que " no es posible establecer el ambiente sonoro como responsable único de la patología psíquica. Pero también es cierto que la denunciante pertenece a uno de los grupos especialmente vulnerables a los efectos del ruido: ancianos y enfermos ".

El único argumento que utiliza la sentencia para rechazar la aplicación del tipo agravado que solicita la acusación, referente a que la médico forense no examinó los efectos que produjo en la denunciante la emisión de los ruidos ilícitos, sería pertinente si estuviéramos ante un delito de peligro concreto o de resultado lesivo, pero no cuando se opera con un delito de peligro hipotético o de aptitud, en los que es suficiente para aplicarlo que concurra una conducta del acusado que muestre una idoneidad ex ante para llegar a producir un peligro concreto o un resultado material lesivo en el bien jurídico, ponderando para ello las circunstancias que se daban en el supuesto específico del caso que se juzga: persona de avanzada edad, que presentaba un cuadro de Alzheimer y unas precarias condiciones psicosomáticas (según la narración de los hechos probados).

En algunos supuestos similares al que ahora se juzga, también referentes al delito de contaminación acústica, se llega a afirmar en la sentencia que no es preciso que el médico forense llegue a observar o explorar a las presuntas víctimas, puesto que es sabido y por lo tanto público y notorio que una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (STS 327/2007, de 27 de abril). Y en la sentencia 713/2014, de 22 de octubre , se dice que la perito médico forense que informó en el juicio oral, si bien no pudo examinar a las víctimas en el tiempo inmediato al padecimiento de la agresión padecida en su bienestar, pudo afirmar que, por encima de los niveles que se indica, aún más bajos que el pericialmente constatado, se afecta incluso a la salud y no al mero bienestar ".

En el mismo sentido, la STS 713/2014 de 22 octubre, Recurso de Casación 811/2014 (Ponente:Excmo Sr. Luciano Varela Castro), FJ 2º, punto 4; la STS 916/2012 de 28 noviembre, Recurso de Casación 558/2012 (Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar), la STS 327/2007 de 27 abril. Recurso 885/2006 Ponente:Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater

42 Creo que el problema se podría haber planteado cuando no existía normativa con rango legal que permitiese dar lugar a la integración de la referida normativa, lo que en, en ocasiones, podía ser dudoso con anterioridad a la aprobación de la normativa legal específica en materia de contaminación acústica, por cuanto eran las ordenanzas municipales las que definían las sanciones y el procedimiento para la realización de las mediciones de emisión y de inmisión. Esto podía dar lugar a dos clases de problemas: uno relativo al rango legal de las disposiciones, y otro relativo a la corrección técnica de los sistemas de medición. En relación con la cuestión del rango normativo, el TS se ha contentado con un mínimo respaldo ofrecido por una Ley (del Estado o de las Comunidades Autónomas) que permita el desarrollo posterior por los Ayuntamientos, como por ejemplo, el art. 42.3 b) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, que dan ambas competencias a los municipios para las molestias derivadas del ruido (vid. STS 52/2003 de 24 febrero, Recurso de Casación 312/2001 (Ponente:Excmo Sr. Carlos Granados Pérez)). En cuanto a la segunda cuestión, no existían problemas respecto de aquellas ordenanzas cuyos sistemas de medición del ruido seguían las especificaciones de las reglas técnicas aplicables ,como sucedía, por ejemplo, con la Ordenanza municipal de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Valencia, aprobada el 28 de junio de 1996 (Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de 23.07.1996).



imprescindible la realización de mediciones sonométricas⁴³. Sin embargo, esto resulta una interpretación contraria al principio de legalidad, contenido en el artículo 25.1 CE, por cuanto la normativa administrativa exige el incumplimiento de los límites acústicos de inmisión, y éstos son, en la mayor parte de las legislaciones, de carácter cuantitativo⁴⁴. Siendo así que el tipo penal exige la contravención de “las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, cualquier otra interpretación resulta contraria al tenor literal de la norma penal.

En segundo lugar, y una vez acreditado que con la conducta se exceden los límites legales de inmisión, el TS estima que el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas se alcanza mediante la exposición prolongada a ruidos superiores a los así definidos⁴⁵, con base a lo establecido por informes de las autoridades sanitarias de carácter general, que no tienen por qué analizar el supuesto concreto⁴⁶.

A partir de ahí, ya no necesita más prueba para condenar, por cuanto estima que el riesgo de la conducta para el bien jurídico deriva del carácter reiterado y/o prolongado en el tiempo de la misma, por cuanto el peligro hipotético únicamente exige que la conducta pueda, potencialmente, dar lugar al daño, no que se ponga en peligro concreto el bien jurídico. En este sentido, en los casos en los que se produzcan lesiones, aunque no sean de carácter grave, se habrá concretado el riesgo hipotético en un resultado de peligro concreto (cuyo objeto es el grave perjuicio para la salud de las personas), que al mismo tiempo es un resultado de lesión de otro tipo penal (falta o delito menos

43 La ATS 932/2012 de 19 abril, Recurso de Casación 1947/2011 (Ponente:Excmo Sr. Manuel Marchena Gómez), el cual, en su FJ 1º, afirma:

“En tales términos, debe recordarse que la obtención de la convicción por el Tribunal de instancia no está ceñida a una prueba específica y concreta. Si bien una prueba de medición sonométrica objetiva es un medio de acreditación de los hechos, no es la única diligencia para probar la existencia de ruido; por lo que es factible, integrando el conjunto de los indicios existentes, estimar que el ruido producido por la actividad del acusado producía evidentes molestias en la vida de sus vecinos”.

El TS realiza, también en este caso, una interpretación que vulnera el principio de legalidad, por cuanto el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas (BOCL 17.01.1995) que se aplica en este supuesto establece, en su art. 7, un límite cuantitativo que sólo puede entenderse sobrepasado mediante una medición sonométrica.

En idéntico sentido al auto comentado, la ya citada STS 1091/2006.

44 Así sucede en la normativa estatal (arts. 12 en relación con el 28, Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido,) y en la de las Comunidades Autónomas (art.13, Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica, de la Generalitat Valenciana, para la Comunidad Valenciana; art. 14, Ley 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica, aplicable a Cataluña, entre otras).

45 Véase, por ejemplo, la STS 557/2015 de 6 octubre, Recurso de Casación 538/2015 (Ponente:Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano), que en el FJ 1º, señala:

“Item más el dictamen pericial no niega de forma categórica la relación de causalidad entre la perturbación acústica soportada y los daños físicos (relación entre el agente causal y patología detectada), ya que figurando en autos las historias clínicas de los afectados, en las mismas no aparece que éstas presentasen con anterioridad a los hechos enjuiciados ninguno de los problemas en su salud que a raíz de los mismos se le ocasionaron.

En cualquier caso quedó acreditado por el dictamen que ambos estuvieron expuestos por un período prolongado a una contaminación acústica superior al nivel permitido y susceptible de ocasionar daños en las personas.”

En resumen, es suficiente con que la causa posibles de las lesiones sea el ruido, aunque haya otras posibles explicaciones. En el mismo sentido, la STS 370/2016 de 28 abril, Recurso de Casación 1906/2015 (Ponente:Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro), FJ 6º.

46 Así, por ejemplo, la STS 52/2003 de 24 febrero. Recurso de Casación 312/2001 (Ponente:Excmo Sr. Carlos Granados Pérez), con referencia a los informes de la OMS en relación con la cuestión.



grave de lesiones, de los artículos 617 y 147 del Código penal). Como hemos visto, el planteamiento del TS es que existe un concurso ideal del artículo 77.1 del Código penal.

Esta solución a la relación entre el delito de contaminación y los delitos de lesiones que ha aplicado el TS hasta la reforma del Código penal de 2015 es técnicamente correcta si se parte de la concepción como delito de peligro hipotético del delito contra la contaminación acústica, como delito que exige un grave perjuicio para la salud. Sin embargo, discuto, coincidiendo con la doctrina citada⁴⁷, al menos respecto del delito de contaminación acústica, que el peligro se deba considerar hipotético y no concreto, en la medida en que exige el riesgo de grave perjuicio para la salud. Ello es todavía más discutible desde la agravación de la pena a la que se dio lugar mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que elevó el marco penal, situándolo de los 3 años y 6 meses de prisión hasta los 5 años de prisión. En este contexto, el hecho de considerar que el peligro exigido por el tipo es únicamente hipotético resulta muy discutible.

También resulta claramente desproporcionado el hecho de considerar que las lesiones – delitos menos graves y faltas- deben ser interpretadas en el marco de un concurso ideal.

Así, aunque se sostenga el carácter teóricamente pluriofensivo del delito de contaminación acústica, huyendo de una consideración meramente formal del delito, y centrándonos en una perspectiva material del mismo que tenga en cuenta su aplicación en la práctica, lo cierto es que el subtipo agravado de riesgo de un grave perjuicio para la salud sólo va dirigido a proteger la salud de las personas.

Así las cosas, y teniendo en perspectiva como único bien jurídico la salud de las personas, resulta muy evidente la desproporción, por cuanto el delito de riesgo hipotético, aunque sea de riesgo de un resultado más grave, no puede comportar una pena mayor que la efectiva lesión, como sucede en todos los supuestos, al menos desde la reforma indicada. Es cierto que para que se produzca la consunción los resultados de peligro deberán haberse concretado en lesión respecto de todos los afectados, porque de otra forma se debería seguir castigando el delito de peligro y las lesiones de forma separada. Sin embargo, en la mayor parte de casos coinciden las puestas en peligro con las lesiones.

Debemos concluir, en consecuencia, que la interpretación del TS en relación con el contenido de antijuridicidad del delito de contaminación acústica lleva a resultados claramente desproporcionados, que provienen tanto de la consideración como un delito de peligro hipotético como de la consideración del mismo como delito pluriofensivo, a pesar de que el propio tribunal reconoce que lo que se defiende no es propiamente el medio ambiente⁴⁸; desproporción, además, que reconocen los propios tribunales al interesar el indulto parcial respecto de estas conductas.

47 V.gr. J. BOIX REIG y A. JAREÑO LEAL, *op. cit.*, *loc. cit.* Más recientemente, P. JERICÓ OJER, *op. cit.*, p. 19.

48 Así, la STS 244/2015 de 22 abril, ya citada, que



2. Esta interpretación del tipo como delito de peligro concreto, así como su consideración como un delito cuyo objeto principal de protección es la salud de las personas – permitiendo la consunción entre el delito de riesgo y sus resultados-, es tanto o más necesaria **a partir de la reforma del Código penal de 2015**, porque así lo exige la necesidad de reinterpretar el contenido del tipo agravado respecto del tipo básico, tal y como se ha expuesto. Con mayor motivo cuando el tipo básico ya nos habla de la existencia de peligro o daño respecto de determinados recursos, y porque la agravación del marco de pena es todavía mayor tras la reforma, con un pena de prisión que va desde los 3 años y 6 meses a los 7 años y 6 meses.

c) Un cuestión fundamental: la prueba de la contaminación acústica. En especial, los informes periciales en materia de contaminación acústica.

