



Rivista Trimestrale - 1/2018

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



I traffici illeciti nel mediterraneo.
Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale
AA.VV.

Il nuovo diritto penale ambientale.
Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori
AA.VV.

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*

Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, attualmente edito dall'Associazione "Progetto giustizia penale", il cui presidente e direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di peer review. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.

Modalità di citazione

Per la citazione dei contributi qui pubblicati, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, currently edited by the “Progetto giustizia penale” association, whose president and scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from several universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals, judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” are attributed to the authors under a *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia” (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

This Journal adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) approved by the COPE (Committee on Publication Ethics)

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a peer review procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the reviewers, selected on a rotational basis and according to their specific competence among the members of the Advisory Board.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two peer reviewers, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law reviews. A work is published only if it is approved by both reviewers. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the peer review procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

EDITORIALE	In questo numero Francesco Viganò	1
I TRAFFICI ILLECITI NEL MEDITERRANEO	I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale Vincenzo Militello	4
	Il metodo mafioso nello spazio transfrontaliero Andrea Apollonio	10
	Le 'nuove' misure di congelamento nazionali e il traffico di capitali volti al finanziamento del terrorismo Marco Cerfeda	21
	Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme Luca Baron	37
	Osservazioni in ordine all'accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca Edoardo Bandiera	48
	La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni Luigi Palmieri	59
	Sequestro preventivo e confisca quali strumenti di contrasto del traffico di migranti in ambito europeo e internazionale Veronica Tondi	67
	Dalla "vittoria di Nicosia" alla "navetta" legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali Luca D'Agostino	78
	Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto Marta Palmisano	93
	Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea Javier Escobar Veas	111

	La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-<i>smuggling</i> e anti-<i>trafficking</i>	121
	Federica Urban	
	I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare	134
	Silvia Bernardi	
	Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare	145
	Salvatore Orlando	
	Mutamenti nella politica criminale dell'Unione	159
	Marcello Sestieri	
	Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno	168
	Emanuele Birritteri	
	<i>L'insostenibile leggerezza. La non punibilità del fatto avente ad oggetto droghe leggere tra prospettive di riforma e ripieghi ermeneutici</i>	178
	Edoardo Mazzanti	
IL NUOVO DIRITTO PENALE AMBIENTALE	Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori	190
	Paola Severino	
	<i>Le best available techniques</i> nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza	196
	Marinella Bosi	
	I riflessi del danno ambientale sulla salute umana	212
	Stefano Zirulia	
	Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali	232
	Matteo Leonida Mattheudakis	
	Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente	243
	Ilaria Salvemme	
	La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva	259
	Veronica Manca	

La prescrizione dei reati ambientali: efficacia, coerenza, ragionevolezza?	272
Enrico Cottu	
La “diversione” ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche	293
Adriano Martufi	
Responsabilità degli enti e reati ambientali al banco di prova del principio di legalità	305
Rossella Sabia	
Ecoreati e responsabilità degli enti	320
Sara Petella	
I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente	329
Francesco Palazzo	

EDITORIAL	In this issue	1
	Francesco Viganò	
ILLICIT TRAFFICKING IN THE MEDITERRANEAN REGION	Illicit Traffics in the Mediterranean Area. Prevention and Repression in National, European and International Law	4
	Vincenzo Militello	
	Mafia method across borders	10
	Andrea Apollonio	
	The New National Measures of Asset Freezing Against Financing of Terrorism	21
	Marco Cerfeda	
	The role of confiscation in the fight against ‘economic crime’: an overview	37
	Luca Baron	
	Observations in order to the evidences in the different models of forfeiture	48
	Edoardo Bandiera	
	The new discipline of the computer sensor between investigative needs and protection of fundamental rights From “Scurato” judgment to interception reform	59
	Luigi Palmieri	
	Freezing and Confiscation Orders as a Way to Combat the Smuggling of Migrants, in the European and International Context	67
	Veronica Tondi	
	From the "Victory of Nicosia" to the Legislative “Dinghy”: new regulatory outcomes for contrasting the Illicit Trafficking of Cultural Property	78
	Luca D’Agostino	
	Illegal Waste Trafficking in the Mediterranean area: Phenomenology and Measures of Contrast	93
	Marta Palmisano	
	The Profit Aim in the Crime of Smuggling of Migrants: Critical Analysis of European Legislation	111
	Javier Escobar Veas	

	Italian Criminal Legislation as a Model for Implementing the Supranational and International Regulation for Anti-Smuggling and Anti-Trafficking	121
	Federica Urban	
	(Possible) Criminal Profiles of Search and Rescue Activities at Sea	134
	Silvia Bernardi	
	Jurisdictional Issues in the Fight Against Migrant Smuggling on the Sea	145
	Salvatore Orlando	
	Changes in EU criminal policy	159
	Marcello Sestieri	
	The Concurrence of Mafia-Type Conspiracy and Drug Trafficking Conspiracy: Searching for a Rational Way to Fight the Phenomenon	168
	Emanuele Birritteri	
	<i>The Unbearable Softness. Decriminalization of Soft-Drug Offenses Between Law in the Book and Law in Action</i>	178
	Edoardo Mazzanti	
THE NEW ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW	The New Environmental Criminal Law. Issues Concerning Crime Theory and Sanctions	190
	Paola Severino	
	The Best Available Techniques on Defining the Case in Issue and on the Culpability Verdict	196
	Marinella Bosi	
	Environmental damage and its consequences on human health	212
	Stefano Zirulia	
	Legislative Options about Mens Rea in New Environmental Crimes	232
	Matteo Leonida Mattheudakis	
	The role of precautionary principle in the “new” environmental criminal law	243
	Ilaria Salvemme	
	Protection of Victims of Environmental Crimes: the Case-law Ilva	259
	Veronica Manca	

The Limitation Period of Environmental Crimes: Effectiveness, Consistency, Reasonableness?	272
Enrico Cottu	
The Environmental “Diversion”: Reductionist Effects and Systemic Concerns	293
Adriano Martufi	
Assessing Corporate Criminal Liability for Environmental Crimes in the Light of the Principle of Legality	305
Rossella Sabia	
Environmental Crimes and Corporate Criminal Liability	320
Sara Petella	
Criminal liability of individuals and corporations for new environmental crimes	329
Francesco Palazzo	

1

In questo numero

Francesco Viganò

In questo numero

In This Issue

FRANCESCO VIGANÒ

Giudice della Corte costituzionale

Ordinario di Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

francesco.vigano@unibocconi.it

1.

Questo numero è interamente riservato alla pubblicazione degli atti di due importanti eventi organizzati o co-organizzati dall'Associazione internazionale di diritto penale – Gruppo italiano, con cui la nostra *Rivista trimestrale* ha ormai stabilito uno stabile rapporto di collaborazione.

Il primo di essi, al quale si riferisce la nostra copertina, è rappresentato dalla ottava edizione del corso per dottorandi in diritto penale e procedura penale “Giuliano Vassalli”, organizzato come di consueto dal Siracusa International Institute in cooperazione con l'AIDP e svoltosi tra il 23 e il 25 novembre 2017 nella meravigliosa cornice barocca di Noto. Questa edizione, coordinata da un comitato scientifico composto da Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Stefano Manacorda, Vincenzo Militello, Tommaso Rafaraci, Elisabetta Rosi e dal sottoscritto, è stata dedicata ai traffici illeciti nel Mediterraneo, e alla loro prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale: tema purtroppo di sempre maggiore attualità e drammaticità, che pone interrogativi di assoluta rilevanza sul fronte del diritto internazionale così come del diritto penale, su uno sfondo normativo multilivello nel quale è sempre meno agevole districarsi.

Le relazioni qui pubblicate, tutte nuovamente vagliate ai fini della pubblicazione in questa sede dal nostro comitato scientifico, hanno affrontato tematiche variamente connesse al fenomeno del traffico: a cominciare dagli odiosi traffici di migranti e di esseri umani, e della connessa – e assai spinosa – questione dei limiti di liceità dei soccorsi in mare, senza trascurare però altri traffici criminosi che si svolgono intensamente attraverso le rotte del Mediterraneo, come nel caso – sempre più al centro dell'attenzione della comunità internazionale – del traffico di beni culturali, nonché del contrabbando di tabacco e del traffico di stupefacenti, affrontati anche sotto il profilo della valutazione politico-criminale della congruità delle rispettive incriminazioni.

2.

Sono poi pubblicati integralmente gli atti del convegno “Il nuovo diritto penale ambientale”, organizzato dalla sezione Giovani penalisti dell'Associazione internazionale di diritto penale (gruppo italiano), tenutosi presso l'Università degli Studi di Firenze il 2 dicembre 2016.

Gli atti si aprono con la relazione della prof.ssa Paola Severino, Presidente del gruppo italiano dell'AIDP, che illustra gli snodi di fondo della riforma e le sue direttrici di politica criminale; e si concludono con la relazione del prof. Francesco Palazzo, che mette a fuoco luci ed ombre della novella, soffermandosi in particolare sul suo problematico coordinamento con la disciplina della responsabilità da reato degli enti.

All'interno di questa autorevole cornice si collocano i contributi dei giovani membri della prestigiosa associazione, che affrontano alcuni dei nodi centrali che la prassi in materia di ecoreati è oggi chiamata a sciogliere. I temi trattati si connotano per il loro carattere altamente tecnico, ma al contempo saldamente ancorato alle categorie generali dell'illecito penale; non

meno apprezzabile è l'attenzione prestata ai profili *lato sensu* sanzionatori, ed a quelli relativi alla responsabilità delle persone giuridiche.

Si tratta, in definitiva, di contributi preziosi, la cui pubblicazione auspichiamo costituisca un nuovo tassello nel (talvolta accidentato) cammino verso una tutela penale dell'ambiente nel complesso più razionale ed efficace, oltre che allineata ai vincoli sovranazionali ed alle garanzie costituzionali.

3.

L'intero numero vuole essere occasione per ricordare una giovane studiosa, Susanna Crispino, che ha preso attivamente parte alle iniziative del Gruppo italiano dell'AIDP e che è recentemente scomparsa.

Nella sua introduzione agli atti del Convegno di Noto, Vincenzo Militello ha richiamato la viva intelligenza e la passione civile che, insieme all'entusiasmo nella ricerca, hanno contraddistinto la presenza di Susanna Crispino a tanti incontri ai quali io stesso ho partecipato.

A Lei va il nostro pensiero più sincero e affettuoso.

I TRAFFICI ILLECITI NEL MEDITERRANEO
ILLICIT TRAFFICKING IN THE MEDITERRANEAN REGION

I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale

Introduzione alla selezione di contributi al VIII Corso interdotto di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti (ISISC-AIDP Gruppo Italiano – Noto, 23-25 novembre 2017)

Illicit Traffics in the Mediterranean Area. Prevention and Repression in National, European and International Law

Introduction to the selected papers of the 8th Training Course on Criminal Law and Procedure "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates and Young Penalists (ISISC-AIDP Italian Group – Noto, 23-25 November 2017)

VINCENZO MILITELLO

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Palermo
vincenzo.militello@unipa.it*

TRAFFICI ILLECITI, MARE MEDITERRANEO,
ORGANIZZAZIONI CRIMINALI TRANSNAZIONALI,
UNIONE EUROPEA

ILICIT TRAFFICS, MEDITERRANEAN SEA,
TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME,
EUROPEAN UNION

ABSTRACT

Il testo presenta il tema dei traffici illeciti nel Mediterraneo, oggetto del VIII Corso "Giuliano Vassalli" per dottorandi, svoltosi a Noto nel 2017, anche in relazione ai contributi dei partecipanti ai lavori, una selezione dei quali viene di seguito pubblicata.

The text presents the topics of the illicit traffics in the Mediterranean area, which was the subject of the 8th Training Course "Giuliano Vassalli" for PhD Candidates, held in Noto in 2017. The remarks are complemented by references to the following contributions of the participants selected for the publication.

1. L'altro mercato.

Quando Adam Smith conìò la metafora della mano invisibile del mercato difficilmente pensava che essa potesse valere per descrivere non solo i benefici collettivi prodotti dall'interesse egoistico dei soggetti che realizzano scambi leciti sotto gli occhi di tutti, ma anche la volontà di nascondere le azioni che soddisfano quello stesso interesse quando però il suo soddisfacimento sia socialmente negativo e dunque si realizza in un ambito di mercato considerato illecito. Qui però la mano invisibile assume un significato particolare, perché si tratta di "mercati senza etica"¹ che si potrebbero definire 'necessari': non solo non rispettano i valori collettivi per la cui tutela sono regolati i mercati leciti e l'esercizio delle relative attività imprenditoriali, ma sin dall'inizio configurano ambiti del tutto illeciti di attività, violando le norme che precludono lo stesso ingresso in tali mercati.

Si tratta di sistemi complessi multiagente e multifattoriali, sviluppatisi in tempi diversi e più o meno articolati, la cui dimensione, struttura e dinamica sono di difficile intellegibilità anche proprio per la invisibilità che li caratterizza. I comportamenti degli agenti che li popolano sono comunque influenzati in modo non marginale dagli interventi volti a prevenire i comportamenti dei consumatori dei beni scambiati illecitamente, come anche dalle norme che contrastano chi interviene sull'offerta degli stessi. Questi in particolare non sono i singoli individui a cui Adam Smith riferiva l'azione della mano invisibile (sia pure per tipologie: il macellaio, il birraio, il fornaio...), ma organizzazioni che si compongono di una pluralità di soggetti, spesso strutturate in modo gerarchico e con relazioni reciproche fra gruppi diversi, tanto collaborative, quanto di opposizione per controllare una determinata fetta di mercato in uno specifico ambito territoriale di operatività.

Se l'efficacia dell'azione di contrasto delle organizzazioni criminali assume dunque un ruolo importante nella dinamica dei mercati illeciti, non si può peraltro trascurare l'incidenza di fattori socio-economici che ne alimentano l'esistenza e la diffusione. Come è noto, il traffico di migranti è connesso al generale incremento della mobilità delle persone ed è spinto in particolare dal bisogno di una esistenza migliore che anima intere popolazioni in paesi devastati dalla fame o dalle guerre. D'altra parte, il mercato degli stupefacenti è sorretto da una domanda che è correlata alla crescita dei ritmi vitali e produttivi delle società occidentali, la cui accelerazione genera nell'individuo ansia, stress, senso di inadeguatezza ai modelli di comportamento diffusi.

E la varietà degli elementi da considerare è ulteriormente dipendente dalle molteplici tipologie di mercati illeciti, che – solo per riferirsi ai più diffusi – riguardano, oltre a quelli appena menzionati, anche armi, beni culturali, rifiuti, organi umani sino al contrabbando di sigarette. In un'analisi non superficiale ciascuno di questi ambiti presenta specificità e problemi particolari, che non sarebbe opportuno trascurare, così come elementi e fattori analoghi, che vanno adeguatamente messi in luce. Solo per limitarsi a pochi esempi, quanto alle differenze specifiche fra le diverse tipologie di traffici illeciti si pensi alla condizione del migrante che nel rivolgersi a chi lo aiuterà ad entrare in un diverso paese, affronta il viaggio verso la meta sperata, con il suo carico di pericolosità per la propria persona e spesso per i propri familiari; ben diversa è la posizione di chi si limita a ricevere un bene (si pensi ad un'opera d'arte, ma anche rifiuti o armi) senza rischiare se non una perdita patrimoniale. All'opposto, fra gli elementi comuni basterà richiamare il tratto transfrontaliero che si riscontra diffusamente nella realizzazione dei traffici illeciti più differenziati.

2. Scenario.

L'orizzonte problematico dei traffici illeciti, già come si è visto tanto ampio, assume un significato particolare se lo si riferisce ad un ambito specifico quale l'area del Mediterraneo, per

¹ Per riprendere l'immagine di STELLA, *Il mercato senza etica*, in DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2012, VI s.

un verso restringendosi la portata delle questioni connesse a mercati che come quelli illeciti (si pensi ancora una volta agli stupefacenti) possono avere una dimensione globale; per altro verso, specificando gli aspetti da considerare in relazione a fenomeni che assumono tratti più concreti all'interno di una area ben delimitata.

La risalente vocazione commerciale del Mar Mediterraneo continua a declinarsi nella realtà contemporanea, pur caratterizzata dai fenomeni della globalizzazione dei mercati, della diffusione dei trasporti via aria, della rapida affermazione del commercio *online*. Il Mediterraneo non è oggi solo uno dei bacini più significativi per la strategia dell'Unione Europea di crescita "blu" affidata allo sviluppo dell'economia nei settori marino e marittimo², ma rappresenta al contempo un'area in cui fioriscono le più varie tipologie di traffici illeciti.