Uno de los elementos básicos sobre la prueba de los delitos de contaminación acústica ya se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, al señalar que para la existencia de una infracción administrativa en materia de contaminación acústica, exigida por el tipo penal, se deben realizar mediciones sismométricas que acrediten que se excede el límite de inmisión legalmente establecido. Se trata de un elemento imprescindible y, dada su importancia, el mismo debe realizarse con las máximas garantías.

Como bien señala el TS en su jurisprudencia⁴⁹, las pruebas periciales sismométricas no constituyen prueba preconstituida – salvo que se practiquen, claro está, en el marco del procedimiento-, por cuanto carecen de las notas esenciales que definen éstas, es decir, que se lleve a cabo en el marco del proceso, con intermediación, contradicción y garantía del derecho de defensa.

Esa imposibilidad es obvia, por cuanto las mediciones se deberán realizar, en muchas ocasiones, sin que las personas que luego pueden ser susceptibles de ser investigadas tomen parte en la mismas, al menos en determinados momentos, ya que resulta imprescindible que la medición se lleve a cabo sin que lo conozcan las personas que controlan la fuente del ruido⁵⁰. El hecho de las mediciones se efectúen subrepticamente impide, lógicamente, llevar a cabo periciales de signo contrario.

“la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad”.

La realidad es que estamos protegiendo la salud de las personas, no el medio ambiente. También con mucha claridad, la STS 109/2007 de 7 febrero, Recurso 749/2006 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García).

49 En este sentido, extensamente, la STS 52/2003 de 24 febrero, citada, FJ 2º.

50 La realización de las mediciones se debe iniciar de forma subrepticia para quienes controlan la fuente de ruido, a fin de que no la modifiquen para alterar los resultados normales. A menudo se observa en la práctica que los propietarios de locales u otras fuentes de ruido las manipulan cuando tienen conocimiento de que se va a realizar la medición, lo que



Y esta imposibilidad de realizar contrapericias, en otras ocasiones, proviene del propio obstruccionismo de quienes denuncian la existencia de molestias sonoras, porque esos informes necesariamente requieren realizar mediciones sonométricas desde su domicilio.

Ante ello, los informes periciales de la defensa en esta clase de delitos se centran, más que en la realización de un nuevo informe pericial – que ya no es posible- en la comprobación de que las mediciones y los informes periciales elaborados conforme a las mismas se adecuan al procedimiento establecido en la Ley y a los estándares técnicos aplicables. Y este control es necesario, a la vista de los problemas que presentan estos informes en la práctica.

Entre los defectos más habituales de estos informes se hallan cuestiones tan básicas como el no haber podido atribuir a una actividad el ruido a una fuente concreta (lo que sucede por no haber determinado el ruido de fondo mediante el paro de la actividad que se sospecha como originadora del ruido, ni haber tenido en cuenta otras fuentes de ruido posibles), no haber descontado el ruido de fondo a la hora de realizar los cálculos, la no aportación de los certificados de verificación anual de los sonómetros ni tampoco de los calibradores que se utilizan para la calibración de los aparatos antes de las medidas, no haber calibrado adecuadamente los sonómetros antes de la medición, no haber realizado la medición en el intervalo temporal adecuado conforme a la normativa ni haber utilizado los parámetros de medida adecuados, no haber colocado los micrófonos en los lugares indicados ni con las protecciones exigidas por la normativa⁵¹..

La exigencia de esos requisitos no es baladí, ni estos estándares técnicos resultan siempre sencillos de aplicar. Ésta es la razón por la que estos informes los realizan ingenieros de telecomunicaciones (otros ingenieros o incluso físicos los pueden realizar también, con la formación adicional adecuada), puesto que en muchas ocasiones, y con la finalidad de recoger adecuadamente la entidad del sonido, resulta necesario realizar mediciones con parámetros distintos, a la hora de establecer el más adecuado para valorar adecuadamente la naturaleza y la fuente del ruido.

Y, con todo el respeto a los agentes de los cuerpos policiales que se ven forzados en muchas ocasiones a realizar estas mediciones, los mismos no suelen gozar de la capacidad técnica necesaria para la realización de las mismas: una medición sonométrica no se puede comparar a realizar una prueba con un etilómetro, en lo que respecta a la intervención de quien la realiza.

obliga, al menos, a iniciar las mediciones de forma subrepticia. Después de esas mediciones, quien controle la fuente del ruido deberá conocer la existencia de las mismas, por cuanto para medir el ruido de fondo la mejor práctica es detener la actividad. El hecho de realizar las mediciones sin detener la actividad, *v.gr.*, esperando a que el local cierre, puede suponer una modificación de las condiciones, porque si se hacen las mediciones inmediatamente después del cierre se recogerá el vocerío de los clientes que abandonan el local, o el ruido del tráfico, de otras fuentes sonoras puede haber variado en intensidad, lo que dificulta, cuando no impide, la identificación de la fuente del ruido. El hecho de solicitar la detención de la actividad permite también que quienes controlen la fuente de ruido estén presentes durante el resto de las mediciones, si demuestran interés en ello..

51 No es raro ver informes en los que no se cumplen requisitos mínimos para su validez técnica, aunque sean los más elementales, incluso de sentido común. En mi actividad profesional he visto, por ejemplo, informes que ni siquiera indicaban que la unidad de medida era el dB(A) o decibelio ponderado (que se utiliza para simular la percepción de la presión sonora por el oído humano), ya que posiblemente no fue lo que se midió, o en los que se realizaba la medición del ruido de fondo con la actividad en marcha.



De poco sirve, no obstante, que esta clase de informes periciales no se consideren prueba preconstituida si después no resulta posible una efectiva defensa contra los mismos. En este sentido, se refleja en la jurisprudencia una ausencia de consideración de la indudable importancia de estas cuestiones, que se deduce, por ejemplo del hecho de que ni siquiera en los hechos probados de las sentencias las mediciones recogidas determinan debidamente la unidad de medida correspondiente, el decibelio ponderado a) o dB (A)⁵², o en el hecho de que no se revise una condena en la que sólo hay una medición válida⁵³, o que se den por válidas las mediciones con sonómetros no “homologados”⁵⁴ o cuyos certificados de “calibración”⁵⁵ no constan, y la misma se complementa a través de las pruebas testificales⁵⁶, o en un caso extremo, estimando la validez de las mediciones sonométricas frente a lo consignado en los hechos probados sobre su invalidez⁵⁷. O cuando se censura que el informe pericial consista en la revisión crítica de los informes de la acusación, aunque se reconozca que los denunciados no dejaron acceder al perito de la defensa para realizar mediciones⁵⁸.

Considero que se debe prestar la debida atención a estas cuestiones, y se debe permitir articular la defensa frente a informes periciales respecto los que no ha existido una posibilidad de defensa efectiva en el momento de su realización, con un verdadero respeto a los principios de igualdad de armas y de contradicción, que forma parte esencial del derecho al proceso justo (art. 6.1 CEDH)⁵⁹ y al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Un informe pericial que no cumpla la normativa y los estándares técnicos carece por completo de fiabilidad y de validez y, en consecuencia, una prueba que carece de validez técnica no resulta susceptible de ser considerada prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia⁶⁰; con

52 Vid., por ejemplo, la STS 1317/2011 de 2 diciembre, Recurso de Casación 756/2011 (Ponente:Excmo Sr. José Manuel Maza Martín); la STS 540/2007 de 20 junio, Recurso de Casación 637/2006 (Ponente:Excmo Sr. José Manuel Maza Martín), la STS 244/2015 de 22 abril, Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente:Excmo Sr. Joaquín Giménez García), entre otras. Este defecto, que proviene de los hechos probados de las sentencias de instancia, no se hecho notar, sin embargo, ni por las sentencias del TS ni, al parecer, por los recursos.

53 ATS 932/2012 de 19 abril, citada.

54 Así, la STS 557/2015 de 6 octubre. Recurso de Casación 538/2015 (Ponente:Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano), entendemos por el contexto, que no se habla de homologación, sino de verificación del sonómetro, por cuanto la homologación no caduca.

55 Se referirá la sentencia, probablemente, al certificado de verificación del sonómetro o del calibrador.

56 Véase, en este sentido, la STS 244/2015 de 22 abril. Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente:Excmo Sr. Joaquín Giménez García).

57 Vid. *supra* nota .

58 Así, la SAP Barcelona, Secc. III, de 20 de marzo de 2006, FJ 2º, punto B. Cuestión distinta es los términos en los que tal informe se hallase redactado.

59 La jurisprudencia del TEDH es bastante clara a este respecto. Sobre el principio de contradicción e igualdad de armas en referencia a los informes periciales en la jurisprudencia del TEDH, E. FRÍGOLS I BRINES, *Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal*, Francis Lefebvre, 2020, p. 65 y *passim*, en relación con la imparcialidad de los peritos. Sobre otros aspectos relacionados con el principio de contradicción en el ámbito pericial, *Ibidem*, p. 83 y 84.

60 Así, por ejemplo, la STS 916/2012 de 28 noviembre, Recurso de Casación 558/2012 (Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar), confirmando una sentencia absolutoria respecto de un sonómetro no verificado. En otros ámbitos similares, como el caso de etilómetros no verificados o de carácter no evidencial, la jurisprudencia es unánime en cuanto a la invalidez de los resultados y sobre el hecho de que no pueden ser tenidos en cuenta para superar la presunción de inocencia, pudiéndose citar, entre muchas otras, la SAP Navarra, Secc. I, de 4 de noviembre de 2008; la



mayor motivo cuando, como en este caso, integra un elemento típico fundamental de la infracción penal.

3. La respuesta del derecho penal a la inacción de la administración en materia de contaminación acústica: el delito de prevaricación medioambiental. En especial, en especial, la prevaricación omisiva.

La ausencia de respuesta de la administración al problema de la contaminación acústica acaba, en muchas ocasiones, volviéndose en contra de las autoridades municipales competentes en forma de procedimientos penales por la comisión de un delito de prevaricación.

La ley regula como una prevaricación específica, la denominada prevaricación medioambiental, las conductas de mayor gravedad, recogidas en el artículo 329 Cp, y que se castigan no sólo con la pena de inhabilitación de la prevaricación genérica, sino también con una pena de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 8 a 24 meses. La redacción original recogía, en el primer apartado, la conducta de quien, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales de actividades contaminantes, o hubieren silenciado infracciones de la normativa administrativa con motivo de inspecciones; en el segundo apartado, se castiga a las autoridades o funcionarios públicos que, por sí mismos o como miembro de un organismo colegiado, hubiesen resuelto o votado a favor de la concesión de tales licencias a sabiendas de su injusticia⁶¹.

Tras la reforma penal realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, a las conductas recogidas se añade la de la omisión de la “realización de inspecciones de carácter obligatorio” en el primer apartado del precepto.