Il primo, quanto a visibilità e a carico di sofferenze umane, è quello collegato al trasporto dei migranti, che ormai da anni e con volumi significativi attraversano il Mediterraneo per raggiungere i Paesi dell'Europa meridionale, ancorché per lo più solo come passaggio rispetto alle mete finali del centro e Nord Europa. Una vicenda in cui si scontrano il diritto degli stati a regolare l'affluenza degli stranieri, l'aspirazione di larghe fasce delle popolazioni dell'Africa a cercare in altri Paesi condizioni di vita migliori, il diritto alla protezione internazionale di particolari categorie di soggetti, e nella quale si mescolano, spesso in modo difficilmente separabile, gravi violazioni a diritti fondamentali, come il diritto alla libertà, all'incolumità personale, alla dignità personale, con fatti ad esempio di sequestro di persona, di lesioni anche gravissime, di sfruttamento della persona per fini molteplici. Non è facile per l'Unione Europea riuscire a sciogliere le conseguenti tensioni in una composizione ordinata e razionale dei valori in gioco, come dimostra in modo emblematico il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR) istituito - a pochi giorni dalla tragedia di Lampedusa del 3 ottobre 2013, vero cambio di paradigma nella consapevolezza collettiva dei problemi in materia - al fine di prevenire e contrastare "l'immigrazione clandestina e la criminalità transfrontaliera" ed al contempo di "garantire la protezione e la salvezza della vita dei migranti"³. Ma si può dire che questa antinomia di fini si è protratta senza soluzione di continuità, assumendo solo forme diverse nei successivi interventi europei in materia, dall'istituzione di FRONTEX alle varie operazioni in mare (prima Triton, poi EUNAV for Med)⁴. Una contraddizione fra accoglienza del migrante irregolare per assisterlo e logica del contrasto a chi ne facilita l'ingresso, che ha dapprima portato al superamento dell'operazione italiana Mare nostrum, dove l'approccio umanitario prevaleva chiaramente su quello del respingimento; nelle successive operazioni europee prima ricordate invece la logica dell'accoglienza appariva quantomeno contenuta. Da ultimo, la contraddizione segnalata ha finito per deflagrare nel prospettare per i soccorsi in mare operati da associazioni non governative una possibile rilevanza penale come forme di concorso nel reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina. D'altra parte, la condizione del migrante irregolare si intreccia spesso in modo inestricabile con il confinante fenomeno della tratta, dove il soggetto viene privato di libertà e dignità di persona nell'essere sfruttato per fini sessuali o lavorativi⁵.

Il rilievo assunto nel dibattito pubblico dai movimenti internazionali di persone non deve peraltro fare trascurare la compresenza nel bacino del Mediterraneo di altre tipologie di scambi illeciti: quelli più risalenti, come nel settore del contrabbando di sigarette (tradizionalmente allocati in importanti centri portuali come Marsiglia, Barcellona e Napoli, ma anche caratterizzanti in certi periodi rotte come quella fra la Puglia e l'Albania negli anni novanta), e delle sostanze stupefacenti (fra il Nord Africa e la Spagna o la Sicilia). Ma anche quelli più recenti e dai volumi più contenuti, anche in termini di ricchezze movimentate, ma non per questo meno rilevanti per una azione di contrasto ad ampio raggio, come armi, rifiuti ed opere d'arte. Si tratta per lo più di condotte che sfruttano la crescita del commercio internazionale di merci

² Significative le due Comunicazioni della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, rispettivamente "Crescita blu. Opportunità per una crescita sostenibile dei settori marino e marittimo" (COM2012-494 del 13.09.2012) e "Iniziativa per lo sviluppo sostenibile dell'economia blu nel Mediterraneo occidentale" (COM2017-183 del 19.04.2017).

³ Cfr. il considerando n.1 del Reg. (UE) N. 1052/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 (in GU 6/11/2013 L295/11) che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosir).

⁴ In proposito, se si vuole, MILITELLO - SPENA, INTRODUZIONE. LA CRUNA DELL'AGO: IL MIGRANTE FRA MOBILITÀ E CONTROLLO, in Id. - Id. (cur.) *Il traffico di migranti*, Torino, 2015, 2 s.

⁵ Di recente sul punto, se si vuole, MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in print in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2018. Riferimenti alla situazione in Paesi come Portogallo, Spagna e Italia nel volume MIRANDA RODRIGUES, GUIA (cur.), *Conferència Internacional 18 de Outubro - Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos* (Universidade de Coimbra, 18-19.10.2017), Coimbra 2017.

e servizi leciti per nascondere i beni di volta in volta trafficati illecitamente, e che utilizzano in modo creativo le possibilità offerte dal commercio elettronico via *web* per catturare la domanda e processare il relativo soddisfacimento⁶.

Un ulteriore profilo di interesse riguarda le possibili connessioni fra i diversi tipi di illeciti, per verificare se le organizzazioni criminali che li gestiscono possano avere interesse a sfruttare reti personali e *know-how* acquisiti in un particolare settore illecito di traffici anche in relazione a beni o servizi diversi, ma sempre all'interno dello stesso bacino e seguendo rotte già battute. L'organizzazione criminale finisce in tal modo per operare come una sorta di piattaforma, che veicola oggetti diversi senza mutare alcuni componenti comuni alle varie attività, e dunque realizzando economie importanti in termini di risorse, energie e rischi.

3.

Contesto.

Lo scenario tratteggiato, sia pure solo cursoriamente, evidenzia già un fascio di problematiche di sicura rilevanza penalistica e processual-penalistica, dalle scelte di politica criminale in tali materie, alla categoria del bene giuridico di volta in volta coinvolto, alla difficile determinazione del *locus commissi delicti* ed ai possibili conflitti di giurisdizione connessi, alle peculiari tecniche di tutela integrata della vittima, all'operatività ed ai limiti di strumenti sanzionatori quali la confisca, al complesso intreccio tra normativa preventiva e repressiva ed alle relative esigenze di cooperazione giudiziaria, di polizia ed amministrativa. Profili per di più caratterizzati dalla dimensione multilivello della normativa interessata, che trova una sua naturale disposizione lungo più piani normativi (internazionale, europeo ed interno) in conseguenza della già richiamata natura transnazionale delle attività delle organizzazioni criminali coinvolte nei traffici illeciti nel bacino del Mediterraneo: da qui la spinta agli Stati ad una più stretta cooperazione giudiziaria in materia e, a tal fine, anche dotarsi di strumenti di contrasto comuni sia a livello normativo sia investigativo.

Ad un tale fascio di problemi si è scelto di dedicare l'ottava edizione del corso "Giuliano Vassalli" per dottorandi e dottori di ricerca di diritto e procedura penale, svoltosi a Noto nei giorni 23-25 novembre 2017. Il comitato scientifico⁷ di questo incontro annuale - organizzato dal *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights* (già Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali) insieme al Gruppo Italiano dell'*Association Internationale de Droit Pénal* - ha valorizzato in questa edizione una sinergia con un progetto di ricerca, nell'ambito della iniziativa internazionale PMI-IMPACT, dedicato proprio agli stessi temi⁸.

Secondo la formula già positivamente sperimentata nelle recenti edizioni del corso, i lavori si sono sviluppati a partire da una griglia tematica predisposta dal comitato scientifico e dalla connessa *call for papers* aperta a dottorandi e giovani studiosi penalisti. Essa ha ricevuto ben trentatré risposte con *abstract* anonimi, da cui sono stati selezionati i ventiquattro interventi (di sedici diversi Atenei) che poi si sono susseguiti nel corso dei tre giorni di studio, ordinati in quattro grandi aree tematiche presentate di volta in volta da due o tre esperti (docenti e magistrati) e arricchite dal dibattito con tutti i partecipanti al corso (quarantanove di venti diverse Università, di cui tre straniere)⁹.

Il numero e l'ampiezza degli interventi presentati oralmente ha quindi imposto una ulteriore selezione ai fini della relativa pubblicazione, che è stata ancora una volta assicurata da *questa Rivista*, a conferma della sua attenzione nei confronti delle iniziative più vitali degli studi penalistici.

⁶ EUROPOL, *E.U. Serious and Organised Crime Threat Assessment. Crime in the age of technology (SOCTA 2017)*, 2017, 2 s. (v. [questa pagina web](#)).

⁷ Formato dal consigliere della Corte di Cassazione Elisabetta Rosi e dai professori Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Stefano Manacorda, Vincenzo Militello, Tommaso Rafaraci e Francesco Viganò.

⁸ Il progetto *The new Era of Smuggling in the Mediterranean Sea* vede impegnato un gruppo di ricerca dell'Università di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza e si svolge nel periodo 1.11.2017 - 30.10.2019, con un metodo interdisciplinare che coniuga ricerca sui temi affrontati e alta formazione degli operatori coinvolti nelle relative materie.

⁹ Per ulteriori notizie sull'articolazione dei lavori di Noto si rinvia al resoconto breve di ORLANDO, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1589 s.

4.

Apporti.

I quindici contributi di seguito pubblicati, pur nella varietà dei profili di volta in volta trattati, ma anche dei collegamenti reciproci fra molti di essi, si possono ricondurre alla mappa concettuale che ha sorretto lo svolgimento del corso.

Un primo gruppo di lavori è quello che ha affrontato **problemi penalistici comuni alle diverse tipologie di traffici illeciti**, o in relazione alla qualificazione dei fatti o per quanto riguarda gli strumenti preventivi e repressivi applicabili anche alla specifica materia trattata. In particolare, l'esame delle caratteristiche del contrabbando di sigarette nel mare Adriatico - come accertate da vicende giudiziarie già definite e relative alla sacra corona unita - è l'interessante spunto criminologico per verificare la compatibilità fra l'aggravante della natura transnazionale del reato e quella invece del metodo mafioso, entrambe ora trasferite nel codice penale, rispettivamente all'art. 61bis e 416bis.1 (art. 5 d.lgs. 21/2018)¹⁰. La rilevata problematicità del concorso fra le due circostanze quando il reato a cui si riferiscono assuma connotati fattuali differenti nei diversi paesi in cui si estende la relativa attività, deve peraltro essere rapportata alla disciplina nello spazio della nostra legge penale, alla luce dell'art. 6 comma 2, che la rende applicabile anche solo quando una parte del reato sia commesso nel territorio dello stato.

Quanto agli strumenti di contrasto, una particolare attenzione hanno ricevuto quelli che si rivolgono al mezzo di scambio per eccellenza, il denaro e i capitali: in particolare, per un verso la disciplina del nuovo art. 4-bis del d.lgs. 109/2007, introdotto con d.lgs. n.90/2017, che attribuisce al Ministero di Economia e Finanze (su proposta del Comitato di Sicurezza Finanziaria) il potere di applicare la misura preventiva del congelamento dei capitali che, anche tramite reti virtuali, attraversano il Mediterraneo per alimentare il terrorismo. Il carattere di *smart sanction* extrapenale non ne impedisce di rilevare la problematicità dal punto di vista dei diritti del sottoposto, sia per le semplificazioni probatorie in relazione alla valutazione della sua pericolosità, sia per la mancanza del carattere giurisdizionale e delle connesse garanzie¹¹. Per altro verso, vengono esaminati anche i vari profili problematici dell'ormai differenziato ricorso agli strumenti di ablazione patrimoniale, evidenziandosi in particolare come il polymorfismo della confisca la renda un mezzo cruciale anche nel contrasto ai traffici illeciti qui specificamente considerati nell'area mediterranea e, d'altra parte, individuando nel deficit di accertamento probatorio un tratto comune in materia¹². Infine, si è richiamata l'attenzione sull'importanza di una cooperazione internazionale per consentire agli strumenti in questione una efficacia adeguata a superare le diversità di disciplina fra i vari stati interessati alla portata transnazionale delle relative attività criminali¹³.

Gli altri contributi si sono invece rivolti a singole tipologie di traffici illeciti, il che ha consentito una disamina più ravvicinata delle caratteristiche specifiche degli ambiti di volta in volta considerati. Un primo intervento ha riguardato il tema dei **beni culturali**, di cui il bacino del Mediterraneo è un deposito dal valore incalcolabile, e ha approfondito il quadro normativo sovranazionale (la Convenzione di Nicosia) e i problemi nell'implementazione nazionale in fase ancora progettuale¹⁴. Inoltre, anche il traffico illecito di **rifiuti** nel Mediterraneo è stato oggetto di un approfondimento specifico, con una disamina attenta del quadro normativo nazionale nei suoi sviluppi più recenti¹⁵.

Un nutrito gruppo di interventi ha quindi affrontato il tema cruciale del **traffico dei migranti** nel Mediterraneo, che ha rappresentato il baricentro ed il banco di prova delle principali questioni affrontate nel Corso. A partire dalla relazione problematica fra traffico di migranti e tratta di esseri umani, che è stata esaminata tanto in relazione alla disciplina interna¹⁶, quanto in una interessante prospettiva multilivello e comparata, a partire dal ruolo - costitutivo o

¹⁰ Il problema è stato approfondito nel contributo di Andrea Apollonio.

¹¹ Interviene in proposito di seguito Marco Cerfeda.

¹² Si tratta dei contributi di Luca Baron, che esamina le differenti tipologie di confisca, e di Edoardo Bandiera, il quale si rivolge agli aspetti applicativi e allo standard probatorio richiesto per tali misure.

¹³ Richiama l'attenzione in proposito lo studio di Veronica Tondi.

¹⁴ Si veda *infra* il lavoro di Luca D'Agostino.

¹⁵ Marta Palmisano ha approfondito di seguito il tema.

¹⁶ Nel contributo di Federica Urban l'esame della normativa penale interna è accompagnato dall'appello ad un "approccio integrato ai problemi delle politiche migratorie".

solo circostanziale - giocato in materia dal dolo specifico di profitto¹⁷. Un'attenzione adeguata anche all'attualità del problema è stata poi dedicata a verificare la possibilità che - al di là del fondamentale obbligo delle attività di salvataggio in mare di qualunque persona in difficoltà - si possa fondare una responsabilità penale degli operatori umanitari per i soccorsi in mare dei migranti, questione alimentata da alcune recenti iniziative giudiziarie tuttora in corso: molto opportunamente si è sottolineato come qui il ricorso a schemi dogmatici come quello dell'autore mediato finisce per rappresentare una soluzione non perfettamente aderente alle caratteristiche del fenomeno da regolare¹⁸. Allo stesso tema, ma in una prospettiva più ampia che si pone anche problemi relativi alla validità della legge penale nello spazio, è stata dedicata una ulteriore riflessione al tema dei conflitti di giurisdizione in materia¹⁹.

L'ultimo gruppo dei lavori di seguito pubblicati riguarda approfondimenti specifici nell'ambito del **contrabbando di tabacchi** e del **traffico di stupefacenti**. In particolare, oltre ad un contributo sul tema di stringente attualità della intercettazione di conversione e comunicazione, che verifica come lo strumento del captatore informatico sia stato ora finalmente disciplinato²⁰, sono stati esaminati in primo luogo gli effetti della sentenza Taricco e il rapporto tra le gravi frodi IVA e il reato di associazione per delinquere finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-quater del d.P.R. n. 43 del 1973)²¹; quindi, si è criticamente vagliata la tesi giurisprudenziale del concorso formale fra i due reati associativi di cui agli artt. 416-bis c.p. e 74 d.P.R. n. 309/90, segnalandone la problematica compatibilità con il rispetto del principio del *ne bis in idem sostanziale*²²; infine, si è dedicata un'attenzione specifica al divario tra penalizzazione formale e depenalizzazione sostanziale (definita "casistica") rispetto al trattamento penale delle droghe leggere²³.

Benché gli interventi ora pubblicati affrontino solo una porzione dei problemi connessi ad un oggetto cangiante quale è quello dei traffici illeciti, pur riferito all'area del Mediterraneo, essi contengono molteplici spunti importanti per una riflessione aggiornata sul tema, che a sua volta investe questioni centrali dell'attuale dibattito penalistico e processualistico. Con la pubblicazione si conclude per un verso il lungo percorso a tappe iniziato con la *call for papers* e al contempo si apre la possibilità di ampliare la riflessione dei molti giovani studiosi che hanno partecipato ad essa ad un pubblico più ampio di interessati ai temi affrontati nel dibattito dei giorni di Noto.

Infine, la raccolta dei contributi che seguono viene dedicata alla memoria di Susanna Crispino, scomparsa improvvisamente durante la fase della pubblicazione, che aveva partecipato anche ai lavori del Corso 2017 di Noto (oltre che a quelli di precedenti edizioni)²⁴, apportando anche in queste occasioni la sua pronta intelligenza e la sua sensibile passione civile.

¹⁷ Cfr. il successivo studio di Javier Escobar Veas.

¹⁸ Si rinvia al successivo approfondimento di Silvia Bernardi.

¹⁹ Il riferimento è al contributo che segue di Salvatore Orlando.

²⁰ Si veda l'intervento seguente di Luigi Palmieri.

²¹ Argomento affrontato nel contributo di Marcello Sestieri.

²² Cfr. la puntuale disamina che segue di Emanuele Birritteri.

²³ Il tema è esaminato di seguito da Edoardo Mazzanti.

²⁴ CRISPINO, *Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell'interpretazione conforme*, in questa Rivista, 1/2017, 228 s. Susanna Crispino, laureata all'Università di Palermo con il massimo dei voti e la lode, era dottoranda di ricerca nell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

Il metodo mafioso nello spazio transfrontaliero

Il problema dei rapporti tra l'aggravante di cui all'art. 7 d.l.152/1991 e quella della transnazionalità (art. 4 L. 146/2006)

Mafia method across borders

The issue of the correlation between "transnational" crime (art. 4, L. 146/2006) and another aggravating factor within the anti-Mafia Law (art. 7, d.l. 152/1991)

ANDREA APOLLONIO

*Dottore di ricerca presso l'università di Pavia
andrea.apollonio01@universitadipavia.it*

TRAFFICI ILLECITI, CONTRABBANDO, METODO MAFIOSO, ART. 7
D.L. 152/1991, REATO TRANSNAZIONALE, L. 146/2006

SMUGGLING, TRAFFICKING, MAFIA METHOD,
TRANSNATIONAL CRIME.

ABSTRACT

Quando il legislatore del 2006 ha introdotto la categoria di "reato transnazionale", ha chiaramente voluto considerare – addebitando precipue conseguenze – i riflessi che una condotta delittuosa può riverberare su più Stati. Si tratta però, a ben vedere, di spazi del diritto (e, ancor prima, sociali) in cui non sempre il reato riesce a conservare gli stessi connotati della condotta: è il caso del reato aggravato dal metodo mafioso ex art. 7 d.l. 152/1991, il quale accedendo al fatto può, talvolta, modificarne l'essenza fenomenica. È da questo nodo problematico – che lega assieme rilievi criminologici e implicazioni giuridiche – che occorre muovere per chiedersi se, alla luce dei principi che governano l'esegesi in materia penale, in questi casi possa ancora parlarsi di reato transnazionale, e dunque possano utilizzarsi gli strumenti di contrasto forniti dalla L. 146/2006.

In 2006, a new legislative type of crime was introduced in the Italian criminal justice system: the "transnational" crime, which comprises every feature and effect a criminal behaviour could have in more than one State and connects it with relevant consequences as to the punishment. Nevertheless, said label could refer to legal (and even social) spaces in which the crime presents itself differently than the underlying behavior: indeed, any social agglomeration might mark out, in a different way, an element of a crime. An instance thereof could be found in a specific Italian law, enacted against Mafia (art. 7, d.l. 152/1991), introducing an aggravating factor that could permanently alter the substance of the crime. From this point of view, many systematic questions arise, seriously challenging the abilities of experts in legal interpretation.

SOMMARIO

1. Metodo mafioso e natura del reato – 2. La doppia faccia del reato transnazionale e il problema del metodo – 3. I reati in materia di contrabbando di tabacchi quale banco di prova – 4. Transnazionalità e metodo al cospetto del dato positivo – 5. Un (possibile) ritaglio dell'ambito di applicazione della L. 146/2006 – 6. Conclusioni: il focus sull'offensività nella questione interpretativa.

1.

Metodo mafioso e natura del reato

Le circostanze aggravanti o attenuanti del reato, definite fin dalla risalente dottrina “accidentalia delicta”, non incidono, in via di regola, sulla natura del reato stesso¹: la fattispecie si carica di ulteriore disvalore, o se ne svuota, e ciò si riflette sul relativo piano sanzionatorio. Il tipo legale mantiene, insomma, intatto il suo nucleo, e l'integrarsi a latere della circostanza appare del tutto ininfluenza nel processo di configurazione della fattispecie.

L'universo del diritto penale conosce però alcune eccezioni ad un tale meccanismo – che potremmo definire “neutro” – di colleganza tra reato e circostanze, ed è proprio una di queste eccezioni a costituire il punto d'avvio della presente indagine. Così, la circostanza aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 7 d.l. 152/1991², accedendo al fatto, può modificarne – certo in termini fenomenici e non legali³ – la natura, la sua (potremmo dire) intrinseca essenza, tanto da permettere, in alcuni casi, il traghettamento del fatto stesso dal campo della liceità a quello del penalmente rilevante, a seconda appunto che sia o meno accompagnato dalla circostanza di cui all'art. 7.

Questa dinamica è evidente, in particolare, nell'estorsione c.d. “ambientale”, quell'estorsione cioè che si consuma in una zona segnata da un'alta densità mafiosa e che riesce ad integrarsi proprio – e necessariamente – in ragione di quel contesto⁴: ed invero, la giurisprudenza da lungo tempo oramai valuta l'art. 629 c.p. «avuto riguardo alle circostanze ambientali»⁵; le quali, se è vero che influiscono sul procedimento di applicazione giudiziale del requisito della minaccia, permettono di colorare d'illecito un elemento fattuale in sé neutro (ad es. un'omissione, slegata

¹ Com'è affermato nella manualistica più autorevole: «Le circostanze sono identificate non in base a caratteristiche ontologiche, ma in base ad una configurazione artificialmente costruita dal legislatore: elementi che *circum stant* (stanno attorno) a un fatto di reato che è perfetto indipendentemente da essi» (D. PULITANO, *Diritto penale*, V° ed., Torino, 2013, p. 401). Per i profili affrontati (e che in questo lavoro vengono in esame) cfr. anche A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 e T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, p. 187 ss.

² L'art. 7, d.l. 152/1991 (convertito, con modifiche, nella Legge 203/1991), è una norma che assume una vasta portata, pur essendo particolarmente asciutta nella sua formulazione letterale: prevede infatti l'aumento della pena da un terzo alla metà per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi “avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”. Eppure, in questo lavoro si terrà presente tale circostanza nella sola declinazione del metodo, e non invece della finalità. Tra i commenti più significativi alla norma vanno doverosamente richiamati i lavori di D. NOTARO, *Art. 416-bis c.p. e “metodo mafioso”, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1481 ss.; L. TUMINELLO, *La mafia come metodo e come fine: la circostanza aggravante dell'art. 7, d.l. 152/1991, convertito in l. 203/1991*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 903 ss.; C. GARUFI, *Spazio applicativo della circostanza aggravante di uso del potere intimidatorio e della finalità agevolativa delle associazioni di tipo mafioso*, in *Foro it.*, 2002, II, p. 297 ss.; G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine dell'agevolazione mafiosa: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 43 ss.; da ultimo, si veda G. CIVELLO, *Il sistema delle circostanze e il complessivo carico sanzionatorio detentivo*, in Romano (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, p. 179 ss.

³ Nel senso che il fatto, acquisita la circostanza, rimane ovviamente riconducibile al medesimo tipo legale ma trova una descrizione empirica e fenomenica parzialmente diversa (il reato si perpetra in modo differente), tanto da essere assoggettato – come si vedrà innanzi – a regole probatorie parzialmente diverse. È così che, in questo lavoro, va intesa la modifica della natura del reato; cambia, appunto, la sua essenza fenomenica.

⁴ E ciò, sebbene il nostro ordinamento non conosca forme di ambientalità che rivestono, per via diretta o indiretta, rilevanza penale. Per il vero, come evidenzia V. MANES, *La “concussione ambientale” da fenomenologia a “fattispecie extra legem”*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 644, la codificazione della fattispecie di concussione ambientale è stata inserita in numerose proposte di legge, senza però essere mai licenziata in via definitiva dal Parlamento; su di una tale figura, che ha avuto – in specie negli anni Novanta – un modellamento da parte della giurisprudenza, si è più volte espressa la dottrina in senso critico: G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 ss.; MASCARO-MARAZZA, *La concussione ambientale tra vuoto legislativo e prassi giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 1998, p. 99 ss.

⁵ L'espressione è estrapolata da una delle prime sentenze di legittimità che adombrano la fattispecie di estorsione ambientale: Cass., sez. II, sent. n. 2480/1984 (dep. il 19.3.1984), in CED. n. 163204. È da notare come tali riflessioni pretorie comincino a maturare a poco tempo di distanza dall'introduzione nell'ordinamento penale, nel 1982, del delitto di associazione mafiosa. Oggi, la fattispecie è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza come pure dalla dottrina: d'altronde, «una nozione di minaccia che, prescindendo dal contesto in cui essa si ambienta, ne escludesse la possibile manifestazione in forma implicita, finirebbe giocoforza per negare la possibile repressione di minacce tra le più gravi, comprese quelle mafiose» (G. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 256). Sulla stessa linea di pensiero, sempre rimanendo in campo dottrinale, anche C. BACCAREDDA BOY, *L'estorsione*, in Marinucci-Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino, 2010, p. 528 ss.

da qualsivoglia obbligo giuridico d'azione)⁶, che diviene così un requisito della condotta di cui all'art. 629 c.p.

In specie in quelle aree del Paese definite “a tradizionale radicamento mafioso”⁷, la contestazione della fattispecie di estorsione ex art. 629 c.p., posta in essere da esponenti (veri o presunti) del sottobosco mafioso – che agiscono in quanto tali – germoglia necessariamente nel contesto in cui la vicenda delittuosa si svolge: l'elemento costitutivo della minaccia (spesso implicita), per essere correttamente messo a fuoco deve passare per la circostanza di cui all'art. 7. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla visita “insolita” di un noto esponente mafioso in un locale commerciale, magari poche ore dopo un misterioso danneggiamento: è del tutto evidente che il carattere intimidatorio del gesto può essere colto solo da chi si trova ad operare in un quadrato sociale pesantemente infiltrato da quella – o da una – mafia.

In altri termini, sotto l'aspetto empirico-criminologico, quando l'estorsione è posta in essere dall'appartenente ad una associazione mafiosa ed in un contesto storicamente mafioso la minaccia può essere decriptata – se rivolta con metodo mafioso – anche solo per mezzo dell'ambiente, sicché tertium non datur: o l'estorsione si integra accompagnata dalla circostanza aggravante di cui all'art. 7, o non si integra affatto, mancando uno degli elementi costitutivi del reato (la minaccia, che non è altrimenti intelligibile).

L'estorsione “ambientale”, così come descritta, si presenta quindi come un reato diverso non soltanto perché risulta aggravato da un terzo alla metà rispetto a quello da cui rampolla, ma anche – e soprattutto – per il diverso modo con cui si configura e, per l'effetto, con cui può essere provato, se è vero che la minaccia (implicita) può essere interpretata giusto alla luce, appunto, del contesto⁸. In altre parole, l'aggravante incide, oltre che quoad poenam, anche sulla natura – non giuridica (perché l'aggravante, comunque, non arriva a modificare il tipo legale di partenza), bensì – empirico-fattuale, e probatoria, del reato; è in questo senso che il metodo mafioso, nel caso dell'estorsione come in altri casi, è capace di mutare radicalmente il procedimento di configurazione dello stesso.

2. La doppia faccia del reato transnazionale e il problema del metodo

Tutto questo va tenuto presente, allorché si consideri che vi è un ramo innestato di recente nel tronco dell'ordinamento penale, in cui la sussistenza del metodo mafioso nella perpetrazione del reato-base genera un ulteriore problema interpretativo: quello del reato c.d. “transnazionale”. E questo per una ragione anzitutto ontologica, cui conviene subito fare cenno. Laddove l'ordinamento consideri – addebitando precipue conseguenze – simultaneamente più Stati quali teatro di una vicenda delittuosa, sono tratti in gioco spazi del diritto (e, prima ancora, sociali) in cui il metodo mafioso può esercitarsi diversamente, o può non esercitarsi affatto; ciò, perché il problema dell'intimidazione si pone in misura rilevante nelle enclavi

⁶ In generale, sulla problematica, cfr. F. MUCCIARELLI, *Il comportamento omissivo del locatore e il reato di estorsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 815 ss.; quanto al profilo – qualitativamente diverso – della minaccia di omissione, cfr. C. PEDRAZZI, *Estorsione mediante minaccia di comportamento omissivo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1445 ss.

⁷ Le quali sono comunemente indicate in Puglia, Calabria, Campania, Sicilia. Il concetto di area “a tradizionale radicamento mafioso” è di matrice istituzionale: elaborato nei lavori della Commissione parlamentare antimafia, è in particolare cristallizzato in Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altre associazioni criminali similari (XI legislatura), *Relazione sulle risultanze dell'attività del gruppo di lavoro incaricato di svolgere accertamenti su insediamenti e infiltrazioni di soggetti ed organizzazioni di tipo mafioso in aree non tradizionali* (relatore C. Smuraglia), approvata il 13 gennaio 1994, passim.

⁸ Si consideri questo illuminante passaggio, tratto da un'autorevole ricognizione della realtà giudiziaria salentina: «la forza intimidatrice dell'associazione risulta intatta ed è tanto più grande quanto meno viene esibita, giungendo sino al caso limite in cui è chi intraprende un'attività commerciale a prendere l'iniziativa, informandosi preventivamente su chi sia l'esponente dell'associazione al quale pagare la protezione, protezione che viene ad essere uno dei tanti costi d'impresa. Dal punto di vista giuridico una tale fattispecie, nella quale manca qualsiasi minaccia esplicita o implicita, risulta tra l'altro difficilmente sussumibile sotto il paradigma del delitto di estorsione» (A. MARUCCIA, *Intervento del Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Lecce sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2017*, Lecce, 27 gennaio 2018, rinvenibile in www.corteappellolecce.it, p. 61).

mafiose, ed in misura comunque diversa altrove⁹, come si proverà ad illustrare nel prosieguo.

Tanto più che la transnazionalità è un elemento (aggravante) riferibile a qualsivoglia delitto, «a condizione che lo stesso, sia per ragioni oggettive sia per la sua riferibilità alla sfera di azione di un gruppo organizzato operante in più di uno Stato, assuma una proiezione transfrontaliera»¹⁰: è con queste parole che la Cassazione sintetizza il composito dato normativo sulla transnazionalità, riferendosi all'art. 3, Legge 146/2006¹¹. Norma, per il vero, solo all'apparenza meramente definitoria; essa acquista un significato applicativo allorché si trovi ad essere affiancata dall'art. 4 della stessa legge, che sotto la rubrica "Circostanza aggravante" prevede testualmente: "Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà".

Insomma, con ogni evidenza il legislatore nazionale ha voluto dare cospicuo rilievo ordinamentale al reato transnazionale, benché esso presenti alcune anomalie sul piano della teoria generale del reato: è altrettanto chiaro, infatti, che questo si presenti come una sorta di Giano bifronte: o perché (sintetizzando al massimo i contenuti dell'art. 3 sopra citato) il fatto è ideato e organizzato in uno Stato e posto in essere in un altro, o perché produce i suoi effetti sostanziali in un altro Stato, diverso da quello in cui è stato materialmente perpetrato; oppure perché è il reato, per la sua stessa morfologia, a doversi integrare in più Stati, più o meno simultaneamente o comunque lungo lo stesso iter criminis. Ciò, d'altra parte, è ancor più evidente ad un esame funditus, risalendo al primigenio calco del sistema normativo, quello pattizio della Convenzione di Palermo del 2000 da cui deriva (in veste di strumento di ratifica) la legge de quo¹², nella misura in cui il dato più importante ivi contenuto è appunto quello della territorialità: recita infatti la lettera a) dell'art. 3 della Convenzione: "si considera reato transnazionale il reato che sia commesso in più di uno Stato".

Si discorre, dunque, di un istituto che presenta non poche questioni irrisolte dal punto di vista sistematico, il cui obiettivo principale – come è stato opportunamente fatto notare in dottrina¹³ – è quello di colpire tutti quegli illeciti la cui transnazionalità sia in re ipsa; illeciti in particolare collegati al traffico di merci, persone e capitali, che sono caratterizzati da una

⁹ Lo si ripete: il problema dell'intensità dell'intimidazione mafiosa, e quindi del metodo ex art. 7, è strettamente legato al dato empirico sotteso. Ecco perché questa indagine non si muove e sviluppa su di un terreno rigorosamente normativo, ma si serve di evidenze criminologiche; inevitabilmente, si dovrebbe aggiungere: si pensi alla relazione tra estorto ed estorsore, che da qualsiasi punto la si voglia osservare presenta aspetti socio-criminologici che la legge penale delega all'interprete del caso concreto, e tali aspetti sono tanto più complessi da decifrare, tanto evidenti sono le evoluzioni dei fenomeni sociali; che – come autorevolmente è stato detto – «chiamano in causa i giuristi, che sono chiamati a riformulare le proprie categorie per adattarle alle nuove esigenze» (C. DE MAGLIE, *Cultura e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1092; della stessa autrice, sulla stessa linea metodologica, cfr. anche ID., *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 924 ss.). L'interconnessione tra profili giuridici e analisi empirica, proprio con riferimento alle dinamiche dell'estorsione, mostra una valida resa scientifica nel lavoro di La Spina – Militello (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Torino 2016 (si veda, in particolare, l'Introduzione a firma dei due Curatori, p. 1 ss.).