Se trata de un tipo doloso, de carácter especial por cuanto sólo pueden ser autores del mismo autoridades o funcionarios públicos, y respecto del que además se exige, como corresponde a la prevaricación administrativa, que la conducta se lleve a cabo “a sabiendas”, excluyendo así la posibilidad de su comisión imprudente.

Las conductas de este tipo penal se hallan definidas muy claramente en la Ley, sean de carácter activo como omisivo, y la configuración típica que se realiza no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la intencionalidad de la autoridad o funcionario público es la de hacer posible la actividad contaminante con incumplimiento de los deberes de control que le impone la Ley. Sin embargo, en lo que respecta al núcleo de la conducta de la prevaricación genérica, como adopción de un

SAP Madrid, Secc. IV, de 9 de marzo de 2000; la SAP Cantabria, Secc. I, de 4 de febrero de 1999; la SAP Madrid, Secc. I, de 27 de septiembre de 1999, entre muchísimas otras.

61 Aprobada mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en vigor desde el 24 de mayo de 1996.



resolución injusta (art. 329.2 Cp), la conducta tipificada es sólo de carácter activo, y sólo referida a la concesión de licencias manifiestamente injustas.

El problema, en consecuencia, no se halla en este tipo de conductas, que por su naturaleza son claramente favorecedoras de la actividad contaminante o de quien la realiza, sino en las conductas de pasividad completa o de apariencia de cumplimiento de la normativa que, en realidad, no son tales.

Al respecto, querría plantear dos cuestiones. En primer lugar, se podría plantear cuál sería la calificación adecuada.

Creo que la descripción típica impide su calificación de esta clase de supuestos conforme el artículo 329 Cp, porque en lo que respecta a la adopción de resoluciones sólo se habla de adoptar o votar a favor de resoluciones que concedan autorizaciones⁶², aunque si la pasividad afecta a las conductas omisivas (silenciamiento de infracciones u omisión de inspecciones obligadas por la Ley), sí que sería de aplicación en situaciones de pasividad absoluta (frente a los supuestos en que es obligado actuar). Pero no se podría invocar en los supuestos de apariencia de cumplimiento, en los que no se da lugar a las referidas conductas expresamente tipificadas. Téngase en cuenta que no existe en el precepto una cláusula que permita la incriminación de conductas análogas⁶³.

La segunda opción sería la de condenar por un delito de prevaricación del artículo 404 Cp, en su modalidad omisiva. En este sentido se ha pronunciado el TS en la STS 244/2015 de 22 abril, Recurso de Casación 1574/2014 (Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García), que justifica la condena de la siguiente forma:

“Resulta evidente que la recurrente que ostentaba el cargo de Alcaldesa de Pliego, pueblo de la Comunidad de Murcia de poco más de 4000 habitantes, recibió durante más de seis años los informes de la policía local así como las denuncias del perjudicado, manteniendo al respecto una actuación de total pasividad, no obstante tener competencias para la vigilancia y control de las actividades susceptibles de generar ruido, incluso llegando a desatender un informe del Órgano de Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma que le llegó a indicar que en uso de sus competencias podía acordar la clausura de la actividad causante del ruido.

En definitiva, lo que está en juego es el principio de efectividad de las facultades de control de la Alcaldesa en relación al hecho enjuiciado (...).”

62 Condena por este tipo penal la STS 1091/2006 de 19 octubre, ya citada, y como hemos visto en la nota , en contra de los hechos probados. Lo más discutible es que condene por conductas activas y omisivas por el mismo tipo delictivo. A mi juicio, si se acusa por el tipo del art. 329 Cp, y en lo que respecta a la adopción de resoluciones, sólo cabe la condena por las mismas cuando se refiera a la concesión de licencias, pero no cabría condenar por conductas omisivas no incluidas en el mismo.

63 Cabe citar, en este sentido, la SJPenal n.º CUATRO de Valencia, de 12 de mayo de 2014, en la que se acusaba por el art. 329 Cp en un supuesto en el que las acusaciones sostenían que había habido tolerancia por parte del alcalde de una localidad valenciana, con pasividad y mera apariencia de cumplimiento, pero en la que no se entró a discutir sobre el contenido del tipo, ya que se absolvió al entender que se actuó para controlar el exceso de ruido.



Sin embargo, como pone de manifiesto el voto particular a dicha sentencia, la jurisprudencia del TS – y así lo recoge la propia sentencia citada- considera que la prevaricación omisiva sólo se puede dar en supuestos excepcionales (SSTS de 2 de julio de 1997 , 9 de junio de 1998 , 426/2000 de 18 de marzo , 647/2002, de 16 de abril , y 1382/2012 , de 17 de julio, así como acuerdo plenario de 30 de junio de 1997), concretamente en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la Ley 30/92 de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas⁶⁴.

Es dudoso, a mi juicio, que esa equivalencia de actuaciones se pueda predicar en relación con un procedimiento sancionador o de retirada de licencia, entendido éste como un expediente completo, tramitado desde el inicio hasta el final, entre otras cuestiones, porque en los expedientes administrativos deben intervenir los técnicos, y los cargos políticos suelen carecer de los conocimientos necesarios para adoptar las resoluciones necesarias sin la participación de éstos. Cuestión distinta es que no se lleve a cabo ninguna actuación, ni siquiera la incoación del procedimiento, supuestos en los que resulta más sencillo concluir que sí que existía una conducta que necesariamente debía ser llevada a cabo.

Otra cuestión de interés que suscita esta sentencia, aunque no se condena finalmente a quien la realiza, es el planteamiento de otro supuesto dudoso, el de la realización de vías de hecho que son contrarias a la decisión adoptada formalmente. Entiendo que esta clase de conductas sería dudoso enjuiciarlas como prevaricación, salvo que adoptemos una concepción de resolución muy amplia que resulta, a mi juicio, contraria a la descripción típica.

Por último, y en lo que respecta a la tipificación, podríamos plantearnos si cabría un concurso ideal, para las autoridades y funcionarios públicos, entre el delito de prevaricación y una cooperación necesaria en el delito de contaminación acústica en esta clase de supuestos. Pero, aunque ello supusiese recoger toda la antijuridicidad, sus resultados punitivos serían claramente desproporcionados, dado que al aplicar la mitad superior de la mitad superior del delito con la pena más grave, la pena de prisión del delito contra el medio ambiente, el marco penal imponible iría de los 5 años y 6 meses a los 7 años y 6 meses, lo que supone penar más a la autoridad o funcionario que al propio autor de los hechos, lo que resulta claramente desproporcionado. Sería recomendable, en este sentido, y huyendo de interpretaciones absurdamente punitivistas, limitarse al delito de prevaricación en tanto el texto de la prevaricación medioambiental no se adecúe a este tipo de supuestos.

La segunda de las cuestiones que quería plantear, en relación con la prevaricación omisiva, es que no se puede confundir pasividad con inefectividad de las medidas adoptadas por las autoridades o

64 Esta sentencia tiene un voto particular del magistrado Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar, en el que considera que no puede existir el delito en comisión por omisión, en la medida en que no hubo una total pasividad y se adoptaron resoluciones. Sin embargo, los hechos probados no permiten concluir que la actividad fue real, por cuanto se dice que sólo se inició la tramitación de un expediente en el año 2010, siete años después de ser nombrada alcaldesa, y tres años después de la incoación de la querrela en relación con los hechos.



funcionarios públicos, por cuanto, como ya se ha expuesto al principio, el problema de la contaminación acústica es muy complejo, y depende de varias administraciones, y de múltiples personas dentro de la administración. No se puede pensar, como parece deducirse de la jurisprudencia, que el alcalde es un ser omnipotente que sabe de todo y lo controla todo⁶⁵. La complejidad es todavía mayor cuando el problema no proviene de una actividad en concreto, sino que depende de muchas actividades, como sucede con las zonas acústicamente saturadas o zonas de protección acústica especial. En este sentido, el derecho penal no sustituye a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni puede entrar a valorar el acierto de la medidas adoptadas, sino valorar si se dio respuesta o no las peticiones de los ciudadanos, aunque las decisiones adoptadas no fueran las idóneas⁶⁶.

4 A modo de conclusión.

Como hemos podido ver a lo largo del presente artículo, el problema de la contaminación acústica en España presenta múltiples caras y aristas que han dado lugar a que una cuestión que en principio debería ser resuelta únicamente en sede administrativa acabe en la mayoría de las ocasiones en la vía penal. Vía que, como hemos podido ver, resulta insatisfactoria porque da una respuesta tardía a quienes lo padecen. Respuesta, además, que no es la esperada por quienes reclaman, sobre todo cuando se aplican las garantías penales. La huida del derecho administrativo suele ser una huida a ninguna parte.

Pero, además, se ha podido comprobar que la regulación penal presenta toda una serie de problemas que, en lugar de ser paulatinamente resueltos con el tiempo, van empeorando con cada una de las reformas que sufre el artículo 325 Cp. En la situación actual, considero que sólo es posible una conciliación de los diferentes supuestos contemplados en el precepto si se realiza un intento de reinterpretación del delito que exija un mayor contenido de injusto para la conducta del riesgo grave para el equilibrio de los sistemas naturales, y con la exigencia de peligro concreto, al menos para la conducta de grave perjuicio para la salud de las personas. Asimismo, se debe dar la necesaria importancia a los informes periciales que recojan las mediciones acústicas, por cuanto se trata de un requisito típico ineludible para condenar por esta clase de supuestos.

⁶⁵ Por más que así se manifieste por funcionarios preocupados por las consecuencias de un procedimiento penal, con un indudable ánimo defensivo. Aunque puede suceder que una administración sea llevada con mano de hierro por su responsable político en algunos casos, la realidad es compleja y no puede ser sometida a simplificaciones.

⁶⁶ Decisiones, además, que no siempre dependen de la autoridad política municipal, sino del asesoramiento que reciba de los técnicos municipales, dado el carácter lego de muchos de nuestros responsables políticos.



Esta situación normativa no es mucho mejor en lo que respecta a la prevaricación administrativa, sobre todo en lo que concierne a la prevaricación omisiva, que considero que no puede ser estimada la panacea que solucione los problemas administrativos convirtiéndolos en problemas penales.



Il traffico illecito di rifiuti oltre frontiera: analisi economica di un reato ambientale transnazionale

The illegal transboundary movement of waste: an economic analysis of a transnational environmental crime

di Camilla BIGNOTTI

Abstract. L'articolo tratta il problema del traffico illecito di rifiuti oltre frontiera commesso dai gruppi criminali organizzati a livello sovranazionale, nonché gli illeciti minori ad esso connessi. L'obiettivo è utilizzare lo strumento dell'analisi economica del diritto per comprendere se le sanzioni previste dagli Stati europei siano idonee a contrastare il fenomeno.

Abstract. This paper deals with the problem of the illegal transboundary movement of waste and the related dirty collar crimes committed by the transnational organized crime groups. The objective is to conduct an economic analysis of the law to determine if the sanctions imposed by the European States are capable of contrasting the phenomenon.