¹⁰ Cass., SS.UU. penali, sent. n. 18374/13 (dep. il 23.4.2013), in *Dir. pen. cont.*, 12.5.2013, con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sull'aggravante della transnazionalità all'associazione per delinquere*; sulla stessa sentenza vd. anche G. CAPPELLO, *L'aggravante di cui all'art. 4 della legge n. 146 del 2006 (di ratifica della convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale). Sulla compatibilità con i delitti associativi*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 123 ss.

¹¹ L'art. 3 della Legge, rubricato "Definizione di reato transnazionale", così prescrive: "Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato".

¹² Si tratta della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale svoltasi a Palermo nel dicembre del 2000 (detta anche, semplicemente, "Convenzione di Palermo"), che ha rappresentato un momento fondamentale nella lotta ai fenomeni delinquenziali transfrontalieri. La Convenzione di Palermo, entrata in vigore il 25 dicembre 2003, è stata adottata formalmente dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la Ris. 55/25 del 15 novembre 2000, insieme a due Protocolli addizionali per la prevenzione, repressione e punizione della tratta di persone, in particolare donne e bambini (Protocollo Tratta) e contro il traffico illecito di migranti via terra, mare e aria (Protocollo Migranti). La Convenzione di Palermo è stata poi aperta alla firma nel corso della Conferenza di Palermo del dicembre 2000. Per un aggiornamento sullo stato delle firme e delle ratifiche si rinvia a [questa pagina web](#). Riflettono sul momento della trasposizione nell'ordinamento nazionale della normativa pattizia R. BARBERINI, *Entrata in vigore della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale e il disegno di legge di ratifica*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3267 ss.; A. PAPA, *Un modello comune europeo per il contrasto dei gruppi criminali organizzati: meriti e limiti di un diritto uniforme alla luce dell'analisi comparatistica*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale tra esperienze europee e risposte penali globali, Atti del 3° Convegno internazionale (Lucca, 24-25 maggio 2002)*, Milano, 2005, p. 231 ss.

¹³ E. ROSI, *Reati transnazionali e conflitti di giurisdizione: verso una "determinazione transnazionale" della giurisdizione*, relazione all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Cooperazione giudiziaria, mandato di arresto europeo e strumenti di giustizia penale nell'Unione Europea: dalla mutua assistenza giudiziaria al comune programma investigativo", Roma, 7-9 luglio 2008 (p. 5 della relazione).

fisicità transfrontaliera quasi inevitabile.

A questo riguardo possono essere tratti nel discorso due esempi, particolarmente illustrativi anche perché evocano, entrambi, le attività di un'associazione mafiosa e l'utilizzo del relativo metodo, che è il punto dal quale siamo partiti. Pensiamo, da un lato, al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, che vede il reo (o l'organizzazione contrabbandiera) agire in almeno due Stati: quello in cui avviene l'acquisto delle partite di tabacchi e quello in cui avviene lo smercio del prodotto¹⁴; dall'altro lato, pensiamo al riciclaggio di capitali, le cui dinamiche di occultamento della matrice illecita del denaro riescono a perseguirsi efficacemente per mezzo di ininterrotti flussi finanziari, che vanno da una società ad un'altra, da uno Stato ad un altro.

Così tracciato il quadro anche sotto l'aspetto casistico, tenuto conto delle anomalie dogmatiche¹⁵ e messa in risalto la nota territoriale sempre duplice, se non multipla, che caratterizza il reato transnazionale – il cui schema è, giova ricordarlo, applicabile in astratto ad ogni tipo di fattispecie non essendo contenuta nel corpo della legge alcuna limitazione per nomina delicta – è possibile adesso osservare da vicino le problematiche che genera l'intersezione (possibile ed anzi, in alcuni contesti diffusa) tra il metodo mafioso e la transnazionalità: oververosia, quel metodo mafioso (inteso dall'art. 7, d.l. 152/1991 quale circostanza aggravante) che accede ad un reato che presenta profili di transnazionalità ed è per questo, ai sensi della Legge 146/2006, soggetto a numerosi effetti di carattere sostanziale e processuale; dovendosi tra questi annoverare, in primo luogo, l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 4 della stessa legge.

3. II reati in materia di contrabbando di tabacchi quale banco di prova

A questo punto è utile – anche per non perdere di vista gli essenziali aspetti empirico-criminologici della questione – calarsi nel proscenio di riferimento: quello appunto delle consorterie mafiose e dei loro affari.

Come noto, le mafie italiane sono riuscite a consolidare il proprio potere criminale tanto su terra, quanto su mare. Limitandoci a considerare le quattro consorterie mafiose di maggior rilievo mediatico (Cosa Nostra in Sicilia, 'Ndrangheta in Calabria, Camorra in Campania e Sacra corona unita in Puglia), ciascuna di queste arriva a controllare lunghi tratti di costa, da sfruttare come punto di sbarco per traffici illeciti di ogni sorta; in particolare, immigrazione clandestina, traffico di armi, sostanze stupefacenti o contrabbando di tabacchi lavorati esteri¹⁶. Si tratta di reati legati a rotte del mar Mediterraneo utilizzate da decenni dalle consorterie mafiose; reati transnazionali per loro stessa natura.

Un esempio "storico" particolarmente illustrativo: nella prima metà degli anni Novanta la Scu era anche la più potente organizzazione contrabbandiera d'Europa, i cui scafi carichi di sigarette facevano la spola tra il Montenegro e l'Albania (dove le multinazionali del tabacco

¹⁴ È tuttavia possibile affermare che una tale dinamica è ravvisabile anche in altri tipi di traffici illeciti: in particolare, nel traffico di stupefacenti e nella tratta di esseri umani, via mare. È bene dunque tenere a mente – anche per dare un più ampio respiro a questa indagine – che le osservazioni che si andranno a fare sul traffico contrabbandiero possono trasporre su altre tipologie di illeciti. D'altronde, in questo campo vi è una vera e propria commistione delle "professionalità": come rilevato dagli organi inquirenti per l'anno 2017, «Il fenomeno di maggiore novità accertato dalle indagini svolte nel periodo in esame è rappresentato dall'impiego di storici "scafisti" brindisini per l'importazione di marijuana. La produzione albanese è stata negli ultimi anni abbondante e l'esperienza accumulata dagli scafisti brindisini negli anni del contrabbando di TLE ha fatto sì che costoro, che per la maggior parte hanno scontato le pene loro applicate per tale delitto, si siano "riciclati" ponendosi al servizio dei trafficanti di stupefacente sulle rotte adriatiche» (A. MARUCCIA, *Intervento del Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Lecce*, cit., p. 63 ss.).

¹⁵ O forse, sarebbe più corretto parlare di necessaria flessibilità delle categorie dogmatiche al cospetto di talune problematiche penalistiche "cross-borders": il richiamo è allo studio, su di una tematica per molti aspetti analoga, di M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

¹⁶ Ed invero, si tratta delle stesse attività illecite perpetrate ieri come oggi, sempre via mare, anche dai gruppi albanesi e montenegrini, dalla parte opposta dell'Adriatico: cfr. Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altre associazioni criminali similari, anche straniere (XVII legislatura), Relazione conclusiva (relatore R. Bindi), approvata il 7 febbraio 2018, p. 117: «i gruppi di origine balcanica ed est europea confermano il loro interesse per l'immigrazione clandestina, finalizzata anche allo sfruttamento sessuale di giovani donne, il contrabbando di TLE, il traffico di armi e di stupefacenti».

avevano impiantato i loro depositi) e la Puglia¹⁷. I reati legati a tali traffici contrabbandieri si integravano proprio in ragione dei passaggi frontalieri via mare: i fatti apparivano gli stessi da una parte e dall'altra dell'Adriatico, eppure presentavano sfumature di condotta. Per l'appunto, nella complessiva dinamica del contrabbando i sacristi sfruttavano il metodo mafioso solo una volta attraversato l'Adriatico e tornati nei loro feudi, per esempio nei rapporti con i venditori delle "stecche" sui marciapiedi delle strade, i quali erano "costretti" a rifornirsi proprio dagli appartenenti alla Sacra corona e non da altri fornitori (o magari, direttamente dai depositi)¹⁸. In altri termini, questi ultimi si atteggiavano da imprenditori in Montenegro (contrattando, con i partner commerciali di solito stranieri, le partite di sigarette in posizione di parità e non di preminenza); da mafiosi in Puglia (facendo leva sulla propria posizione di imprenditori-mafiosi, sfruttandola anzi in chiave intimidatoria con gli altri attori del traffico illecito).

Si osserva una veste cangiante del reato su di una stessa condotta illecita, al di là e al di qua dell'Adriatico, nel senso che la circostanza aggravante del metodo mafioso ex art. 7 può congiungersi tanto al reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (di cui all'art. 291-bis, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43), tanto a quello di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (di cui all'art. 291-quater, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43)¹⁹, ma in concreto ciò può verificarsi solo in quei contesti ambientali in cui è possibile commettere un fatto "avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale": non in Montenegro, dunque, ove i sacristi si atteggiavano ad imprenditori (e dove peraltro mancavano le condizioni storico-sociali per poter esercitare efficacemente, anche sulla popolazione locale, il metodo mafioso), ma in Puglia, ove erano considerati – con valide ragioni – mafiosi, e come tali si atteggiavano nei rapporti con gli ultimi anelli del traffico contrabbandiero²⁰. D'altronde, per esercitare il metodo è necessario che sussista un contesto ambientale che permetta (lo si ripete: in concreto) la spesso subdola e comunque inespressa intimidazione mafiosa: e quest'elemento empirico-criminologico non può mai essere slegato dal suo omologo giuridico, nel campo dei delitti di cui si discorre.

Inoltre, è bene sottolineare che la filiera del contrabbando pugliese, nei termini appena descritti, ha toccato i suoi picchi negli anni Novanta ma non si è mai del tutto esaurita, tanto che le più recenti indagini della magistratura evidenziano ancora la presenza di traffici illeciti tra le due sponde dell'Adriatico²¹: ancora tabacco, armi e stupefacenti, sebbene in misura molto ridotta rispetto al passato. Insomma, il discorso svolto trova sì una propria matrice storica ma, infiltrandosi nell'odierna realtà giudiziaria, pone oggi agli operatori gli stessi interrogativi.

Emerge così la questione del metodo nello spazio transfrontaliero, giacché il metodo mafioso – ed è bene ribadirlo – riesce ad esplicarsi solo persistendo elementi ambientali "favorevoli", laddove sia possibile sfruttare le condizioni di omertà e assoggettamento che derivano dal vincolo associativo: quindi, non in tutti i Paesi attinti dall'attività del "gruppo criminale organizzato" può esplicarsi il metodo descritto dall'art. 7 (che rinvia a sua volta alle descrizioni effettuate dall'art. 416-bis), assumendo il reato di volta in volta contorni diversi: fattuali, più che giuridici.

¹⁷ Sulla cornice storica e criminologica in cui sono inquadrati tali vicende, si permette il rinvio a A. APOLLONIO, *Sacra corona unita: riciclaggio, contrabbando. Profili penali economici del crimine imprenditoriale*, Roma, 2010, p. 49 ss.; ID., *Storia della Sacra corona unita. Ascesa e declino di una mafia anomala*, Soveria Mannelli, 2016, p. 97 ss.; ed altresì a R. TORNESELLO, *Tacco e tabacco*, Lecce, 2005, p. 20 ss. Sul piano più spiccatamente istituzionale ed investigativo, cfr. Commissione parlamentare antimafia (XIII legislatura), *Relazione sul fenomeno del contrabbando di tabacchi lavorati esteri in Italia e in Europa*, approvata il 6 marzo 2001 (relatore A. Mantovano).

¹⁸ Non sfugge – e si potrebbe in questo senso obiettare – che il fatto così raffigurato possa arrivare a concretarsi nel reato di estorsione. E tuttavia, nulla vieta che il reato possa sommarsi a quello – per dir così – "di programma", che è appunto il contrabbando di tabacchi lavorati esteri ex art. 291-bis D.P.R. 43/73: prevenendo questo reato a condotta plurima la pena della reclusione per "chiunque introduce, vende, trasporta, acquista o detiene nel territorio dello Stato un quantitativo di tabacco lavorato estero di contrabbando superiore a dieci chilogrammi convenzionali". Per una disamina delle diverse fattispecie di reato legate al contrabbando e contenute nello stesso Testo Unico (sebbene recentemente alcune di esse siano state depenalizzate e convertite in sanzioni amministrative), si rinvia a I. SCAFATI, *Reati tributari e doganali*, Milano, 2013, p. 340 e ss.

¹⁹ Tra gli autori che, con riferimento alle fattispecie legate al contrabbando, hanno fin da subito messo in rilievo il carattere ampio della norma, suscettivo di coprire molteplici forme della condotta dell'agente, L. CERQUA, *È reato autonomo il contrabbando di tabacco lavorato estero in quantità superiore a quindici chili*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 898 ss.; e, ancor prima, F. MANTOVANI, *Il concorso apparente tra i reati di associazione per delinquere e di contrabbando aggravato dall'associazione*, in *Arch. pen.*, 1970, p. 101 ss.

²⁰ Descrive con molta perizia il "sistema criminale" del contrabbando, analizzandone i vari livelli operativi (di cui, l'ultimo, quello dello smercio e della vendita nelle destinazioni finali delle "stecche", prettamente mafioso), A. MANTOVANO, *Miliardi in fumo*, Lecce, 2001, p. 26 ss.

²¹ Tra le notizie più recenti, si veda *Droga e contrabbando, nove arresti in Puglia tra italiani e albanesi*, in *Corriere del Mezzogiorno (web)*, 9 gennaio 2018, notizia rinvenibile in www.corrieredelmezzogiorno.corriere.it/bari: «Il traffico, esteso ad alcool e sigarette, si muove tra le due sponde dell'Adriatico». Pochi ma significativi accenni sono contenuti anche in Commissione parlamentare d'inchiesta, *Relazione conclusiva*, cit., p. 67 ss.

Sul punto, è appena il caso di ricordare che l'art. 6 cpv. c.p. importa una regola – posta in linea con l'ideologia rigorista dell'epoca in cui essa fu elaborata, quasi un secolo fa – “centripeta”, dall'applicazione vastissima, che attrae il fatto nella disciplina nazionale anche se è stato perpetrato nello Stato solo in parte, o qui sia soltanto cominciato, o si sia concluso, l'iter criminis: “Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è conseguenza dell'azione od omissione”; ciò, beninteso, vale anche nella considerazione delle relative circostanze, a fortiori per quella della transnazionalità, per la cui applicazione si richiede che al reato abbia dato un contributo un gruppo criminale organizzato “impegnato in attività criminali in più di uno Stato”. Il reato, aggravato o meno, insomma, sarebbe sì giuridicamente identico, ma per via di una regola (per un principio di validità ed efficacia della legge penale nello spazio) che, nell'intento conclamato di attrarre nella propria disciplina nazionale ogni possibile vicenda delittuosa, si disinteressa delle specificità del reato: che, da un punto di vista empirico-fattuale, può distinguersi in momenti diversi, dal diverso disvalore.

In sostanza: a voler ragione con le tratlative categorie nazionali, il reato è sempre lo stesso; a voler considerare le normative sovranazionali, attente ai fenomeni criminali transfrontalieri (le quali, come ovvio, non possono che considerare fenomeni, e cioè fatti criminosi in quanto tali, e non tipi legali nazionali), dovrebbero adottarsi altri strumenti interpretativi.

Da questo nodo problematico occorre muovere per chiedersi se effettivamente possa parlarsi di reato “transnazionale”, e dunque possano utilizzarsi gli strumenti di contrasto indicati nella Legge 146/2006 (derivata da una normativa sovranazionale pattizia: la Convenzione di Palermo, appunto), ove si abbia in mente quell'attività delittuosa (quel fatto) non identica a seconda che sia o meno accompagnata nel suo svolgersi dal metodo mafioso; il che, come si è più volte ribadito, può cambiare l'essenza fenomenica e fattuale del reato.

4.

Transnazionalità e metodo mafioso al cospetto del dato positivo

Da un angolo visuale leggermente spostato, potrebbe osservarsi come il rapporto tra il concetto di transnazionalità e quello di metodo mafioso non presenti difficoltà applicative di sorta, potendo entrambe le categorie incidere nel processo di qualificazione penalistica del fatto. Ragionando in astratto, una stessa condotta può ben ricadere nelle descrizioni che compie la L. 146/2006 ed essere assoggettata agli effetti ivi previsti, e parimenti presentare tracce dello sfruttamento del metodo mafioso. Né i dati normativi a cui si fa riferimento, né altri precludono il concorso tra le due discipline. Anzi, non sfugge che l'aggravante della transnazionalità di cui all'art. 4 presenta un singolare capoverso: “Si applica altresì il comma 2 dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni”. Esso va interpretato nel senso che all'operatività dell'aggravante è stato esteso il divieto di bilanciamento con le circostanze attenuanti diverse da quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p., previsto appunto per i reati connessi ad attività mafiose di cui all'art. 7; ma soprattutto, la formula sottolinea in maniera eloquente che la particolare pericolosità attribuita dal legislatore ai fatti alla cui realizzazione abbia dato un contributo causale un gruppo²² criminale “transnazionale” (e cioè, come dice l'art. 4, “impegnato in attività criminali in più di uno Stato”) è del tutto equiparata, almeno *quoad poenam*, a quella che connota i delitti perpetrati con metodologie mafiose.

Questa vicinanza strutturale sancita per *tabulas* dalla legge sulla transnazionalità non preclude affatto – ed anzi in qualche modo sembra suggerire – la coesistenza armonica delle due previsioni aggravatrici. Sicché può verosimilmente stagliarsi l'immagine di un'associazione mafiosa, impegnata in attività criminali in più di uno Stato (quindi, transnazionale: ed

²² Se si continua ad utilizzare questo lemma, estraneo al lessico penalistico italiano (“gruppo”), è non soltanto per ricalcare la linea letterale percorsa dall'art. 4, ma anche per rendere evidente – e sono così amplificate le questioni interpretative di cui si tratta – la distonia tra i concetti di “gruppo criminale organizzato”, utilizzato nel diritto sovranazionale, e di “associazione per delinquere”, ben noto al nostro ordinamento; e la prima nozione, che è stata forzatamente trasposta, per mezzo di una traduzione in italiano forse poco perspicua, nel corpus nazionale mediante la L. 146/2006, secondo la giurisprudenza coinciderebbe con un'aggregazione di minimo due persone dotata di una certa stabilità di rapporti fra i partecipi, costituita in vista anche della commissione di un solo reato: «qualcosa, insomma, che sta a metà tra il concorso di persone nel reato e l'associazione per delinquere» (G. ROMEO, *Le Sezioni Unite*, cit.). Sul punto vd. anche S. ALEO, *La definizione della criminalità organizzata nella prospettiva internazionalistica. I problemi metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e repressione della criminalità organizzata e del terrorismo* (a cura di M.C. Bassiouni), Milano, 2005, p. 159 ss.

è quanto spesso accade) i cui delitti-fine siano tutti, puntualmente aggravati da entrambe le circostanze ad effetto speciale: quindi, per ciascuno di questi, ricorrerebbe due volte l'aggravio della pena "da un terzo alla metà"²³.

Sebbene l'intento politico-criminale sia condivisibile, una tale conseguenza sanzionatoria dovrebbe però essere accompagnata da un alto livello di determinatezza del tipo legale. A ben osservare i dati positivi di riferimento, invece, si giunge a conclusioni inappaganti.

Quanto all'aggravante di cui all'art. 7²⁴, sub specie del metodo, risalta l'asciutta formulazione letterale: "avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale". Donde l'interprete, in assenza di indicazioni testuali di segno opposto, non può che rimanere ancorato all'unica definizione di metodo mafioso che l'ordinamento contempla: quella appunto contenuta nell'art. 416-bis c.p. Alla stregua della norma, avvalersi del metodo mafioso vuol dire avvalersi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva": cosicché, i tre concetti su cui poggia il reato associativo sarebbero gli stessi su cui si fonda l'aggravante de qua. Discendendone peraltro importanti conseguenze sul piano probatorio, che in questa sede vanno tenute in conto: in particolare, se dal caso concreto emerge anche la figura associativa di cui all'art. 416-bis, chiaramente l'accertamento di questa – e dunque del suo nucleo metodologico – si rifletterà sull'accertamento della circostanza di cui all'art. 7. Volendo, stante l'impalcatura normativa delle due figure, potrebbe dirsi che per mezzo dell'associazione si prova il metodo e il relativo tipo circostanziale²⁵.

Non meno problematica, sempre sotto il profilo della determinatezza, la circostanza aggravante della transnazionalità²⁶, che come detto punisce (con formulazione altrettanto asciutta e di non immediata comprensione) quei reati ai quali "abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato". A ben vedere, anche in questo caso ci si trova innanzi ad un rinvio intramoenia: per dirla ancora con le parole delle Sezioni Unite della Cassazione, «la lettura della norma in parola non può andare disgiunta – nell'ineludibile esigenza di una prospettiva sistematica – dall'esame di quella immediatamente precedente»²⁷.

Più precisamente, dal raffronto delle due disposizioni emerge come l'aggravante di cui all'art. 4 sia stata modellata su uno soltanto degli elementi definitivi contenuti nell'art. 3 – «in termini plasticamente rappresentabili con la configurazione geometrica dei cerchi concentrici»²⁸ –, ossia quello della lettera c), secondo cui il reato è da considerarsi transnazionale allorché sia commesso in uno Stato ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato. Sgrassando il problema interpretativo e i

²³ Ed infatti, sembra di capire leggendo tra le pieghe della disciplina del 2006, che a rendere "transnazionale" l'operato di un'organizzazione criminale siano i luoghi di consumazione dei reati-scopo, più che l'accertamento del *locus commissi delicti* del reato associativo: nella Convenzione, è considerato in particolare il pluralismo nella realizzazione dell'azione, più che i diversi luoghi di stanziamento del gruppo. Così, E. ROSI, *Il reato transnazionale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, E. Rosi (a cura di), Milano 2007, p. 90. È altresì interessante, in una prospettiva pre-normativa, il contributo di F. ROBERTI, *La criminalità organizzata transnazionale ed il tessuto bancario-finanziario*, in AA. VV., *Diritto penale europeo*, G. Bartone (a cura di), Padova, 2001, p. 93 ss.

²⁴ Sui cui profili di genericità cfr. D. FONDAROLI, *Profili sostanziali dei decreti-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella L. 12 luglio 1992, n. 203*, in Corso – Insolera – Stortoni (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino 1995, vol. II, p. 666; D. MANZIONE, *Una normativa d'emergenza*, cit., p. 844; L. DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano 1996, p. 112.

²⁵ Oggi lo schema applicativo – per pacifica giurisprudenza – appare così consolidato: il metodo mafioso (quale circostanza aggravante) può essere addebitato tanto come connotato di struttura della fattispecie associativa e dei suoi delitti-fine, tanto come modalità di esecuzione di un delitto che, in concreto, nulla c'entra con l'associazione mafiosa, conseguendone che i soggetti attivi dei delitti aggravati dal metodo mafioso potrebbero essere sia gli intranei al sodalizio, sia coloro che non ne fanno parte, neppure a titolo di concorrenti esterni. Eppure, questa astratta autonomia va pur sempre calata in un contesto pratico-giudiziario in cui non soltanto la formale appartenenza o contiguità alla mafia (e quindi, un elemento normativo), ma altresì l'ambientazione del fatto in un'area tradizionalmente mafiosa (e quindi, un elemento sociale) permette la facile coltivazione, in sede di giudizio, dell'aggravante di cui all'art. 7. Cfr., sul punto, D. FONDAROLI, *Profili sostanziali*, cit., p. 675; molto chiaramente, di scissione dell'ambito di applicabilità dell'aggravante dell'area di pertinenza dell'art. 416-bis alla quale deve procedere l'interprete parla G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1998, p. 127. In giurisprudenza, questo filone di pensiero si radica a partire da Cass., S. U., sent. del 28 marzo 2001, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2662, con nota di S. ARDITA, *Partecipazione dell'associazione mafiosa e aggravante speciale dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991: concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico giuridica e intenzioni del legislatore*, che ha validato la tesi per cui l'art. 7 si può addebitare all'associato, essendo applicabile a tutti coloro che ne realizzano gli estremi in concreto, siano essi partecipi ad un sodalizio mafioso, siano essi estranei.

²⁶ G. ROMEO, *Le Sezioni Unite*, cit., parla di «numerose riserve espresse in dottrina sulla Legge n. 146 del 2006, specie con riferimento al canone della tassatività»; cfr. anche AMBROSETTI-MEZZETTI, *La legge contro il crimine organizzato transnazionale*, in AA.VV., *Commentario sistematico al codice penale* (a cura di M. Ronco), Bologna 2006, p. 7 ss.; da ultimo, vd. A. MINGIONE, *La configurabilità della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati-fine dell'associazione a delinquere: poche certezze e molte contraddizioni*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018, p. 5 ss.

²⁷ Cass., SS.UU. penali, sent. n. 18374/13 (dep. il 23.4.2013), cit.

²⁸ Ibidem.

relativi dibattiti che ha posto questa disposizione²⁹, può dirsi che tale circostanza va applicata ai reati-fine consumati, integralmente o in parte, da appartenenti ad una associazione per delinquere di carattere transnazionale³⁰: predicato dell'associazione che, sia nel suo aggancio all'art. 3, sia nell'aggancio con l'art. 4, rimane alquanto vago; mentre la stessa associazione, come detto, può coincidere con un'associazione mafiosa, i cui reati-fine sono perciò, anch'essi, qualificati ex art. 7.

Non sembra dunque velleitario pensare di poter fornire una direttrice esegetica maggiormente orientata – in carenza di determinatezza del dato normativo – alla valutazione obiettiva dei fatti di reato, e per l'effetto ad un più veritiero ossequio del principio di offensività in materia penale.

5. Un (possibile) ritaglio dell'ambito di applicazione della L. 146/2006

Provando a tirare le fila del ragionamento svolto: abbiamo visto fin qui che un fatto di reato può essere accompagnato dalle circostanze – diverse ma ugualmente “pesanti” – di cui agli artt. 4 (transnazionalità) e 7 (metodo mafioso) sopra citati, e che quest'apparato normativo rischia di accompagnarsi invariabilmente ai reati-fine di un'associazione mafiosa che, in quanto tale, può ben presentare profili di transnazionalità. Un tale precipitato sanzionatorio, indubitabilmente gravoso, sarebbe, tutto considerando, conseguenza dell'applicazione della L. 146/2006 e, quindi, della riconduzione del fatto che viene in essere nella categoria della “transnazionalità” di cui all'art. 3: dalla quale discendono conseguenze processuali e sostanziali di non poco rilievo³¹ e da cui si ritaglia, soprattutto, la circostanza aggravante di cui all'art. 4.

Eppure, non sempre un fatto che appare lo stesso ed è perpetrato simultaneamente, o lungo il suo iter di perfezionamento, in un due o più Stati, ha il medesimo volto, ossia una medesima essenza fenomenica: e ciò vale persino al di là della sua qualificazione giuridica. Se la qualificazione giuridica è la stessa, il fatto non lo è, perché si inserisce in un programma di intenti del tutto diverso, a seconda che sia perpetrato in un Paese (in cui il metodo mafioso può esplicarsi) o in un altro (in cui, per ragioni storico-sociali legate a quel territorio, il metodo non può essere coltivato); è utile, ancora, pensare alla (molto didascalica) raffigurazione dell'imprenditore e del mafioso, nel contesto dei traffici illeciti da una costa all'altra dell'Adriatico. Non c'è l'*idem factum* – che è, come detto, così importante in una prospettiva “cross-borders” – perché, in un più ampio quadro sistematico e assiologico, la vicenda presenta aspetti di offensività del tutto diversi, dacché un reato, per es. legato al contrabbando, commesso sfruttando – avendolo potuto sfruttare, s'intende – il metodo mafioso, non ha la stessa carica di offensività di uno stesso reato privo di questo rilevante accessorio modale della condotta.

Orbene, anche dovendosi considerare l'intentio legis inequivocabilmente collegata alla disciplina sulla transnazionalità, che è quella di sanzionare più gravemente – per mezzo di una circostanza aggravante o con l'ausilio di altri strumenti, sostanziali e processuali – un fatto che, per le varie ragioni indicate nella norma, irradia uno stesso disvalore che va a riflettersi su territori di più Stati³², non può essere, questo, un caso da cui far conseguire l'operatività della disciplina sulla transnazionalità. Essa andrebbe dunque ritagliata, lasciando fuori tutti

²⁹ La giurisprudenza di legittimità continua ad essere impegnata nella risoluzione di questioni applicative particolarmente controverse: da ultimo, v. Cass., sez. VI, sent. n. 47217/2015 (dep. 27.11.2015), in CED. n. 345345. I primi dibattiti dottrinali sono invece condensati nella colletanea AA.VV., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit.

³⁰ E peraltro, com'è stato opportunamente fatto notare in dottrina, sarebbe stato più logico e coerente con gli scopi della Convenzione di Palermo legare la configurazione dell'aggravante unicamente alle fattispecie associative e non anche (o soltanto) ai reati-fine, come invece oggi la norma richiede: così A. MINGIONE, *La configurabilità della circostanza aggravante*, cit., p. 20.

³¹ Si intende fare riferimento alla previsione della responsabilità amministrativa di cui all'art. 10 della stessa legge, che sancisce – per quei fatti transnazionali (ricordiamolo, “tipizzati” all'art. 3) – l'applicabilità di sanzioni amministrative in misura determinata; ed ancora, all'art. 11, che nella stessa ipotesi estende i poteri di indagine del pubblico ministero nel termine e ai fini di cui all'art. 430 c.p.p.; all'art. 13, che attribuisce al Procuratore distrettuale antimafia le stesse competenze conferite al procuratore della Repubblica ed al questore in tema di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Orbene, la giurisprudenza definisce tali effetti “a cascata”, che valgono a conferire al reato transnazionale uno specifico rilievo, soprattutto processuale; tanto che, secondo A. LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 401 ss., l'obiettivo della legge sarebbe soprattutto quello di fornire agli Stati strumenti transnazionali per la raccolta delle prove. Cfr. anche S. RIONDATO, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 377.

³² Cfr. A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Torino 2008, p. 305 ss.

quei casi in cui il venire in essere di un elemento circostanziale muti, se non proprio stravolga, l'essenza fenomenica del reato-base a cui accede, rendendo così diverso il reato – proiettato nei suoi effetti in uno Stato e in un altro – a seconda che sia o meno accompagnato da una tale circostanza. Il caso certamente più illuminante è proprio quello del metodo mafioso inteso quale circostanza aggravante dipinta all'art. 7, d.l. 152/1991.

D'altronde, a fronte di una strutturale genericità del dato normativo – che nel nostro caso sconta, come sopra si è detto, anche una poco felice traduzione in italiano delle espressioni utilizzate nella fonte sovranazionale, rischiando di diventare una fonte penale “di seconda battuta”³³ – all'interprete deve essere riservato un ampio spazio di manovra, e questo deve esercitarsi tenendo conto, da un lato, degli aspetti teleologici della norma; dall'altro, dei principi generali del sistema.

Se sui primi si è detto, è, in ultimo, sui secondi che occorre riflettere.

6. Conclusioni: il focus sull'offensività nella questione interpretativa

È bene ribadirlo: nulla osta a che le due discipline concorrano tra loro in capo ad uno stesso reato, in particolare quando si tratti di un delitto-scopo di un'associazione a delinquere: d'altronde, che tale gruppo risponda ai requisiti dell'art. 416-bis e, in più, sia “impegnato in attività criminali in più di uno Stato”, ciò solo proietta sugli atti esecutivi dell'associazione un precipuo disvalore. Ma nei casi in cui non possa parlarsi di transnazionalità perché, come si è provato a spiegare, le condotte poste in essere su due lati “territoriali” sono diverse – tanto da essere l'una accompagnata da una circostanza aggravante (il metodo mafioso) l'altra no; e ciò, si è detto, muta l'essenza fenomenica del reato – non può rinvenirsi quell'ulteriore disvalore, cristallizzato negli aggravati sostanziali e procedurali di cui alla Legge 146/2006. Il risultato sta quindi tutto in una (ri)modulazione dell'operatività di questa disciplina, a partire appunto dalla sua testa di ponte: l'aggravante indicata all'art. 4.

Da altra prospettiva si potrebbe dire che restringere il perimetro di una fattispecie o di una intera disciplina – un'operazione viepiù necessaria, in presenza di dati positivi prossimi, per scarsità di contenuti descrittivi, a vere e proprie clausole generali – vuol dire maggiormente concentrarsi sul suo nucleo offensivo rispetto al bene giuridico tutelato, che verrebbe così anche meglio declinato³⁴: ed a volerlo intendere con l'ordine pubblico, anche nei rapporti con gli altri Stati³⁵ – e ciò varrebbe sia con riferimento all'aggravante del metodo, sia con riferimento a quella della transnazionalità – la sussistenza del solo art. 7 conferirebbe, comunque, adeguata tutela all'interesse protetto.