Parole chiave: reati ambientali transnazionali, gruppi criminali organizzati, traffico illecito di rifiuti, analisi economica del diritto

Key words: transnational environmental crimes, organized crime groups, transboundary movement of waste, economic analysis of the law



SOMMARIO: 1. Toxic colonialism e traffico illecito di rifiuti –2. Economia, ambiente e criminalità razionale —3. La sanzione ottimale per i dirty collar crimes — 4. La sanzione ottimale per la criminalità organizzata — 5. Conclusioni: verso un modello economico alternativo?

1. Toxic colonialism e traffico illecito di rifiuti

La tutela dell'ambiente è chiamata ad affrontare nuove sfide, poiché i reati ambientali si estendono a livello transnazionale e presentano una stretta relazione con la criminalità organizzata, mossa da logiche di profitto economico¹. Una delle “nuove minacce”, in particolare, è costituita dai reati in materia di gestione, trattamento e smaltimento di rifiuti, fra i quali il traffico illecito verso paesi terzi rappresenta una problematica nodale. La fattispecie in esame, infatti, ha una larga diffusione, poiché costituisce un c.d. “*high profit-lowrisk crime*”², ossia un illecito che permette di realizzare un elevato profitto in termini economici a fronte di un basso rischio di essere sanzionati. Proprio per tale carattere il settore del traffico illecito di rifiuti è divenuto particolarmente attraente per i gruppi criminali organizzati: essi hanno contribuito alla crescita di un vero e proprio mercato parallelo, nel quale vengono coinvolte anche le imprese che svolgono attività di per sé lecite, dati i costi che possono essere “risparmiati” attraverso il canale illecito³. La convenienza del mercato illegale è correlata al fenomeno globale denominato “*Toxic Colonialism*”, per il quale i paesi in via di sviluppo vengono usati come siti di smaltimento di rifiuti, che gli Stati industrializzati non hanno voluto trattare⁴. I paesi sviluppati, infatti, hanno una disciplina sempre più stringente relativamente al trattamento dei rifiuti, che comporta ingenti costi per smaltire i rifiuti in modo lecito; gli Stati in via di sviluppo, al contrario, sono caratterizzati da una legislazione meno rigorosa, che non viene applicata in modo severo, comportando minori costi di smaltimento. Ne deriva un potenziale paradosso: l'incremento di regole rigide, accompagnate dalla copertura penale, comporta pure il

1 MITSILEGAS, GIUFFRIDA, *The role of EU agencies in fighting transnational environmental crime: new challenges for Eurojust and Europol*, Brill, Boston, 2017, p.1.

2 ENVICRIMENET, *Report on Environmental Crime*, completato a maggio 2016, p.7, consultabile su <http://www.envicrimenet.eu/reports>.

3 WHITE, *Transnational Environmental Crime Toward an Eco-global Criminology*, New York, Routledge, 2011, pp. 84-85.

4 PRATT, “*Decreasing dirty dumping? a reevaluation of toxic waste colonialism and the global management of transboundary hazardous waste*”, 41 *Texas Environmental law journal* n.147/2011 p.3, Agricultural and Environmental Database, Julien Library Vermont Law School.



rischio di far cadere in tentazione le imprese, indirizzandole verso il ricorso alle meno costose (e più sbrigative) attività di smaltimento illecito dei rifiuti⁵.

L'imperialismo ecologico e il movimento oltre frontiera di rifiuti, invero, già in passato hanno sollevato l'attenzione della comunità internazionale, che ha adottato la Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri dei rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, data la crescente preoccupazione per i danni alla salute umana e all'ambiente provocati dalla spedizione dei rifiuti e per gli illeciti connessi a tali trasferimenti⁶. L'adozione del Trattato di Basilea è di particolare rilevanza, in quanto in tale documento il traffico illecito di rifiuti viene considerato come un'ipotesi di illecito penale e agli Stati viene richiesto di introdurre le apposite norme per reprimere e prevenire tale fenomeno⁷. Una siffatta previsione costituisce una assoluta novità, poiché nessun altro trattato multilaterale in materia ambientale contiene una condanna così severa, in caso di mancato rispetto delle norme relative al sistema di controllo, introdotte dal Trattato stesso⁸. Pertanto nella Convenzione di Basilea viene messa in luce non solo la gravità del suddetto fenomeno, ma anche la necessità di intervenire attraverso un approccio unitario e condiviso sul piano globale; gli Stati sono chiamati non solo a condividere gli intenti della Convenzione, ma anche a introdurre strumenti armonizzati per reprimere tali condotte, attraverso il diritto penale transnazionale: il diritto internazionale utilizza il diritto penale dei singoli Stati per contrastare una condotta i cui effetti, reali o potenziali, hanno carattere transfrontaliero⁹.

Tale intento viene condiviso anche a livello europeo, atteso che, in primo luogo, nella Direttiva specificatamente dedicata alla materia dei rifiuti viene introdotto l'obbligo per gli Stati di introdurre sanzioni "*efficaci, proporzionate e dissuasive*" da applicare ai soggetti che violino le disposizioni in materia¹⁰; in secondo luogo, la Direttiva relativa alla tutela penale dell'ambiente obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente¹¹. Dunque, anche l'Unione europea ricorre ad un diritto penale dell'ambiente in lato senso transnazionale, poiché le disposizioni minime circa le fattispecie e le relative sanzioni vengono dettate a livello europeo, mentre spetta ai singoli Stati il compito di attuarle all'interno del proprio ordinamento. L'attuazione delle Direttive nello specifico settore di rifiuti, ciò nondimeno, risulta poco soddisfacente, poiché la disciplina dettata a livello europeo risulta generica, in particolare manca un riferimento preciso all'ipotesi di traffico illecito di rifiuti in forma organizzata.

5 BELLACOSA, *Il contrasto in europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale: il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *sistemapenale.it*, 25 febbraio 2020, p. 5.

6 Convenzione di Basilea, Preambolo.

7 Art. 4.3 Obblighi Generali "*Le Parti considerano che il traffico illecito di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti costituisce un'infrazione penale*".

Art. 9.5 Definizioni "*Ogni Parte adotta norme interne atte a prevenire e a perseguire severamente il traffico illecito. Le Parti cooperano per realizzare gli obiettivi enunciati nel presente articolo*".

8 FAURE, *Elgar Encyclopedia of Environmental law*, Chapter V.32: The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1989, p.337.

9 MITSILEGAS, GIUFFRIDA, *The role of EU agencies in fighting transnational environmental crime: new challenges for Eurojust and Europol*, Brill, Boston, 2017, p.17.

10 Art. 36 Direttiva 2008/98/CE.

11 Punto 10, Direttiva 2008/99/CE.



La mancanza di una indicazione stringente nella descrizione e punizione dei singoli reati ha determinato la carenza, tra gli Stati membri, di una definizione uniforme di traffico illecito di rifiuti, soprattutto per l'ipotesi in cui sia commesso in modo organizzato, nonché di un omogeneo livello sanzionatorio per tale crimine. È questa una delle principali complicazioni nella lotta al traffico illecito di rifiuti su base transnazionale¹².

Così richiamati gli strumenti normativi sovranazionali previsti in per la lotta al traffico illecito di rifiuti a carattere transnazionale, sorge il dubbio se essi costituiscano uno strumento efficace per contrastare le nuove minacce per la tutela dell'ambiente, fra cui il traffico illecito di rifiuti oltre frontiera. Per rispondere al quesito può essere utilizzato un peculiare approccio, ossia il ricorso all'analisi economica del diritto. Il ricorso a tale metodo trova giustificazione nella logica di profitto economico, che ha portato ad una larga diffusione del traffico illecito di rifiuti: è opportuno domandarsi se le sanzioni previste dai singoli Stati costituiscano "un costo" sufficientemente alto per la commissione degli illeciti tale da controbilanciare il profitto realizzato dalla criminalità e quindi realizzare un soddisfacente effetto deterrente.

L'analisi economica applicata al diritto penale, ciò nondimeno, è una questione dibattuta, infatti alcuni autori rilevano l'incompatibilità fra il modello costi-benefici rispetto ai principi assiologici e ai limiti costituzionali del nostro ordinamento penale¹³. Ne deriva che il ricorso all'analisi economica, da un lato, rappresenta uno strumento utile per valutare sia *ex ante* che *ex post* gli effetti concreti della legge penale limitando l'espansione incontrollata e la distorsione del diritto penale¹⁴, dall'altro non possono essere trascurati i limiti e le peculiarità dello stesso. I risultati dell'analisi, dunque, devono essere valutati con le opportune cautele e considerati come una visione parziale della tematica analizzata.

2. Economia, ambiente e criminalità razionale

L'analisi economica riveste ormai un ruolo centrale nell'elaborazione degli strumenti normativi per la tutela dell'ambiente¹⁵, perciò, anche le sanzioni previste per il traffico illecito di rifiuti possono essere prese in esame per valutarne la capacità deterrente in termini di efficienza economica¹⁶. In

12 BELLACOSA, *Il contrasto in europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale: il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *sistemapenale.it*, 25 febbraio 2020, p.8.

13 FORNASARI, PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, in *Indice Penale*, , n. 2/20016, p. 407.

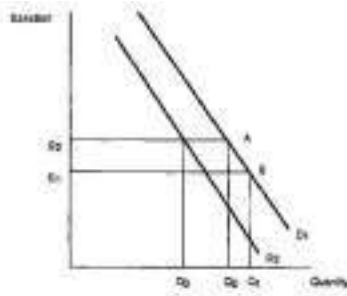
14 FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, in *Indice Penale*, n.2/2016, n. 2, p. 434.

15 TIETENBERG, LYNNE, *Environmental and natural resource economics*, The Pearson series in economics - Taylor and Francis, 11th edition.