Beninteso, i predicati della mafiosità e della transnazionalità delle manifestazioni di tipo organizzato devono sempre destare il massimo allarme sociale e ad essi deve corrispondere un apparato normativo e sanzionatorio adeguato ed efficace; nondimeno, storicamente nel nostro ordinamento le relative risposte normative sono state sì rigorose in punto di sanzione, ma talvolta generiche in punto di precetto, andando ad individuare, in questi casi (e si pensi, per tutte, alla legislazione c.d. “antimafia”, peraltro via via estesa a nuove categorie di autori)³⁶, un campo applicativo potenzialmente sterminato.

Ed invero, il tentativo di collegare la pena o un suo draconiano aggravio ad un effettivo disvalore, il tentativo insomma di ritagliare, restringendoli, spazi operativi alla norma, tentativo operato con l'ausilio di evidenze empirico-criminologiche ed in base ai soli principi che governano la sistematica del reato – e, in particolare, quello di offensività – non appare

³³ In generale, evocano tali rischi M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 2002, p. 447 ss.; A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, p. 533 ss. Più nel dettaglio, sulla scarsa qualità del tenore letterale della Legge 146/2006, vd. A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale. L'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 18 ss.

³⁴ «L'offensività presuppone il bene giuridico, e tuttavia lo declina verso nuovi territori che non è dato scorgere all'orizzonte» (M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in questa *Rivista*, 4/2013, p. 4). Per riflettere sul valore attuale del principio di offensività cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, p. 164 ss.

³⁵ Sulle varie accezioni del bene giuridico “ordine pubblico” (ordine pubblico tout court, democratico, internazionale) si sofferma G. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2002, p. 21.

³⁶ Su cui basti il rinvio a due pilastri – peraltro coevi – della speculazione sul punto: S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 57 ss. e G. INSOLERA, *Diritto penale*, cit., *passim*.

soltanto un contributo esegetico³⁷ ad una questione giuridica che è stata fin qui oggetto di molte voci, ma, a ben vedere, nasconde un'esigenza dell'interprete più profonda – forse, più spiccatamente umana, e per questo diffusa – che ha gli stessi punti di caduta, gli stessi battiti di quell'inquietudine intellettuale che la penna di Leonardo Sciascia ha attribuito al capitano Bellodi, nel celebre racconto "Il giorno della civetta": che «vagheggiò un eccezionale potere, una eccezionale libertà di azione [...]. Ma gli vennero alla memoria le repressioni di Mori, il fascismo: e ritrovò la misura delle proprie idee, dei propri sentimenti»³⁸.

³⁷ Di cui la dottrina, in particolare quella più accorta, sottolinea la necessità: «Pare del tutto evidente che l'oscura formulazione letterale dell'art. 4 della legge n. 146/2006 renda indispensabile un intervento legislativo volto a delimitare con precisione i confini della norma e superare definitivamente tutte le incongruenze generate dall'attuale formulazione testuale» (A. MINGIONE, *La configurabilità della circostanza aggravante*, cit., p. 20).

³⁸ L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Milano 2002, p. 68.

Le 'nuove' misure di congelamento nazionali e il traffico di capitali volti al finanziamento del terrorismo

Le liste degli interdetti, ultima frontiera di una prevenzione di cui vanno minimizzati i costi

The New National Measures of Asset Freezing Against Financing of Terrorism

Blacklisting: the Last Step of Prevention with Costs Need to Be Cut

MARCO CERFEDA

*Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali
presso l'Università della Campania – Luigi Vanvitelli
marco.cerfeda@unicampania.it*

FINANZIAMENTO DEL TERRORISMO,
CONGELAMENTO DI CAPITALI, BLACKLISTING,
MISURE DI PREVENZIONE, INTERDITTIVE,
GIURISDIZIONALIZZAZIONE, GIUDIZIO DI PERICOLOSITÀ

FINANCING TERRORISM, ASSET FREEZING,
BLACKLISTING, PREVENTIVE MEASURES, BANS,
JUSTICIABILITY,
ASSESSMENT OF DANGEROUSNESS.

ABSTRACT

Sulla falsariga del *blacklisting* sovranazionale, il legislatore italiano ha introdotto con D. Lgs. n. 90/2017 le misure di congelamento nazionali, votate alla prevenzione e contrasto del finanziamento del terrorismo. Si affaccia sulla scena nazionale un nuovo strumento di controllo dei flussi di capitali che – realmente o virtualmente – attraversano il Mediterraneo per sostenere l'azione dell'ISIL o di altre organizzazioni terroristiche. Il contributo muove dall'analisi della nuova norma e, inquadrata la novella nell'ambito delle misure di prevenzione a carattere interdittivo, si interroga sulla sua compatibilità con i principi che ne governano il funzionamento, evidenziandone le criticità: da un lato, il deficit di giurisdizionalizzazione, dall'altro, le incertezze legate al giudizio di pericolosità. Il vuoto di tutela che grava sul soggetto listato spinge a domandarsi se la misura sia espressione di un adeguato e legittimo bilanciamento tra *security* e *liberty*.

With a mechanism recalling the supranational blacklisting, the Italian law-maker introduced with Legislative Decree no. 90/2017 national measures of asset freezing aimed to prevent and fight financing terrorism. This is a new tool to trace the money trail which potentially crosses the Mediterranean Sea to finance ISIL or other terrorist organizations. This paper moves from analysis of the recent regulation and puts national asset freeze in the broader context of preventive measures with ban effect. Then, it focuses on its compatibility with the principles of domestic preventive system, highlighting the most critical issues: on the one hand, the justiciability *deficit*, on the other hand, the uncertain assessment of dangerousness. The lack of guarantees of listed persons pushes to wonder whether this domestic regulation has accomplished an adequate and lawful balancing between security and liberty.

SOMMARIO

1. L'introduzione di un 'nuovo' strumento nazionale, *smart* e 'ad alta velocità', per contrastare la circolazione dei capitali che finanziano il terrorismo. - 2. Struttura e funzionamento: competenza, presupposti e tutele azionabili (ma davvero effettive?) - 3. Inquadramento sistematico: una nuova misura di prevenzione interdittiva. - 4. Delimitare la misura *per differentiam*: le figure affini. - 5. Prima e oltre la natura sostanzialmente penale: la compatibilità con i principi in tema di prevenzione. - 6. Il *deficit* di giurisdizionalizzazione. - 7. Il giudizio di pericolosità: standard probatorio incerto, (im)precisione della fattispecie, mancanza della fase prognostica. - 8. L'interdittiva, ultima frontiera di una prevenzione di cui vanno minimizzati i costi.

1. L'introduzione di un 'nuovo' strumento nazionale, *smart* e 'ad alta velocità', per contrastare la circolazione dei capitali che finanziano il terrorismo.

Con il D. Lgs. n. 90/2017 anche il legislatore italiano ha attribuito alle Autorità nazionali un autonomo potere di congelamento¹. L'*intentio legis* è quella di munirsi di un proprio strumento, "autonomo e flessibile"², di controllo dei traffici economici volti al finanziamento del terrorismo di matrice jihadista (ISIL, Al Qaeda, ANF), perché le procedure di *listing* ONU si sono rivelate eccessivamente lente e farraginose, come evidenzia la relazione del Comitato di Sicurezza Finanziaria (CSF) per l'anno 2015³ e la relazione di accompagnamento al D. Lgs., scontando il limite (forse fisiologico) della eterogeneità dei criteri applicativi rilevanti per i diversi Stati membri⁴.

È intuitivo il legame che avvince l'inserimento dell'art. 4 bis nel D. Lgs. n. 109/2007 alla crudescenza del fenomeno terroristico, innescata dagli attacchi degli adepti del sedicente Stato islamico (ISIL). Attraverso il Mediterraneo transita – realmente o virtualmente – il flusso di capitali che ne finanziano l'azione.

L'idea sottesa alle misure di congelamento dei fondi è quella di colpire in modo mirato le loro fonti economiche di sostentamento, rivolgendosi ai singoli. È per questo motivo che si discorre di *smart* o *targeted sanctions*⁵ e ciò consente di aggirare gli effetti nefasti che le sanzioni generali nei confronti degli Stati generano a carico delle popolazioni civili⁶. Per scelta consapevole, sono escluse dal circuito del diritto penale in senso stretto e rispondono piuttosto

¹ Le misure di congelamento di fondi e risorse economiche a carico dei presunti terroristi rivestono un ruolo chiave nella lotta "globale" e "multilivello" (M. DELMAS-MARTY, *Global Crime Calls for Global Justice*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, (10) 2002, pp. 286 e ss.; M. C. BASSIOUNI, *The future of international criminal justice*, in *Pace Int'l L. Rev.*, (11) 1999, p. 317) al terrorismo. Si veda in letteratura S. MANACORDA, *Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme*, in *Terrorismes*, a cura di H. LAURENS e M. DELMAS-MARTY, Paris, 2010, p. 208; L. D'AMBROSIO, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Macerata, 2011, pp. 287 e ss.; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, pp. 200 e ss.; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, pp. 133 e ss.; E. LO MONTE, *Gli interventi in tema di misure di prevenzione: il problema del congelamento dei beni*, in *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A. A. DALIA, Milano, 2006, pp. 407 e ss.; C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, pp. 260 e ss.; C. BATTAGLINI, *Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello Stato di diritto*, in *questa Rivista*, 1/2017, pp. 53 e ss.

² Relazione illustrativa, disponibile in [questa pagina web](#), p. 21.

³ Relazione al Ministro dell'Economia e delle Finanze – Valutazione delle attività di prevenzione al riciclaggio e del finanziamento del terrorismo per l'anno 2015, disponibile in [questa pagina web](#), p. 86.

⁴ Relazione illustrativa, disponibile in [questa pagina web](#), p. 21.

⁵ S. MANACORDA, *Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme*, in *Terrorismes*, a cura di H. LAURENS e M. DELMAS-MARTY, Paris, 2010, p. 194; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, p. 200; C. BATTAGLINI, *Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello Stato di diritto*, in *questa Rivista*, n. 1/2017, pp. 53 e ss.; A. HOWLETT, *Getting Smart: Crafting Economic Sanctions That Respect All Human Rights*, in *Fordham Law Review*, (73) 2004, pp. 1199 e ss.

⁶ A. HOWLETT, *Getting Smart: Crafting Economic Sanctions That Respect All Human Rights*, in *Fordham Law Review*, (73) 2004, pp. 1199 e ss., riporta numerosi esempi: Polonia, Sud Africa, Iraq, Haiti, Burma. Nello stesso senso, L. D'AMBROSIO, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, p. 205, il quale osserva che, benché i destinatari naturali delle misure di cui al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite siano gli Stati, il potere di prevederle nei confronti dei singoli individui è una lettura conforme alle istanze di maggior tutela per la persona umana: infatti, "l'applicazione di misure negative, generalmente sospensive delle relazioni diplomatiche e commerciali finiva per comprimere i diritti di una vastissima generalità di individui assolutamente innocenti".

alla logica del cd. “diritto penale ad alta velocità”⁷, “amministrativo” o “al limite”⁸, perché sono svincolate dal corredo di garanzie liberali e accompagnate da semplificazioni probatorie ed è ciò che le rende profondamente problematiche: il congelamento è l'effetto immediato che consegue all'inserimento del nominativo del soggetto in una lista (cd. *listing*) e si traduce nel divieto di disporre giuridicamente delle proprie sostanze economiche, anche se detenute per interposta persona.

È necessario tener conto, prima di introdurre la novella, delle modalità con cui i terroristi finanziano la loro azione: si tratta sia di attività lecite sia illecite⁹.

Tra le attività lecite rilevano: l'esercizio di piccole e medie imprese regolarmente costituite, liberalità e donazioni (*zakat*) versate da membri della comunità islamica ad enti caritatevoli e assistenziali, che risultano essere schermo fittizio per l'impiego distorto di tali somme, le rimesse degli emigranti. Tali somme sono prevalentemente trasferite attraverso l'uso di *money transfer*, ma, in alternativa ai canali ufficiali di movimentazione, esistono anche circuiti pseudo-bancari, i cd. *Informal Value Transfer System* (IVTS) e il cd. *sistema Hawala*. Nelle indagini delle agenzie competenti emerge anche l'uso delle cd. criptovalute, come ad esempio i *bitcoin*¹⁰.

Le attività illecite che alimentano le risorse economiche dei terroristi sono molteplici ed eterogenee, ma tra le più diffuse si possono annoverare il traffico di sostanze stupefacenti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, la contraffazione dei marchi e lo sfruttamento del lavoro irregolare, la raccolta illegale di scommesse. Le risorse frutto di attività illecite sono poi oggetto di riciclaggio e, quindi, trasferite mediante canali finanziari. È per tale motivo che il contrasto preventivo al finanziamento del terrorismo corre di pari passo con la normativa antiriciclaggio, come conferma la direttiva 60/2005 (cd. terza direttiva antiriciclaggio), recepita poi dai decreti legislativi 231 e 109 del 2007, che, a tratti, vanno letti necessariamente in combinato disposto¹¹.

Vi è un livello di macrofinanziamento, riconducibile alla gestione delle risorse propria dell'organizzazione “madre”, alimentato anche dall'apporto clandestino di governi statali compiacenti o da singoli soggetti che hanno grandi disponibilità finanziarie. È in tale contesto che è più semplice immaginare la sofisticazione delle modalità di spostamento dei flussi finanziari.

Ma, in Italia, attualmente, è più diffuso il microfinanziamento¹² che si coniuga all'auto-finanziamento: le risorse non provengono dall'esterno della cellula operativa ma è questa che se le procura, lecitamente o illecitamente. Queste modalità del finanziamento sono esattamente speculari alla frammentarietà della organizzazione terroristica. Infatti, coloro che agiscono per ISIL in territorio europeo si organizzano per lo più in cellule operative dal numero esiguo, spesso scollegate dal potere centrale jihadista. In alcuni casi essi agiscono anche come “lupi solitari” e sono disposti ad immolare la vita con azioni pianificate “in proprio”¹³. Si avvalgono, per lo più, di strumenti micidiali rudimentali.

⁷ A. MANNA, F. P. LASALVIA, “Le pene senza delitto”: sull'inaccettabile “truffa delle etichette”, in *Archivio penale*, (1) 2017, p. 26.

⁸ M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pp. 439 e ss., già M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, disponibile in [questa pagina web](#).

⁹ V. Analisi nazionale dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, anno 2014, disponibile in [questa pagina web](#), p. 18 e ss.

¹⁰ Per comprenderne i meccanismi di funzionamento, si veda M. PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano, in Banca, borsa e titoli di credito*, (4) 2017, pp. 471 e ss.

¹¹ A. KERSTEN, *Financing of Terrorism—A Predicate Offence to Money Laundering*, in *European Journal of Law Reform*, (4) 2002, pp. 299 e ss.; P. T. PERSIO, *Lotta al finanziamento del terrorismo: strumenti di prevenzione e repressione, elementi di criticità*, in *Diritto penale e processo*, (9) 2011, pp. 1137 e ss.

¹² M. PIETH, *Criminalizing The Financing of Terrorism*, in *Journal of International Criminal Justice*, (4) 2006, p. 1077.

¹³ F. VIGANÒ, *Minaccia dei ‘lupi solitari’ e risposte dell'ordinamento: alla ricerca di un delicato equilibrio tra diritto penale, misure di prevenzione e diritti fondamentali della persona*, in *Il nuovo pacchetto antiterrorismo*, a cura di R. KOSTORIS e F. VIGANÒ, Torino, 2015. La minaccia terroristica di matrice jihadista (Al, Qaeda, ISIL, ANF) si concretizza – oggi, sempre più di frequente – nell'azione di soggetti definiti *home-grown e/o foreign fighters*. I primi sono, per lo più, immigrati di seconda o terza generazione, nati e cresciuti nelle stesse società occidentali, diventate il “nemico vicino”, cui attentano. Il fenomeno dei *foreign fighters* (FFT) sta assumendo dimensioni considerevoli in Siria e Iraq: secondo una fonte statistica le presenze in quei luoghi si attesterebbero intorno alle 20000 unità, il 20% delle quali provenienti dall'Europa. Si tratta di soggetti che si spostano in territorio ISIL per combattere la *jihad* e fanno ritorno nei paesi di origine europea (fenomeno cd. di *blowback*; sono anche detti *returnees*), dopo aver maturato competenze paramilitari e una ulteriore radicalizzazione violenta.

2. Struttura e funzionamento: competenza, presupposti e tutele azionabili (ma davvero effettive?)

In questo contesto si innesta il nuovo e raffinato strumento di controllo dei flussi di capitali. La misura di congelamento nazionale è irrogata dal Ministero di Economia e Finanze (MEF), con decreto, su proposta del Comitato per la Sicurezza finanziaria (CSF). Ha effetto per la durata prestabilita di sei mesi, rinnovabili. Astrattamente è sempre provvisoria, ma nulla esclude che la prassi applicativa si orienti nel senso di reiterazioni e rinnovi periodici che, nella sostanza, la renderebbero indeterminata, non essendoci un tetto massimo di durata. È adottata nelle more delle procedure di *listing* sovranazionale, oltre che delle iniziative assunte dall'autorità giudiziaria. Il congelamento interessa i fondi e le risorse economiche¹⁴ di persone fisiche e giuridiche, gruppi o entità, anche se detenuti per interposta persona.

Il presupposto applicativo, che si risolve in fattispecie-presupposto, sintomatiche della pericolosità del soggetto destinatario, è porre in essere (alternativamente) condotte con finalità di terrorismo secondo quanto previsto dalle leggi penali, di finanziamento dei programmi di proliferazione di armi di distruzione di massa e, più genericamente, volte a minacciare la pace e la sicurezza internazionale. La proposta del CSF si può fondare, a norma dell'art. 4-quater, su: l'esistenza di elementi di fatto che indichino il coinvolgimento in attività terroristiche, la preesistenza di un procedimento penale a carico del designando, elementi informativi idonei ad evitare errori dettati da casi di omonimia, eventuali relazioni con soggetti già inseriti negli elenchi, l'adozione di misure di congelamento sovranazionali e "ogni informazione rilevante".

Il cardine organizzativo della concretizzazione delle misure di congelamento è il Comitato di sicurezza finanziaria, la cui composizione interistituzionale è disciplinata dall'art. 3 del decreto. Ne fanno parte membri designati dai Ministeri dell'interno, della giustizia, degli affari esteri, dello sviluppo economico, dalla Banca d'Italia, CONSOB e IVASS e scelti tra i funzionari di ruolo dirigente presso MEF, Guardia di Finanza, DIA, Arma dei Carabinieri, Agenzia delle Dogane. Del Comitato fa parte anche un magistrato della DNA.

È, dunque, adottata formalmente (MEF) e sostanzialmente (CSF) da un organo non giurisdizionale. Il D. Lgs. n. 109/2007 non prevede alcun momento partecipativo/difensivo nella procedura che conduce all'inserimento del nominativo nelle liste. Anzi, dall'art. 4 quinquies si desume che il soggetto listato verrà a conoscenza della misura e delle relative motivazioni soltanto a inserimento "avvenuto".

La violazione del divieto che consegue all'iscrizione nell'elenco (art. 5 D. Lgs. n. 109/2007) è presidiata dalla minaccia di sanzioni amministrative pecuniarie (art. 13), di cui si disciplina espressamente il procedimento d'irrogazione (art. 13-quater). Mentre è indicato il rimedio giurisdizionale avverso l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie (art. 14), di cui conosce in via esclusiva il Tribunale di Roma (AGO), nulla si dice circa quello attivabile avverso il decreto di congelamento. Infatti, l'unico rimedio che il legislatore contempla è di natura amministrativa, ovvero la "cancellazione dalle liste" (art. 4 sexies co. 3): il Comitato, di propria iniziativa, eventualmente in occasione del riesame periodico delle liste *ex art.* 4 quinquies co. 4, o su richiesta motivata del presunto terrorista, formula la proposta al Ministero.

È piuttosto singolare che la recente modifica del maggio 2017 sia intervenuta sugli "strumenti di tutela" avendo riguardo esclusivamente al rimedio giurisdizionale avverso i "decreti sanzionatori". La disciplina previgente assegnava al giudice amministrativo la cognizione dei provvedimenti previsti dal ("presente") decreto. Dunque, rientravano nel campo applicativo della norma anche quelli di congelamento. Va escluso che l'espressione "decreti sanzionatori" dell'attuale formulazione si riferisca anche al *listing*. Lo si evince dalla relazione di accompagnamento al Decreto legislativo, ove si evidenzia che l'intento è conformarsi alla più recente giurisprudenza, anche costituzionale, che, in diverse fattispecie, "in materia di sanzioni amministrative di carattere affittivo, come sono le sanzioni pecuniarie", ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario. Inoltre, opinare diversamente significherebbe contraddire la dichiarata natura preventiva – e non sanzionatoria – delle misure.

¹⁴ Per fondi si intendono tutte le attività e i benefici finanziari di qualsiasi natura, fra cui i contanti, gli assegni, le cambiali, i vaglia postali e altri strumenti di pagamento; i depositi presso istituti finanziari e altre entità; i titoli negoziati a livello pubblico e privato e i prestiti obbligazionari, comprese le azioni e i contratti finanziari derivati. Per risorse economiche, invece, si intendono le attività di qualsiasi tipo, tangibili o intangibili, mobili o immobili, che non sono fondi ma che possono essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi (L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, p. 220).

Poiché è inverosimile ritenere che la misura di congelamento nazionale sia stata, per scelta consapevole, spogliata di tutela giurisdizionale, non resta che applicare i principi generali in tema di riparto di giurisdizione ed attribuirli al giudice amministrativo, più in particolare al TAR Lazio, sede di Roma, in virtù dell'art. 13 co. 3 c.p.a. (D. Lgs. n. 104/2010).

Il sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento di congelamento incontrerebbe però il limite della riserva di amministrazione. La proposta del Comitato contiene, di fatto, un giudizio prognostico di pericolosità, fondato su parametri elastici (come "elementi di fatto") e, di conseguenza, l'attività valutativa della PA ha natura eminentemente discrezionale. In ossequio al principio di separazione dei poteri, il sindacato del giudice amministrativo non può invadere lo spazio di scelta della PA, il cd. merito amministrativo, e resta circoscritto alla verifica della attendibilità, congruità, ragionevolezza, del percorso logico/giuridico (cd. indici sintomatici dell'eccesso di potere) che ha condotto la PA alla iscrizione del soggetto nella lista nazionale.

Per dare una spiegazione alle scelte del legislatore, è utile volgere lo sguardo al panorama sovranazionale della prevenzione del terrorismo, perché la novità normativa ricalca il modello delle misure di congelamento ONU e UE ma non tiene in debito conto le peculiarità del sistema di prevenzione italiano, cui la misura va ricondotta e che si articola nel rispetto dei principi costituzionali.

Nonostante con il fenomeno di *cross-fertilisation* tra Corti superiori ed il Trattato di Lisbona (artt. 75 e 275 TFUE) siano sicuramente stati implementati rispetto al passato i presidi di garanzia a tutela dei presunti terroristi raggiunti da una misura di congelamento sovranazionale, tuttavia, anche nello spazio giuridico europeo, le tutele giurisdizionali difettano nella fase dell'adozione e attuazione del provvedimento, essendo circoscritte solo ad un momento successivo alla sua irrogazione¹⁵; in breve, non vige la riserva di giurisdizione.

Inizialmente, avverso le decisioni di *listing* del Comitato per le sanzioni ONU non era prevista alcuna forma di contraddittorio partecipativo né rimedio interno o – tantomeno – giurisdizionale, al fine di preservare la primazia del diritto sovranazionale.

Soltanto all'esito della *combined story* Kadi¹⁶, che ha richiesto il doppio intervento della CGUE (nel 2008 e nel 2013)¹⁷, e Nada¹⁸, l'interesse della comunità internazionale si è soffermato sulle tutele da apprestare ai presunti terroristi, che comunque appaiono, ancor oggi, insoddisfacenti.

La CGUE ha affermato che il regolamento UE non può beneficiare di qualsivoglia immunità giurisdizionale per il sol fatto che recepisce una decisione del Comitato. In un'Unione di diritto deve essere garantito il controllo giurisdizionale della legittimità di qualsiasi atto, specie quelli che attingono diritti fondamentali, e affinché questo sia effettivo deve consentire al giudice di verificare che la decisione impugnata si fondi su una base di fatto sufficientemente solida e su una verifica dei fatti. Il sindacato deve essere, "in linea di principio", completo nonché intrinseco (deve affrontare il merito) e non può ritenersi affievolito dalla natura preventiva

¹⁵ È critica V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, pp. 137, 169, 288, la quale osserva che "la formazione delle liste si pone(va) in forte tensione con la tutela dei diritti fondamentali [...], i soggetti coinvolti venivano sottoposti a provvedimenti sanzionatori non all'esito di un regolare processo, ma sulla base di una procedura formalmente amministrativa, con la quale un organo politico, e non un'autorità giudiziaria, prendeva la decisione di iscrivere i loro nomi su un elenco" e, ancora, più in particolare rispetto alle «misure amministrative» di cui all'art. 75 TFUE, che "in ragione della loro marcata incidenza sui diritti individuali, appare lecito dubitare che si tratti, piuttosto, di misure sostanzialmente penali, sottratte, con una sorta di 'truffa delle etichette' alle garanzie del giusto processo".

¹⁶ Per una disamina della vicenda Kadi si veda: S. MANACORDA, *Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme*, in *Terrorismes*, a cura di H. LAURENS e M. DELMAS-MARTY, Paris, 2010, pp. 212 e ss.; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, pp. 231 e ss.; L. D'AMBROSIO, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali: l'impossibile quadratura del cerchio?*, in *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, Macerata, 2011, pp. 299 e ss.; AA.VV., *Kadi on trial. A multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, a cura di M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO, Londra, 2014; S. RIONDATO, *Osservatorio Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto penale e processo*, (12) 2014, pp. 1479 e ss.; M. SAVINO, *Kadi II, ultimo atto: un modello globale per la prevenzione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013(11), pp. 1052 e ss.; M. SAVINO, *Kadi II: i diritti dei sospetti terroristi presi sul serio?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, (3) 2011, pp. 257 e ss.; M. SAVINO, *Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo: quale bilanciamento?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, (10) 2008, pp. 1096 e ss.; A. BALSAMO, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, (9) 2009, pp. 401 e ss.

¹⁷ La CGUE ha confermato più recentemente le acquisizioni raggiunte nell'affaire Kadi con la sentenza resa in grande sezione, *Anboubou c. Cons. UE* (21/4/2015), così massimata: "gli atti normativi non contengono precisazioni riguardo alle modalità di prova, lasciando al Consiglio un ampio margine di discrezionalità in merito. Il Consiglio adempie all'onere della prova che gli incombe qualora evochi dinanzi al giudice dell'Unione un complesso di indizi sufficientemente concreti, precisi e concordanti che consentano di dimostrare l'esistenza di un collegamento sufficiente tra la persona sottoposta ad una misura di congelamento dei suoi fondi e il regime combattuto".

¹⁸ V. PUSATERI, *La Corte EDU su contrasto al terrorismo internazionale e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2013.

della misura di congelamento. La CGUE non accoglie le conclusioni dell'Avvocato generale Bot, né quelle della Commissione, secondo cui il carattere preventivo della misura comporta uno standard probatorio diverso da quello del procedimento penale, essendo sufficienti "ragionevoli motivi o un ragionevole fondamento dei sospetti". Tuttavia, ammette che la tutela del soggetto venga posposta all'inserimento delle liste, per preservare l'effetto-sorpresa della misura interdittiva ed, inoltre, per differire la divulgazione di notizie sensibili ai fini investigativi.

Con la risoluzione 1904 del 17 dicembre 2009, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha introdotto, in materia di terrorismo internazionale, la procedura di radiazione dalle *black lists* (cd. *delisting*) con il coinvolgimento di una nuova figura: il *Mediateur* o *Ombudsperson*.

Da qui il legislatore italiano trae ispirazione e prevede, da un lato, il rimedio interno della "procedura di cancellazione dalle liste" nazionali (art. 4 sexies co. 3 D. Lgs. n. 109/2007), dall'altro, immagina (implicitamente?) un sindacato giurisdizionale soltanto successivo ed eventuale.

È lecito domandarsi se questo modello assicuri una tutela effettiva.

3. Inquadramento sistematico: una nuova misura di prevenzione interdittiva.

Essendo chiaramente ispirata ai suoi omologhi sovranazionali ONU e UE, la misura nazionale "ripete" da essi la funzione preventiva (o almeno tale negli intenti).

A norma della risoluzione 1822 (2008) del Consiglio di Sicurezza ONU, le misure di congelamento "hanno carattere preventivo e sono indipendenti dalle norme penali di diritto interno". L'art. 75 TFUE le definisce "insieme di misure amministrative" per la prevenzione e la lotta al terrorismo. La CGUE, nel 2013 (Kadi), ne afferma a chiare lettere la natura preventiva (pt. 130 e ss.), ribadita poi nella più recente sentenza *A. B. C. c. Minister van Buitenlandse Zaken* (caso *Liberation Tigers of Tamil Eelam*), resa il 14 marzo 2017¹⁹.

Del resto, guardando esclusivamente alle fonti di diritto interno, l'art. 2 del D. Lgs. n. 109/2007 individua la finalità della normativa nella prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di finanziamento del terrorismo. La relazione illustrativa al D. Lgs. n. 90/2017 presenta la novella come "strumento di prevenzione" del finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo.

Inoltre, la norma si riferisce in chiave prospettica a condotte penalmente rilevanti e fonda la misura su "elementi di fatto", secondo una costruzione sintattica e semantica che è sovrapponibile a quella utilizzata dal D. Lgs. n. 159/2011.

Queste osservazioni inducono a collocare sistematicamente il congelamento nazionale tra le misure di prevenzione, più precisamente tra quelle negative *ante delictum*²⁰.

Inoltre, si tratta di una misura a carattere interdittivo. L'interdizione è un contenuto sanzionatorio dalla valenza polifunzionale, perché può tanto essere piegata a finalità repressive quanto a finalità preventive. Nell'esperienza giuridica italiana, le misure interdittive sono filtrate nel tessuto delle pene accessorie e delle misure di prevenzione (si pensi all'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011), mentre sono tradizionalmente e concordemente ritenute inadeguate a fungere

¹⁹ Cfr. S. CRISPINO, *Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell'interpretazione conforme*, in questa Rivista, 1/2017, pp. 226 e ss. Il giudice *a quo* metteva in dubbio che LTTE avesse posto in essere atti terroristici, così come definiti dal diritto internazionale. Sosteneva piuttosto che si trattasse di attività di forze armate in periodo di conflitto armato. Questa osservazione, secondo la sua ricostruzione, avrebbe ostacolato l'irrogazione della misura di congelamento a carico di LTTE. La CGUE non avalla questa tesi e afferma che "le regole del diritto internazionale umanitario non vietano l'adozione di misure preventive". Evidenzia che, ai sensi dell'ultimo considerando della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici con esplosivo, "l'esclusione dall'ambito di applicazione di tale Convenzione delle attività delle forze armate in periodo di conflitto non giustifica né legittima illeciti e non impedisce l'esercizio di azioni giudiziarie in virtù di altre leggi"; non è escluso, dunque, che siano considerati atti illeciti, perseguibili quali atti terroristici, ai sensi della posizione comune 2001/931 e del regolamento 2580/2001.

²⁰ Si aggiunge anche una funzione cautelare – forse fisiologicamente collegata a quella preventiva –, perché il decreto ministeriale copre le more di una (eventuale o certa?) decisione di congelamento ONU.

da valida alternativa alla pena detentiva²¹, salvo casi²² e opinioni isolate²³.

Essendo molteplici le attività interdicibili, tale tipo di sanzione/misura è duttile, ma, in generale, si può affermare che si collochi a metà strada “tra le sanzioni patrimoniali in senso lato, da una parte, e le sanzioni limitative della libertà diverse dalla detenzione, dall'altra”²⁴. Per un verso, la sanzione patrimoniale produce come effetto la *deminutio* patrimoniale, mentre l'interdizione non è incentrata direttamente sulla perdita patrimoniale, diversamente dalle sanzioni a contenuto ablatorio; per altro verso, se si muove dalla premessa che la libertà personale non si estrinseca solamente nella libertà dagli arresti (*babeas corpus*), ma anche in quelle implicanti la possibilità del soggetto di svolgere liberamente la propria personalità nella vita di relazione, allora si deve concludere che le sanzioni interdittive siano concettualmente riconducibili alle sanzioni limitative di tali libertà.

4.

Delinare la misura *per differentiam*: le figure affini

Con queste caratteristiche, il congelamento nazionale si affianca alle altre misure di prevenzione, ma l'effetto interdittivo segna la differenza con istituti affini.

Spesso, nel panorama europeo o internazionale, “congelamento” è genericamente accostato a provvedimenti aventi effetti analoghi al sequestro e alla confisca (come ad esempio accade nella direttiva 42/2014) e recepiti in queste forme nel diritto interno²⁵.

Ma le misure di congelamento, comprese quelle *ex art.* 4 bis, il sequestro e la confisca sono istituti concettualmente diversi. La confisca ha contenuto patrimoniale specifico/ablatorio; il congelamento ha contenuto patrimoniale generico/interdittivo²⁶. Il sequestro ha come effetto quello di rendere indisponibile il bene che ne è oggetto, ma è preordinato alla confisca e non ha ad oggetto fondi o risorse economiche, bensì singoli beni.