16 Nella teoria economica il criterio valutativo fondamentale è espresso dal paradigma dell'efficienza Paretiana: una norma, una politica, un modello di mercato è efficiente quando raggiunge un'allocazione in grado di massimizzare il surplus economico, dato dalla somma del surplus del consumatore e del produttore.



particolare, l'indagine può essere svolta lungo due direttrici parallele: da un lato, deve essere delineato il quadro sanzionatorio più adeguato per esercitare il maggior effetto deterrente verso la criminalità organizzata, dall'altro deve essere considerata l'efficienza dell'apparato di norme volto a contrastare gli illeciti minori. Per quest'ultimo aspetto rileva il fenomeno dei cd *dirty collar crimes*: aziende, che svolgono attività lecite, vengono coinvolte dai gruppi criminali organizzati in operazioni di smaltimento di rifiuti al limite dell'illecito o completamente illecite¹⁷. Analizzare le suddette condotte attraverso gli elementi della teoria economica rappresenta una delle vie attraverso la quale comprendere le ragioni che spingono l'uomo ad adottare determinati comportamenti; essa permette di indagare quali fattori inducano a commettere un illecito e di conseguenza come incentivare la scelta per l'alternativa lecita. La teoria economica, infatti, rappresenta la scienza della scelta razionale, basata sull'assunto che l'uomo cerchi di massimizzare le proprie utilità in ogni aspetto della sua vita non solo negli affari strettamente economici, relativi alla compravendita nei mercati¹⁸. L'uomo razionale, infatti, valuterà ogni sua attività in termini di costi e benefici, pertanto continuerà a commettere crimini fintantoché i benefici supereranno i costi aspettati, sia tangibili che intangibili¹⁹; se consideriamo le sanzioni come un costo da sostenere, l'introduzione di norme efficienti comporterà un aumento del prezzo della condotta illecita e conseguentemente la riduzione dei vantaggi da essa derivati. Tale scenario comporta due effetti: l'aumento del costo della condotta illecita comporta che essa venga scelta meno di frequente, inoltre, quando il prezzo di un'attività cresce i soggetti tendono a scegliere un suo sostituto, nel caso dei rifiuti l'alternativa lecita²⁰. Tale fenomeno è la concretizzazione nel settore penale della legge della domanda, uno degli assunti base della teoria economica.



Il presente grafico rappresenta due diverse curve di domanda e i relativi effetti sulle scelte del consumatore, in quanto una stessa quantità di attività illecita può essere conseguita a prezzi differenti. Quando un'attività viene perseguita con una sanzione ottimale, si verificano due effetti.

TIETENBERG, LYNNE, *Environmental and natural resource economics*, The Pearson series in economics - Taylor and Francis, 11th edition, p. 19.

17 WYATT, *Hazardous waste and pollution: detecting and preventing green crimes*, Springer 2016, Cham New York, p. 11.

18 POSNER, *Economic analysis of law*, Aspen Publishers, New York 2011, p. 3.

19 POSNER, *Economic analysis of law*, Aspen Publishers, New York 2011, p. 219.

20 HARRISON, *Law and economics in a nutshell*, St. Paul, MN, West Academic Publishing 2016, p. 248.



L'innalzamento del costo dell'attività da s_1 a s_2 comporta un movimento dal punto B al punto A nella curva di domanda D1, ciò significa che la quantità di attività illecita sarà ridotta da Q1 a Q2. Un assunto di tale primo effetto è che nella curva di domanda le preferenze del consumatore sono costanti²¹. L'innalzamento del costo dell'attività illecita può generare un secondo effetto, ossia un cambiamento di preferenze del consumatore, che inizierà a prediligere la condotta illecita; tale seconda conseguenza comporta non uno spostamento da un punto all'altro sulla curva, ma una traslazione della stessa, da D1 a D2, ciò contribuirà ad una riduzione della attività illecita ulteriore, poiché si passa alla domanda Q3.

Il modello generale così descritto può essere applicato al fenomeno del traffico illecito di rifiuti verso paesi terzi per comprendere, in termini economici, quali fattori rendano il mercato illegale così efficiente e provare a costruire un modello di mercato legale ed efficiente, tale da attrarre l'uomo razionale verso i punti B e A. La disciplina in materia di rifiuti e le relative condotte lecite e illecite saranno, dunque, esaminate con le lenti della teoria economica: le condotte diventeranno scelte di mercato, che producono *feed-back loop* positivi o negativi²², le sanzioni diverranno costi aspettati per i soggetti coinvolti nel settore e incentivi economici per indirizzarne le scelte.

3. La sanzione ottimale per i *dirty collar crimes*

Nella maggior parte delle attività industriali e produttive i rifiuti rappresentano un esito necessario del processo produttivo, perciò, l'impresa, come ogni soggetto razionale, per smaltire i propri rifiuti sceglierà l'alternativa, fra le diverse possibili, che consenta di minimizzare i costi; ne deriva che nella maggior parte dei casi venga preferito lo smaltimento illecito, mediante il trasferimento oltre frontiera, poiché rappresenta la soluzione a minor costo²³. Sorge, dunque, il problema di comprendere quali sanzioni debbano essere introdotte affinché il "costo" della loro imposizione superi il vantaggio dello smaltimento illecito; tale risultato può concretizzarsi attraverso due vie o mediante la previsione di sanzioni pecuniarie elevate o attraverso l'introduzione di forme di *enforcement leverage*²⁴.

L'individuazione della sanzione pecuniaria efficiente risulta particolarmente complessa, poiché ai soggetti responsabili dei *dirty collar crimes* possono essere attribuite diverse figure di illecito con

21 HARRISON, *Law and economics in a nutshell*, St. Paul, MN, West Academic Publishing 2016, p. 249.

22 L'impatto dell'uomo sull'ambiente viene descritto in termini di feedback-loop, i quali risultano positivi quando le singole condotte contribuiscono a un trend generale, favorevole per l'ambiente, mentre vengono qualificati negativi quando l'attività umana indebolisce, invece di rafforzare, l'effetto positivo per l'ambiente.

TIETENBERG, LYNNE, *Environmental and natural resource economics*, The Pearson series in economics - Taylor and Francis, 11th edition, pp. 6-7.

23 WHITE, *Transnational Environmental Crime: Toward an Eco-global Criminology*, Routledge 2011, p.84.

24 SHINKUMA, SHUNSUKEMANAGI, *Effectiveness of policy against illegal disposal of waste*, Environ Econ Policy Stud 14/2012, p.124 Agricultural and Environmental Database, Julien Library Vermont Law School.



conseguente applicazione di distinti regimi sanzionatori, di diversa gravità. Nel singolo caso concreto, infatti, non è sempre agevole distinguere tra concorso nei delitti o negli illeciti in materia di rifiuti e il reato complesso di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti. Ai fini dell'individuazione della fattispecie da applicare sarà decisiva la consapevolezza del reo di apportare un contributo che arricchisca la stabilità e la continuità dell'attività organizzata, con relativo ingiusto profitto, ovvero la più circoscritta consapevolezza di svolgere singole operazioni illecite atomisticamente considerate, al di fuori di una stabile organizzazione²⁵. Ne deriva che nella prima ipotesi verrà applicata la pena prevista dall'art. 452 quaterdecies, mentre nella seconda saranno comminate le sanzioni previste per le singole ipotesi di illecito; in quest'ultimo caso può venire in rilievo l'ammenda prevista per la spedizione illecita di rifiuti da 1.550 euro a 26.000 euro di cui all'art. 259 del T.U. ambiente.

Quest'ultima solleva qualche dubbio di efficienza economica in termini di benessere per la collettività: secondo l'analisi economica, infatti, la sanzione preferibile non è solo quella in grado di indurre il comportamento ideale, ma anche quella in grado di ridurre i costi per la società ad essa connessi²⁶. La diminuzione della spesa, in particolare, viene realizzata attraverso l'imposizione di sanzioni pecuniarie ingenti, poiché esse comportano un'entrata per lo Stato, con la quale compensare i danni causati dalla condotta illecita. Ne deriva che una cornice edittale limitata, come quella prevista dall'art. 259 T.U. ambiente, può in alcuni casi non soddisfare l'esigenza di compensare il costo del danno ambientale con il beneficio dato dall'imposizione di un'ingente sanzione pecuniaria. Per soddisfare tale aspettativa molti ordinamenti europei hanno introdotto il sistema dei tassi giornalieri²⁷: il numero dei tassi è stabilito in base alla gravità del fatto, mentre il quantum del singolo tasso è determinato in base alle entrate e ai beni del singolo soggetto. La sanzione, perciò, da un lato, è basata sulla specifica situazione patrimoniale del singolo, soddisfacendo l'esigenza special-preventiva, dall'altro, sulla gravità del fatto, ottemperando alla logica riparatoria sottesa alla sanzione pecuniaria.

La tipologia di sanzione, tuttavia, non è l'unico elemento da considerare per valutare l'efficienza della pena in termini economici, poiché deve essere esaminato anche il rapporto fra la probabilità di imposizione della sanzione pecuniaria e la gravità della stessa, rispetto alla diversa propensione al rischio del singolo soggetto²⁸. La scelta dell'individuo, infatti, viene influenzata non solo dalla gravità della sanzione, ma anche dalla probabilità che essa venga effettivamente irrogata. Quest'ultimo aspetto costituisce l'elemento di criticità delle sanzioni pecuniarie in materia ambientale, poiché nell'esperienza europea si rileva il fenomeno delle *low senteces*, in quanto nella

25 RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giapicchelli Editore, Torino, 2016, pp. 181.

26 SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2004 p.495.

27 FAURE, HEINE, *Criminal enforcement of environmental law in the European Union*, The Hague Kluwer Law International, 2005, p. 56.

28 POLISNKY, SHAVELL, *The optimal trade-off between the probability and the magnitude of fines*, American economic review, 69 (5), December, 880-891, in *Economics of criminal law* a cura di S. D. Levitt and T. J. Miles., Cheltenham, Edward Elgar, c2008, p.65.



maggior parte dei casi vengono irrogate sanzioni lievi²⁹, perciò in concreto la sanzione pecuniaria difficilmente realizza un sufficiente effetto deterrente: il singolo soggetto deve decidere fra il traffico illecito a basso costo, che in rare ipotesi viene sanzionato e con pene esigue, e la condotta conforme alla disciplina in materia, che comporta ingenti costi, ne deriva che il singolo sceglierà la prima ipotesi, perché razionale in termini economici. L'applicazione di sanzioni esigue e in limitate ipotesi, secondo gli Stati, è dovuta principalmente a due fattori: da un lato, nella maggior parte degli Stati, l'organo giudiziario sembra avere ancora poca familiarità con gli illeciti in materia ambientale; dall'altro gli illeciti in materia di traffico illecito di rifiuti si ascrivono alla categoria dei *white collar crimes*, nei quali vengono coinvolte importanti imprese dei settori nevralgici, ciò influenza il potere giudiziario che nell'irrogare le sanzioni deve tener conto degli interessi socio-economici coinvolti³⁰. La Francia, per esempio, ha denunciato una pressione da parte delle organizzazioni di settore contro l'imposizione di sanzioni severe³¹.

Dunque, il fenomeno delle *low senteces* incide negativamente sulla valutazione dell'efficienza delle sanzioni pecuniarie previste dagli stati dell'Unione Europea, infatti, fra gli studiosi di analisi economica del diritto, non vi è un generale consenso circa l'efficacia deterrente della previsione di ingenti pene pecuniarie nello specifico settore del traffico illecito di rifiuti. Seppur le ingenti sanzioni pecuniarie per il traffico illecito abbiano comportato una riduzione delle violazioni delle norme, il sistema non sembra aver ottenuto i successi desiderati: il rispetto delle norme sembra essere aumentato tra il 10% e il 20%, sebbene le sanzioni siano state decuplicate³². Da ciò si potrebbe arguire che sia più efficiente seguire la seconda via, ossia un sistema di *enforcement leverage*, piuttosto che la previsione di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate. Tale secondo scenario risulta particolarmente efficiente, in quanto le imprese sarebbero incentivate a rispettare la disciplina, anche qualora i costi per adeguarsi risultassero maggiori rispetto a quelli della condotta illecita³³.

Si immagini di dividere le imprese in due diversi gruppi, nel primo gruppo saranno introdotte le imprese maggiormente rispettose della disciplina, nel secondo le imprese che mantengono, con più frequenza, le condotte illecite o al limite del lecito. La pubblica autorità avrà un atteggiamento differente rispetto ai due gruppi, in particolare, i soggetti della seconda categoria, saranno sottoposti a verifiche con più frequenza e in caso di violazioni riceveranno una sanzione più alta. Le imprese, del secondo gruppo, che devono sopportare costi non eccessivamente alti per rientrare nella sfera della liceità, decideranno di iniziare a rispettare le norme, anche se i costi eccedano i benefit, al fine

29 FAURE, GERSTETTER, SINA, VAGLIASINDI, *Instruments, Actors and Institutions in the Fight Against Environmental Crime. Study in the framework of the research project*, Berlin: Ecologic Institute, completato nel 2015, p. 121, consultabile online su www.efface.eu.

30 FAURE, HEINE, *Criminal enforcement of environmental law in the European Union*, The Hague Kluwer Law International, 2005, pp. 60-61.

31 FAURE, HEINE, *Criminal enforcement of environmental law in the European Union*, The Hague Kluwer Law International, 2005, p. 13.

32 SHINKUMA, SHUNSUKEMANAGI, *Effectiveness of policy against illegal disposal of waste*, *Environ Econ Policy Stud* n.14/2012, p.127, Agricultural and Environmental Database, Julien Library Vermont Law School.

33 SHINKUMA, SHUNSUKEMANAGI, *Effectiveness of policy against illegal disposal of waste*, *Environ Econ Policy Stud* n.14/2012, p.124, Agricultural and Environmental Database, Julien Library Vermont Law School.



di rientrare nel primo gruppo. Una volta entrati in tale gruppo, infatti saranno sottoposti a meno ispezioni e a sanzioni più moderate. Un siffatto modello comporta dei benefici anche per l'autorità pubblica, in quanto verrà raggiunto un più alto tasso di condotte conformi alle norme in materia, a fronte di un numero minore di ispezioni e quindi a fronte di minori costi³⁴.

Il modello descritto, dunque, mira a incentivare un "circolo virtuoso" fra imprese nel senso del pieno e costante adeguamento alla disciplina ambientale, mentre disincentiva il ricorso a pratiche illecite. Nella prassi, tuttavia, si riscontra uno stretto e costante legame fra eco-reati e criminalità d'impresa, poiché è nell'interesse di quest'ultima, che sono commessi gli illeciti³⁵. Lo scopo primario delle condotte in esame, infatti, attiene ai risparmi che l'impresa può realizzare in termini di minor costo di gestione e smaltimento e mancato adeguamento alla disciplina in materia ambientale; ne deriva che l'impresa è la prima e diretta beneficiaria della condotta illecita, mentre il vantaggio per la persona fisica è solo indiretto. La criminalità ambientale, dunque, diviene d'impresa con conseguente spersonalizzazione dei centri decisionali ed alla frantumazione dei processi causali, con conseguente offuscamento o dissolvimento delle responsabilità individuali³⁶.

Per fronteggiare tale fenomeno il legislatore italiano ha inserito alcuni illeciti ambientali nel catalogo dei reati presupposto previsti dal D.Lgs. 231 del 2001 relativo alla responsabilità da reato degli enti³⁷. Tale disciplina, perciò, costituisce un aspetto fondamentale dell'analisi economica degli illeciti ambientali, fra cui il traffico illecito di rifiuti verso paesi terzi: deve essere valutata l'idoneità del D.Lgs. 231 del 2001 a introdurre un sistema di costi e benefici adeguato a prevenire comportamenti illeciti e favorire condotte aziendali conformi alla legislazione ambientale.

La responsabilità degli enti presenta un'enorme potenzialità, poiché essa ha natura diretta e autonoma rispetto a quella dell'autore materiale del reato, poiché non è subordinata o alternativa a quella della persona fisica né presuppone l'accertamento della responsabilità per il reato presupposto³⁸. Ne deriva un allargamento dei soggetti responsabili per la condotta illecita nonché una maggiore probabilità che venga sanzionata la criminalità d'impresa. Dunque è ragionevole prospettare un'effettiva portata preventiva della disciplina in esame, la quale sembra tener conto della concreta organizzazione delle imprese, le quali presentano una complessità e opacità delle strutture gestionali che può rendere difficoltoso, a tratti impossibile, l'accertamento della responsabilità individuale³⁹. Tale aspetto, peraltro, sembra essere preso in considerazione anche

34 SHINKUMA, SHUNSUKEMANAGI, *Effectiveness of policy against illegal disposal of waste*, *Environ Econ Policy Stud* n.14/2012, p.125 Agricultural and Environmental Database, Julien Library, Vermont Law School.

35 PETELLA, *Ecoreati e responsabilità degli enti, criticità e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, n.1/2018, p. 323.

36 RAIMONDO, *la responsabilità degli enti per i delitti e le contravvenzioni ambientali: godot è arrivato?*, in *archiviodpc.dirittopenale.org*, 7 novembre 2016, p. 4.

37 D.Lgs. 231 del 2001, art. 25-undecies, reati ambientali.

38 D.Lgs. 231 del 2001, art. 8, autonomia delle responsabilità dell'ente, "la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'ammnistia".

39 DE SIMONE, *la responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *archiviodpc.dirittopenale.org*, 28 ottobre 2012, p.4.



nell'indicazione delle persone fisiche che commettono il reato presupposto⁴⁰: il legislatore ha utilizzato una formula elastica, tipizzando in chiave oggettivo-funzionale⁴¹ i diversi ruoli rivestiti dai soggetti, i quali possono essere coinvolti nella commissione del reato presupposto. Tale approccio consente di adattare la disposizione alla specifica struttura organizzativa del caso concreto e di comprendere tutti gli agenti, i quali possono avere un ruolo rilevante ai fini della responsabilità degli enti, anche gli amministratori di fatto o i collaboratori esterni; mentre viene neutralizzata la possibilità di creare strutture organizzative articolate in modo tale da eludere l'accertamento della responsabilità. L'attività d'impresa, nondimeno, è spesso caratterizzata dalla delega di funzioni, strumento fisiologico nella struttura aziendale, poiché risponde ad un'esigenza di razionalizzazione dei sistemi organizzativi, evidente nei sistemi di grandi dimensioni, ma presente altresì in quelle di dimensioni medie e piccole⁴². La delega, infatti, da un lato, assicura una più estesa e proficua partecipazione all'attività d'impresa; dall'altro punta ad evitare che le più alte figure gerarchiche restino esposte ad un inaccettabile responsabilità di posizione; infine la delega rappresenta una necessità, un mezzo addirittura doveroso per la più efficace salvaguardia dei beni giuridici esposti al rischio d'impresa⁴³. Ne deriva che lo strumento della delega, se utilizzato in modo corretto, non sottende la volontà di eludere il precetto penale, bensì diviene lo strumento per adempiere agli obblighi imposti dalla legge. Il decentramento gestionale, peraltro, comporta il frazionamento della posizione di garanzia originaria con conseguente moltiplicazione degli obbligati, in vista della massificazione del controllo delle fonti di pericolo⁴⁴. Il modello di responsabilizzazione basato sulla delega, in particolare, è disciplinato dagli art. 16 e 17 del D.Lgs. n. 81 del 2008⁴⁵, che ne determinano i presupposti e i conseguenti profili di responsabilità in capo ai

40 D.Lgs. 231 del 2001, art. 5, responsabilità dell'ente, "l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

41 DE SIMONE, *la responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *archiviodpc.dirittopenale.org*, 28 ottobre 2012, p.4.

42 VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni, l'organizzazione aziendale nei settori del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè editore, Milano, 2008, p. 2.

43 VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni, l'organizzazione aziendale nei settori del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè editore, Milano, 2008, p. 2.

44 VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni, l'organizzazione aziendale nei settori del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè editore, Milano, 2008, p. 21.

45 D.Lgs. 81 del 2008, art. 16 delega di funzione, "1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: a) che essa risulti da atto scritto recante data certa; b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate; e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.

2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.

3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4"; art. 17 obblighi del datore di lavoro non delegabili "1. Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività: a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi."



soggetti coinvolti: il delegante che affida le proprie funzioni al delegato non viene esonerato dalla responsabilità ad esse connessa, poiché la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. Il legislatore, perciò, ha accolto la teoria mediana, poiché la posizione di garanzia della quale è onerato il datore di lavoro non viene completamente trasferita in capo al delegato, come affermato dalla teoria funzionale, né la delega opera solamente sul piano soggettivo, come prospettato dalla concezione formale civilistica: essa, da un lato, costituisce un nuovo garante, il delegato, dall'altro modifica il contenuto dell'obbligo in capo al garante originario che non è più tenuto ad assolvere puntualmente agli adempimenti prevenzionistici, bensì a svolgere i compiti di vigilanza⁴⁶.

Le disposizioni richiamate, inizialmente introdotte per l'ambito lavoristico, vengono oggi estese dalla giurisprudenza anche alle deleghe poste in essere in altri settori, come quello ambientale⁴⁷. Quest'ultimo, infatti, presenta notevoli affinità con la tutela prevenzionistica, perciò, in ossequio al «principio di non contraddizione», non si può ammettere che il medesimo ordinamento, nella prospettiva di assicurare il rispetto del principio della personalità della responsabilità penale nel contesto di realtà organizzative articolate, consenta in alcuni casi la delega di funzioni, vietandola, per converso, rispetto ad adempimenti pure caratterizzati da analoga complessità ed esigenze di effettività⁴⁸.

L'applicazione generale della suddetta disciplina, dunque, consente di contrastare in modo efficace i tentativi di offuscamento organizzativo preordinato ad evitare qualsiasi forma di responsabilità, ai quali consegue l'indebolimento della portata preventiva della disciplina.

Oltre al nesso funzionale fra l'ente e l'autore materiale della condotta, sinora analizzato, il D.Lgs. 231 del 2001 richiede, ai fini dell'imputazione, altresì la commissione del reato nel suo "interesse e vantaggio". Tale criterio è particolarmente rilevante per l'analisi economica della disciplina, poiché costituisce la trasposizione normativa dei benefici economici connessi alla condotta illecita dell'ente. È opportuno domandarsi se la locuzione "interesse e vantaggio" sia idonea a identificare in modo complessivo le diverse forme di risparmio realizzate dall'impresa nella commissione della condotta illecita, le quali devono ricomprendere sia la minor spesa per l'adeguamento alla disciplina ambientale sia il guadagno dato dal ricorso alle modalità di smaltimento dei rifiuti illecite, meno onerose rispetto a quelle legali. I termini "interessi e vantaggio" hanno dato luogo a due diversi orientamenti interpretativi: secondo l'orientamento minoritario, la formula deve essere letta in chiave unitaria, per cui il criterio d'imputazione sarebbe costituito dall'interesse, mentre il vantaggio potrebbe al più rivestire un ruolo strumentale, probatorio, volto alla dimostrazione dell'esistenza dell'interesse; mentre secondo l'orientamento maggioritario, "ispirato anche dalla Relazione governativa al decreto legislativo, i due criteri d'imputazione dell'interesse e del vantaggio si

46 SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, n.4/2017, p. 121.

47 Cass. Sez. 3, Sentenza n. 31421 del 27/03/2018, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 27862 del 21/05/2015, RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giapicchelli Editore, Torino, 2016, pp. 76 e 77.

48 SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, n.4/2017, p. 120.



pongono in rapporto di alternatività, come confermato dalla congiunzione disgiuntiva "o" presente nel testo della disposizione. Si ritiene che il criterio dell'interesse esprima una valutazione teleologica del reato, apprezzabile ex ante, al momento della commissione del fatto, e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; e che il criterio del vantaggio abbia una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito⁴⁹."

La soluzione ermeneutica delineata dalla giurisprudenza permette, in ottica economica, di "quantificare" sia i benefici prospettati, sia il risparmio effettivamente realizzato dall'impresa, perciò di adeguare la sanzione al caso concreto. Ne deriva che all'impresa verrà imposto un costo parametrato all'effettivo guadagno realizzato tale da produrre un soddisfacente effetto deterrente. Il corretto bilanciamento fra costi e benefici in caso di responsabilità degli enti, infatti, trova parziale conferma sia nell'apparato sanzionatorio previsto, sia nel meccanismo premiale e nell'ipotesi di esclusione della responsabilità introdotte dal D.Lgs. 231 del 2001. La disciplina in esame, infatti, esime l'ente da ogni forma di responsabilità nel caso abbia adottato modelli di gestione ed organizzazione idonei a prevenire la commissione dei reati presupposto. Si prospettano politiche aziendali nelle quali vi sia un rinnovato interesse per i modelli di organizzazione che, muovendo dalle certificazioni ambientali maggiormente diffuse (ISO 14001 e EMAS), inglobino le regole e i protocolli necessari a far fronte ai rischi di commissione dei reati ambientali presupposto⁵⁰. Nel D.Lgs. 231 del 2001, tuttavia, non vengono chiariti i requisiti del modello organizzativo, né vengono esplicitamente richiamate le certificazioni ambientali, perciò, possono sorgere alcune incertezze applicative: viene lasciato un ampio spazio decisionale all'impresa circa il modello da adottare, nonché un'ampia discrezione al giudice di merito nel valutare l'adeguatezza del modello nel caso concreto. A tal proposito è auspicabile un meccanismo di cooperazione tra imprese e autorità amministrative di tutela ambientale nella predisposizione dei modelli organizzativi: la prevenzione ambientale non è una questione esclusivamente di organizzazione aziendale ma anche tecnico-scientifica, sarebbe utile e funzionale ad un'ordinata ed efficace gestione della prevenzione ambientale che il ruolo delle autorità amministrative si spingesse anche ad un momento di cooperazione o di consulenza nella redazione del modello organizzativo in relazione alle conoscenze tecnico-scientifiche necessarie⁵¹. L'introduzione di modelli organizzativi adeguati, peraltro, rileva anche ai fini del calcolo della sanzione pecuniaria in caso di responsabilità dell'ente: il D.Lgs. 231 del 2001, infatti, ha introdotto un sistema premiale, che comporta la riduzione della sanzione pecuniaria, nel caso in cui l'ente responsabile si sia attivato per eliminare le conseguenze dannose della propria condotta, nonché per adottare gli opportuni modelli organizzativi⁵².

49 Cass., S.U., n. 38343 del 2014, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 34293 del 2018.

50 RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giapicchelli Editore, Torino, 2016, p. 75.

51 PALAZZO, *I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, n.1/2018, p. 332.

52 D.Lgs. 231 del 2001, art. 12 casi di riduzione della sanzione pecuniaria, "la sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal



Un siffatto meccanismo premiale risulta particolarmente efficiente in termini economici, poiché tali misure riducono i costi sostenuti dalla società, conseguenti alla condotta illecita, attraverso la semplice riduzione della cornice edittale della sanzione⁵³. Invero l'ente responsabile sosterrà direttamente i costi connessi all'eliminazione delle conseguenze propria condotta illecita, mentre la società non subirà alcuna esternalità negativa.

Tale finalità sia preventiva che riparatoria si riscontra anche nella previsione di sanzioni pecuniarie particolarmente onerose, calcolate con il sistema della suddivisione in quote. Le conseguenze sanzionatorie, in questo modo, vengono adeguate ai benefici concretamente ottenuti dall'impresa, nonché alle caratteristiche della stessa⁵⁴, così da rappresentare un costo effettivo da sostenere dovuto alla condotta illecita, la quale diviene meno conveniente per la criminalità d'impresa.

Sono stati sollevati, tuttavia, alcuni dubbi circa la proporzionalità delle quote nei confronti delle piccole-medie imprese: per tali realtà economiche, che costituiscono gli attori principali del sistema italiano, si potrebbe ravvisare un eccessivo rigore, poiché vi è un considerevole rischio di duplicazione sanzionatoria, stante la sostanziale identificazione fra persona fisica che agisce in nome e per conto per la società e impresa stessa⁵⁵. Tale critica, tuttavia, sembra non tenere conto della possibilità di valutare le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente nell'applicazione in concreto del sistema della suddivisione in quote, la quale permette di assicurare l'efficacia della sanzione, senza frustrare l'esigenza di proporzionalità della stessa. La sanzione pecuniaria, inoltre, in ottica economica risulta ottimale, poiché comporta un'entrata per lo Stato, la quale può essere utilizzata per riparare il danno arrecato all'ambiente, il cui costo, perciò, non sarà sostenuto dalla collettività.

Tale beneficio risulta ancora più evidente nella previsione della confisca del prezzo o del profitto del reato, anche per equivalente, la quale è sempre disposta nei confronti dell'ente⁵⁶. La misura ablatoria, quindi, assume una funzione di riequilibrio economico, poiché il vantaggio realizzato

senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

3. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi”.

53 SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 523.

54 D.Lgs. 231 del 2001, art.11, criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria “1. Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

2. L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione”.

55 RAIMONDO, *la responsabilità degli enti per i delitti e le contravvenzioni ambientali: godot è arrivato?*, in *archiviodpc.dirittopenale.org*, 7 novembre 2016, p. 15.

56 D.Lgs. 231 del 2001, art. 19 confisca, “1. Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

2. Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato”.



dall'ente grazie alla condotta illecita viene tramutato in un beneficio per l'intera collettività; quanto confiscano può divenire la risorsa per realizzare le misure di bonifica e ripristino. Emerge con chiarezza la volontà del legislatore di internalizzare i costi dell'intervento in capo all'ente per compensare i benefici da essa realizzati a scapito della collettività. Il risultato economico può raggiungere un'entità particolarmente elevata, l'enorme potenzialità della disciplina è esemplificata dal caso Ilva: è stato inizialmente disposto un sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, di 8 miliardi e 100 milioni di euro pari alla somma necessaria per le opere di risanamento ambientale previste⁵⁷. L'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, inoltre, è favorita dalla giurisprudenza di legittimità, poiché non viene richiesta *“la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, nè la loro gravità, nè il "periculum" richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321 cod. proc. pen., essendo sufficiente accertare la confiscabilità dei beni una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato*⁵⁸”.

La disciplina in esame, dunque, da un lato, introduce un sistema sanzionatorio connotato da un'indubbia severità capace di realizzare un effetto deterrente notevole, dall'altro, favorisce una complementare tutela di tipo ripristinatorio. Il decreto, tuttavia, presenta ancora dei deficit applicativi, poiché si segnala un utilizzo ancora sporadico della normativa, che ne indebolisce l'enorme potenzialità astratta⁵⁹.

4. La sanzione ottimale per la criminalità organizzata

Nel 2012 UNDOC (United Nations Office on Drugs and Crime) ha avviato una nuova campagna dal titolo *“transitional organized crimes group: Let's put them out of business”* nella quale si fa riferimento esplicito all'attività di tali gruppi nell'ambito dei reati ambientali⁶⁰. Perciò è opportuno definire quale sia la sanzione ottimale per escludere dal settore dello smaltimento rifiuti l'offerta illecita dei gruppi criminali organizzati, mediante l'imposizione di sanzioni tali da costruire uno svantaggio eccessivo, in termini economici, rispetto al guadagno realizzato con l'attività illecita.

A tal proposito la prima problematica attiene alla bassa probabilità per i gruppi criminali di essere indagati e condannati, invero, il reato di traffico illecito di rifiuti, in rare occasioni, risulta essere oggetto di reports e di indagini, ciò comporta solo una parziale e insufficiente identificazione dei gruppi criminali coinvolti⁶¹. Per superare tale difficoltà, da un lato, dovrebbero essere affrontati i problemi di tipo operativo, che limitano la lotta alla criminalità organizzata nel settore ambientale,

57 RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giapicchelli Editore, Torino, 2016, p. 72.

58 Cass., Sez. II, sentenza n. 34293 del 2018.

59 RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giapicchelli Editore, Torino, 2016, p. 74.

60 UNDOC, *Transnational Organized Crime – The Globalized Illegal Economy*, p. 2 http://www.unodc.org/documents/toc/factsheets/TOC12_fs_general_EN_HIRES.pdf.

61 EUROJUST, *Strategic Project on Environmental Crime Report*, ottobre 2014, p. 16, consultabile online su <http://www.envicrimenet.eu/reports>.



come l'assenza di unità investigative specificatamente dedicate a tali reati, la scarsità di personale con un'adeguata formazione e budget insufficienti per introdurre tecniche investigative sofisticate⁶². Dall'altro, il quadro normativo dovrebbe essere modificato e integrato, posto che risulta inadeguato ad affrontare fenomeni criminali di tale portata nel settore ambientale; invero, i reati ambientali, tra i quali il movimento illecito di rifiuti, ancora sembrano non avere un ruolo centrale, nelle disposizioni specificatamente dedicate alla criminalità organizzata⁶³. A differenza del quadro generale richiamato, tuttavia, l'ordinamento italiano prevede la fattispecie di reato cui all'art. 452 quaterdecies del codice penale, attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, la quale può essere analizzata, con gli strumenti della teoria economica, per comprendere se possa costituire un modello per gli altri Stati.

La previsione di una fattispecie comune di reato di traffico illecito di rifiuti, specie se svolto in forma organizzata, permetterebbe di superare le disomogeneità fra i diversi Stati membri, nonché di raggiungere tre risultati positivi: in primo luogo in primo luogo, quello di evitare aree di impunità ovvero "paradisi ambientali" (*pollution havens*) in cui si possa danneggiare l'ambiente senza pagarne le conseguenze in sede penale con sanzioni parametriche al disvalore dell'attività criminosa; in secondo luogo, quello di scongiurare fenomeni di c.d. "forum shopping", in cui il delinquente possa sfruttare le disparità di trattamento sanzionatorio nei vari sistemi legali per insediare la sede principale della propria attività criminale nella nazione con il trattamento punitivo più leggero; in terzo e ultimo luogo, quello di facilitare, in virtù di una comune base legale, la cooperazione giudiziaria e investigativa nel contrasto a tale forma di crimine⁶⁴.

La fattispecie in esame introduce come pena principale la reclusione da 1 a 6 anni, dunque è prevista una cornice edittale analoga a quella delle figure di reato di inquinamento ambientale e di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, le quali realizzano un medesimo grado di offesa del bene tutelato. Tuttavia secondo le stime di Legambiente il traffico illecito di rifiuti in costante aumento, con la conseguente realizzazione di ingenti profitti⁶⁵. Pertanto sorge l'interrogativo circa la sufficienza della cornice edittale prevista per configurare un costo, relativo alla condotta illecita, pari o e addirittura eccedente rispetto agli ingenti profitti del mercato illecito; invero solo se viene soddisfatto tale presupposto la pena, secondo i canoni economici, avrà un effetto deterrente. Tale quesito può essere affrontato mediante il richiamo di alcuni dei principi dell'analisi economica del diritto introdotti dallo studioso Shavell.

Secondo un primo assunto, nel caso in cui la condotta illecita generi vantaggi particolarmente elevati la pena, ancorché particolarmente grave, perfino l'ergastolo, non genera nessun effetto

62 ENVICRIMENET, *Intelligence project on Environmental crime, Report on Environmental Crime in Europe*, The Hague, 20.02.2015, p. 16.

http://www.envicrimenet.eu/images/docs/ipecc_report_on_environmental_crime_in_europe.pdf.

63 FAURE, GERSTETTER, SINA, VAGLIASINDI, *Instruments, Actors and Institutions in the Fight Against Environmental Crime. Study in the framework of the research project*, Berlin: Ecologic Institute, completato nel 2015, p.96, consultabile online su www.efface.eu.

64 BELLACOSA, *Il contrasto in europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale: il ruolo del diritto penale nell'ambito di un approccio interdisciplinare*, in *sistemapenale.it*, 25 febbraio 2020, p. 18.

65 Comunicato stampa Legambiente, 4 luglio 2019, <https://www.legambiente.it/contenuti/dossier/ecomafia-20179>.



deterrente nei confronti del soggetto, in quanto non eguaglia il profitto⁶⁶. Ne consegue che, nella situazione appena descritta, della quale il traffico illecito di rifiuti rappresenta un esempio concreto, la scelta ottimale dovrebbe essere non applicare alcuna sanzione, anche se il comportamento è dannoso per la società, in quanto l'eventuale limitazione della libertà comporta un costo per la società, senza generare alcun effetto deterrente sull'individuo. Tuttavia, tale conclusione, non è condivisibile in quanto trova giustificazione solo nell'ottica economica, focalizzata sull'effetto preventivo, mentre trascura la portata rieducativa della pena. Peraltro, l'esigua portata general-preventiva della sanzione in esame è dovuta in gran parte dalla bassa probabilità che i soggetti vengano in concreto condannati a pene severe, come dimostra il fenomeno del *low senteces* prima richiamato. Dunque, l'inefficienza della pena è dovuta non già alla cornice edittale prevista in astratto, bensì alla sua applicazione nel singolo caso; su quest'ultimo aspetto è opportuno intervenire, mentre non è necessaria una modifica della pena prevista dal legislatore. Peraltro non può essere trascurato che oltre alla pena della reclusione sono previste altre conseguenze sanzionatorie, le quali concorrono alla determinazione del costo della condotta illecita per la criminalità organizzata.

In particolare vengono introdotte due previsioni, che costituiscono, sul piano sostanziale, un pena pecuniaria in quanto, da un lato, generano un costo in capo al soggetto che commette la condotta illecita, dall'altro, permettono allo stato di realizzare delle entrate volte a compensare le esternalità negative, nel nostro caso il danno per l'ambiente, prodotte dalla condotta illecita.

In primo luogo, la disposizione in esame introduce la possibilità di condannare il reo al ripristino dello stato dell'ambiente o subordinare la sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno per l'ambiente e per la salute. Tale previsione è particolarmente efficiente perché coniuga prospettiva ripartiva e preventiva: da un lato il soggetto sostiene i costi da esso provocati, dall'altro, la minaccia di dover affrontare le ingenti spese di bonifica renderà più alte il prezzo prospettato per il compimento dell'attività illecita, così riducendo i vantaggi della stessa. In secondo luogo, la fattispecie prevede la confisca delle cose che sono servite a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, dunque, anche in questo caso si raggiunge un risultato particolarmente efficiente: da un lato, il reo viene privato del capitale materiale necessario alla commissione della condotta e altresì dei guadagni a essa conseguenti, dunque riducendo il vantaggio della condotta; dall'altro, i beni confiscati vengono restituiti alla collettività, essi dunque costituiscono delle utilità, che potranno compensare l'offesa dalla società. Infine il quadro sanzionatorio viene completato dalla previsione delle pene accessorie di cui agli artt. 28, 30, 32-bis, 32-ter, 32-quater del codice penale.

Esse, dal punto di vista economico, sono particolarmente efficienti, in quanto esse comportano, a differenza della reclusione, un basso costo di imposizione e al contempo presentano una notevole portata general-preventiva, in quanto le varie interdizioni e incapacità previste limitano fortemente le future attività imprenditoriali dei soggetti condannati e quindi indeboliscono la tenuta del mercato

⁶⁶ SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 495.



illecito della criminalità organizzata. Ad esempio, l'incapacità a concludere contratti con la pubblica amministrazione, limita l'infiltrazione dei gruppi criminali organizzati negli appalti pubblici relativi alla gestione dei rifiuti e nelle attività di bonifica dei siti contaminati, invero, quest'ultime attività, invece di ripristinare in concreto il danno ambientale arrecato, costituiscono un'ulteriore occasione per compiere attività illecite.

L'analisi sinora svolta deve essere completata con la considerazione di due fattori che concorrono a determinare il quadro sanzionatorio in esame, ossia gli artt. 452-decies e 452-novies del codice penale. Da un lato, l'articolo 452-decies del codice penale introduce un sistema premiale, la figura del ravvedimento operoso, la quale viene valutata in termini positivi anche dalla teoria economica: nel caso del traffico illecito dei rifiuti è lo stesso reo ad evitare che la sua condotta comporti conseguenze maggiormente gravi, oppure provvede alla bonifica, al ripristino, alla messa in sicurezza dei luoghi, quindi in entrambi i casi il reo internalizza i costi, relativi ai danni da lui provocati. Dall'altro, l'art. 452-novies introduce l'aggravante ambientale applicabile a tutti i casi in cui un fatto già previsto come reato sia commesso allo scopo di eseguire uno o più tra i delitti contro l'ambiente. Tale previsione normativa, secondo i principi della teoria economica funge da elemento deterrente marginale: la commissione di un reato ambientale comporta una sanzione più elevata, perciò il soggetto sarà portato a perseguire finalità differenti. Tuttavia, tale effetto positivo racchiude un elemento di ambiguità, in quanto la suddetta aggravante allontana dallo scopo da essa previsto, ma ciò non esclude che la condotta dei soggetti sia finalizzata ad altre condotte illecite anche più gravi.

Alla luce dell'analisi economica sinora svolta, può concludersi che la fattispecie di cui all'art. 452 quaterdecies del codice penale rappresenta in astratto un modello efficiente per contrastare la criminalità organizzata protagonista del traffico illecito dei rifiuti. Tuttavia tale fattispecie si ascrive alle disposizioni in materia ambientale, le quali in concreto o non vengono applicate o vengono comminate in entità lieve, con il conseguente indebolimento del loro effetto deterrente.

5. Conclusioni: verso un modello economico alternativo?

Le teorie economiche possono essere uno strumento utile per determinare un quadro sanzionatorio efficiente, tale da realizzare un soddisfacente effetto deterrente, tuttavia gli stessi studi economici dimostrano come l'introduzione di appositi illeciti in materia di rifiuti non sia la soluzione definitiva per contrastare il mercato illegale. Invero, se la prospettiva microeconomia descrive le scelte del singolo soggetto coinvolto in tale mercato, la teoria macroeconomica dimostra come l'ingente volume di rifiuti sia un portato necessario della nostra crescita. Il volume di rifiuti, infatti, è conseguenza sia dell'attività produttiva, sia all'abbandono del prodotto finito dopo il suo



consumo⁶⁷, dunque il nostro modello di crescita economica comporta necessariamente l'accumulo di un volume insostenibile di rifiuti, è essa stessa a creare il presupposto per il fiorire del mercato illegale. Ne consegue che l'unica via per sradicare tale mercato è introdurre un nuovo modello economico: passare dal sistema lineare a quello circolare, nel quale la crescita non abbia come conseguenza necessaria la produzione di rifiuti e dunque venga meno il presupposto per il relativo mercato illegale.

A tal proposito, nell'ordinamento europeo vi sono segnali positivi circa l'implementazione del modello circolare: l'Unione Europea ne sostiene l'introduzione nel programma “*Roadmap to a Resource Efficient Europe*”⁶⁸, nel quale, in riferimento al settore dei rifiuti, vengono incentivati, in linea con un modello circolare, i sistemi di riciclo i prodotti la cui progettazione assicurino il c.d. *life-cycle approach*⁶⁹. Già alcuni paesi come la Germania, i Paesi Bassi e il Regno Unito hanno risposto positivamente a tale proposta, introducendo dei sistemi in linea al programma⁷⁰.

Tali dati dimostrano come l'analisi economica ci riconduca a uno dei principi generali della disciplina penalistica, ossia il principio dell'*extrema ratio*: solo le condotte più gravi, nelle quali i gruppi criminali organizzati sono direttamente coinvolti, richiedono l'introduzione di figure di reato adeguate; mentre gli illeciti minori, seppur costituiscano il presupposto dell'attività di tali gruppi, possono essere contrastati attraverso un altro strumento, più efficace delle sanzioni penali ed amministrative, ossia lo sviluppo sostenibile.

67 WHITE, *Transnational Environmental Crime: Toward an Eco-global Criminology*, Routledge 2011, p.73.

68 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Roadmap to a Resource Efficient Europe*, COM(2011)571, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0571>.

69 Punto 3.2 del Piano, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0571>.

70 PRESTON, *A Global Redesign? Shaping the Circular Economy, Energy, Environment and Resource Governance, March 2012, EERG BP 2012/02*, p.4, <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/182376>.