Questa differenza è il riflesso dell'idea di fondo che anima i due istituti. La confisca, generalmente, veicola l'idea che il crimine non paga, guarda al passato, all'origine illecita dei beni, anche se solo sospettata (confisca di prevenzione). L'interdittiva, invece, si disinteressa dell'origine del bene, *non guarda al passato ma al futuro* ed, infatti, il giudizio di pericolosità è incentrato sul titolare delle risorse economiche, perché ci si preoccupa esclusivamente dell'uso che ne possa fare, a prescindere da come le abbia ottenute.

A conferma della differenza ontologico-funzionale che corre tra questi istituti si aggiungono argomenti letterali ben precisi. L'art. 5 co. 7 del D.lgs. n. 109/2007 afferma che “il congelamento non pregiudica gli effetti di eventuali provvedimenti di sequestro o confisca, adottati nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi, aventi ad oggetto i medesimi fondi o le stesse risorse economiche”. Inoltre, già prima dell'introduzione dell'art. 4 bis, il legislatore aveva creato un raccordo tra misure di congelamento sovranazionali e confisca di prevenzione (art. 16 del D. Lgs. n. 159/2011). Possono sovrapporsi, ma ciò implica la loro diversità.

La sovrapposizione eventuale conduce alla necessità di chiarirne i rapporti. Di questo aspetto, più precisamente del rapporto tra congelamento e sequestro disposto dall'AGO, se ne è occupata Corte di Cassazione, sez. I, 4 dicembre 2008, n. 3718. La Corte afferma che,

²¹ Così T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981; E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989. Nell'ambito del dibattito circa le misure alternative alla detenzione, le sanzioni interdittive vengono accantonate riportando obiezioni diffuse già tra i riformatori settecenteschi: l'impossibilità di controllare l'esecuzione, le sperequazioni inevitabili, la natura criminogena ed esasperatamente afflittiva, le ripercussioni che potrebbero avere sui terzi.

²² Le interdizioni sono una scelta obbligata in caso di responsabilità degli enti ma sono comunque applicate congiuntamente alla sanzione pecuniaria solo quando espressamente previste e alla sussistenza di determinate condizioni (AA. VV, *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010).

²³ A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008.

²⁴ F. C. PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale, contributo alla riforma*, a cura di G. VASSALLI, Milano, 1982.

²⁵ L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, pp. 187-188, mette in guardia l'interprete sulla “autonomia terminologica” che contraddistingue il “sistema preventivo sovranazionale”. L'A. osserva che “nonostante gli sforzi di uniformazione e l'apprezzabile prassi di fornire espressa definizione dei termini-chiave, si ha ancora l'impressione di una terminologia incoerente e ambigua [...]”. Tale consapevolezza deve allertare l'interprete circa la insidiosità di un approccio ermeneutico del diritto sovranazionale basato esclusivamente sulle omonime espressioni di diritto interno e orientarlo, piuttosto, alla ricerca dei tratti contenutistici e procedurali che caratterizzano misure identiche nella sostanza, benché diversamente nominate.”

²⁶ L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, pp. 151 e ss., distingue analiticamente le due categorie: le misure patrimoniali specifiche “incidono sulla proprietà o la disponibilità di beni materiali specificamente individuati o di determinate somme di danaro”; quelle generiche “incidono in vario modo sull'autonomia patrimoniale in generale dell'interessato, ponendo divieti o restrizioni allo svolgimento di determinate attività economiche o patrimoniali, nonché all'accesso a prodotti e servizi finanziari”.

quando i medesimi beni sono sottoposti contemporaneamente a entrambe le misure, prevale la gestione del giudice penale e, quindi, il sequestro o la confisca. Se vengono meno queste ultime, per qualsivoglia motivo, il bene “torna nella gestione del Ministero”, lasciando intendere che riemerge il congelamento.

Apparentemente più simile è l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche (art. 34 D. Lgs. n. 159/2011, già previsto dagli artt. 3 quater e 3 quinquies co. 2 della L. n. 575/1965)²⁷. Sono plurimi gli argomenti con cui si può sostenere un accostamento funzionale. L'amministrazione giudiziaria dei beni ne sospende la disponibilità da parte del titolare e, quindi, ne comprime il relativo potere. La dottrina evidenzia questo aspetto nei modi più disparati: c'è chi discorre di “misure ablatorie atipiche”²⁸, chi recisamente le esclude dal novero degli strumenti ablativi e ne evidenzia la funzione di “vigilanza prescrittiva”²⁹, chi la include tra le misure patrimoniali a contenuto generico³⁰. Ed, infatti, un rilevante elemento di distinguo con la confisca è che l'amministrazione è focalizzata sulle attività economiche strumentali al crimine e, soltanto indirettamente o di riflesso, sui singoli beni. Rileva non l'origine illecita, o presunta tale, dei beni ma la loro destinazione.

Ma, innanzitutto, tale misura di prevenzione “si rivolge alla possibile vittima e non al possibile autore”³¹, inoltre può comunque avere un esito ablativo (co. 7).

L'istituto più prossimo alle misure di congelamento nazionali sembra essere l'informativa prefettizia antimafia³². Sono numerosi i fattori che le accomunano. Nascono entrambe come strumenti “amministrativi” di prevenzione per il contrasto alla criminalità organizzata. L'art. 94 del D. Lgs. n. 159/2011 individua gli effetti derivanti dalle informazioni nell'interdizione dell'inizio o del prosieguo di rapporti economici tra impresa e PA e, infatti, sono conosciute anche sotto il nome di “interdittive antimafia”. Conseguenza altamente probabile è la “morte” dell'impresa (recente dottrina ha coniato il termine di “enticidio”³³) che lavori esclusivamente o prevalentemente su commesse pubbliche, ma, nonostante l'elevato tasso di afflittività, la misura è collocata al di fuori del circuito penale e la sua irrogazione è affidata alla discrezionalità del Prefetto. Il giudice amministrativo può sindacare il provvedimento nei limiti della sua legittimità formale, senza poter valutare nel merito il giudizio di pericolosità del Prefetto, che pure è fondato su uno standard probatorio elastico (se non vago), come, ad esempio, desumere il “tentativo di infiltrazione mafiosa” dagli “accertamenti” disposti o dalla proposta di applicazione di una delle misure di prevenzione (art. 84 co. 3, D. Lgs. n. 159/2011) o, ancora, dagli elementi *ex art.* 91 co. 6 D. Lgs. n. 159/2011. La banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, con i dovuti distinguo, ricorda il sistema del *blacklisting*.

Più in generale, è opportuno rilevare che alle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria si accompagnano, se non esclusi per scelta del giudice, gli effetti interdittivi accessori di cui all'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011, che fungono anche da preludio alle interdittive antimafia.

5. Prima e oltre la natura sostanzialmente penale: la compatibilità con i principi in tema di prevenzione.

C'è chi dubita della natura preventiva (e amministrativa) del congelamento, ritenendo più opportuno qualificarlo come sanzione penale, in ragione della notevole afflittività che esercita

²⁷ G. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2017.

²⁸ L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure “antimafia” tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2002.

²⁹ D. FONDAROLI, *La prevenzione patrimoniale; dall'applicazione in ambito penale-tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pp. 600 e ss.

³⁰ L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, p. 153.

³¹ M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pp. 439 e ss.

³² G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia “generica” ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) D. Lgs. n. 159/2011?*, in questa *Rivista*, 4/2017, pp. 290 e ss.; G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in questa *Rivista*, 4/2015, pp. 259 e ss.; F. LACAVA, *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a.*, in *amministrativamente*, (7-9) 2015; V. NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Il corriere del merito*, (8-9) 2010, pp. 801 e ss.

³³ E. MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, pp. 133 e ss.

sul soggetto “listato”³⁴. Il Tribunale, in Kadi II³⁵, adombra questa ipotesi, essendo considerevoli le restrizioni del diritto di proprietà. Inoltre, la portata generale e generica della misura, che interessa l'intero patrimonio, si traduce in una grave limitazione della libertà di movimento (pt. 149 della sentenza). Questo argomento è utilizzato soltanto per rafforzare la tesi della necessità di un controllo giurisdizionale pieno, ma non è approfondito.

E, allora, si potrebbe ipotizzare il carattere penale-punitivo del congelamento nazionale, a maggior ragione se si considera che, più in generale, “il settore della prevenzione è apparso costantemente proteso – anche sul piano della sistemazione teorico-generale – alla ricerca di una precisa identità, conteso tra chi ne ha rivendicato la natura di appendice penalistica del controllo sociale e quanti l'hanno spinta nei cantieri del diritto amministrativo”³⁶.

Il dibattito coinvolge anche il concetto autonomo di materia penale elaborato dalla Corte EDU con la celebre sentenza *Engel c. Paesi Bassi*³⁷. Nella *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, in *De Tommaso c. Italia*, si legge che le misure di prevenzione rientrano nel concetto autonomo di “materia penale”. Il giudice sostiene “un'erronea etichettatura della realtà” da parte della Corte EDU in relazione a tali misure. Tra le motivazioni a supporto della sua tesi, evidenzia che, per la stessa Corte Costituzionale italiana, le misure di prevenzione hanno natura penale, essendo accomunate alle misure di sicurezza (sentenza n° 68/1964).

La Corte di Cassazione in isolate occasioni ne ha riconosciuto la natura di “anticipo succedaneo di un provvedimento retributivo”³⁸.

Parte della dottrina da sempre ne denuncia la natura di “pene del sospetto”³⁹, perché, di fatto, soprattutto il legislatore “emergenziale” assegna, spesso consapevolmente, alle misure di prevenzione una funzione surrogatoria delle sanzioni di carattere penale, “un ruolo di stampella di una giustizia penale inefficace”, per eludere le difficoltà legate alla soddisfazione di uno standard probatorio adeguato a sostenere la condanna oppure per disporre un'ordinanza cautelare. Le misure di prevenzione diventano “succedanei delle pene delle quali non si siano potuti accertare i presupposti” con la finalità di aggirare le garanzie.

E le misure a contenuto interdittivo si prestano particolarmente all'ambiguità: è sufficiente considerare che quando non sono conseguenza di fatti illeciti ma dipendono dal venir meno dei requisiti richiesti per l'esercizio di una determinata attività, si inscrivono nell'ambito dell'autotutela amministrativa, quindi nell'*hard core* del diritto amministrativo.

In ogni caso, arrovellarsi sulla natura sostanziale (irrisolta) delle misure di prevenzione e, in particolare, del congelamento nazionale non sposta i termini delle questioni che interessano la norma in esame. Le misure di prevenzione sono (perlomeno) contigue al sistema penale⁴⁰ e permeabili rispetto a principi e garanzie che quest'ultimo esprime. La nuova misura di congelamento nazionale, ripropone problemi classici legati al sistema di prevenzione, perché il legislatore si è asetticamente ispirato alle norme sovranazionali.

³⁴ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 169; P. T. PERSIO, *Lotta al finanziamento del terrorismo: strumenti di prevenzione e repressione, elementi di criticità*, in *Diritto penale e processo*, (9) 2011, pp. 1137 e ss.

³⁵ M. SAVINO, *Kadi II, ultimo atto: un modello globale per la prevenzione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, (11) 2013, pp. 1052 e ss.; M. SAVINO, *Kadi II: i diritti dei sospetti terroristi presi sul serio?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, (3) 2011, pp. 257 e ss.

³⁶ V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Torino, 2015, p. 301.

³⁷ Seguendo questa logica si è tentato di ricondurre alla materia penale la confisca di prevenzione. Tuttavia, come è noto, la Cassazione penale, anche a Sezioni Unite, n. 4880/2015 (ric. Spinelli) ha sempre respinto questa interpretazione e vi riconosce una “finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso parasanzionatorio”, continuando a definirla una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura prevista dall'art. 240 c.p.

³⁸ Cass., Sez. I, 21 gennaio 1991. Cfr. S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di polizia*, Padova, 2012, p. 125.

³⁹ F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno*, Milano, 1975, pp. 29 e ss.; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, pp. 196 e ss.; G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pp. 505 e ss.; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1994; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015 p. 301. D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

⁴⁰ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 196, descrive, con una magnifica immagine, tanto creativa quanto efficace, le misure di prevenzione: “sono, in qualche modo, per il sistema punitivo, quel che i fiumi carsici sono rispetto all'idrografia di superficie. Attraversano lo stesso terreno, ma non si vedono. Appaiono, si inabissano nelle cavità delle rocce, riemergono e poi scompaiono. Sono, per così dire, una presenza nell'ombra. L'altra faccia della Luna, la trama nascosta, il tarlo che corrode il sontuoso mobilio costituito dai principi del diritto penale.”

Il diritto della prevenzione vive nella perenne frizione tra esigenze di difesa sociale⁴¹ e garanzie assicurate dalle Carte dei diritti fondamentali⁴². Il ruolo del legislatore – e, poi, dell'interprete – è cercare, per quanto possibile, un punto di equilibrio soddisfacente tra i due poli in conflitto.

Le criticità della norma si appuntano su due aspetti distinti ma strettamente connessi.

Il primo è l'irrogazione della misura da parte di una PA, con un controllo giurisdizionale soltanto successivo ed eventuale, in un ambito che dovrebbe godere della piena giurisdizionalizzazione.

Il secondo corno del problema è la effettiva consistenza dello standard probatorio richiesto, inevitabilmente legato alla (im)precisione delle fattispecie indice di pericolosità. I presupposti applicativi prendono forma in virtù degli elementi di prova: sono profili che si alimentano a vicenda. Se alla incertezza si aggiunge l'imprecisione, il risultato è l'imprevedibilità.

Giurisdizionalizzazione, legalità e momento probatorio sono strettamente collegati, perché l'intervento del giudice "non avrebbe significato sostanziale se non fosse preordinato a garantire, nel contraddittorio tra le parti, l'accertamento di fattispecie legali predeterminate" (Corte Cost. 177/1980).

6.

Il Deficit di giurisdizionalizzazione

Si può affermare che, generalmente, sono due i modelli di controllo giurisdizionale delle misure negative di prevenzione speciale *praeter delictum*: la riserva di giurisdizione e il diritto a un ricorso effettivo per accertarne *a posteriori* la legittimità.

Si è visto come il legislatore, sulla falsariga della disciplina sovranazionale, avallata dalla giurisprudenza della CGUE, abbia optato, con riferimento alla norma in esame, per la seconda alternativa, privilegiando esigenze di (supposta) efficienza securitaria a scapito delle garanzie.

Ma, in primo luogo, bisogna evidenziare che il sindacato del giudice amministrativo non raggiunge quel grado di intensità richiesto dalla sentenza Kadi, perché non è completo né intrinseco, non potendo scrutinare l'opportunità delle scelte del CSF – come si vedrà, fondate, per giunta, su labili presupposti applicativi – ed essendo circoscritto ai soli evidenti vizi di eccesso di potere.

Peraltro, a seguito della sentenza *De Tommaso c. Italia*, parte della dottrina⁴³, rispetto all'interdittiva antimafia, ma proprio per questi motivi, ha prospettato una possibile questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 6 CEDU nel suo *volet civil*, non essendo garantita una tutela giurisdizionale effettiva. Considerati i punti di contatto tra i due istituti sorge spontaneo sollevare i medesimi dubbi rispetto al congelamento nazionale.

In secondo luogo, più a monte, affidare ad un'autorità amministrativa il compito di attribuire la qualità di (presunto) terrorista, ovvero un pesante giudizio di riprovazione morale e sociale, cui si collega l'assoggettamento a provvedimenti gravemente restrittivi della libertà d'iniziativa economica, è una scelta – quantomeno – discutibile perché sminuisce la tutela di diritti umani fondamentali e delle garanzie difensive, identificabili, nel nostro ordinamento, nei diritti costituzionalmente tutelati agli artt. 2, 3, 4, 24, 41, 111 Cost.⁴⁴.

Tuttavia, è pur vero che manca in Costituzione una previsione normativa dedicata alle misure di prevenzione e sono note le incertezze interpretative circa la sussistenza di un vincolo costituzionale che imponga la riserva di giurisdizione.

Se si intende il congelamento nazionale come misura patrimoniale, la cd. Costituzione

⁴¹ La difesa sociale, secondo un indirizzo della giurisprudenza costituzionale, consolidato a partire da Corte Cost. 27/1959, costituirebbe il fondamento costituzionale implicito delle misure di prevenzione: "l'ordinato e pacifico svolgimento di rapporti fra i cittadini deve essere garantito oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire".

⁴² Cfr. Corte Cost. 11/1956.

⁴³ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) D. Lgs. n. 159/2011?*, in *questa Rivista*, 4/2017, pp. 290 e ss.

⁴⁴ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 288; E. LO MONTE, *Gli interventi in tema di misure di prevenzione: il problema del congelamento dei beni*, in *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di A. A. DALIA, Milano, 2006, pp. 407 e ss.

economica⁴⁵, in cui troverebbe copertura, non richiede necessariamente l'intervento del giudice in sede di irrogazione.

È più complesso ricavare la riserva di giurisdizione sostenendo che il congelamento nazionale sia una misura di prevenzione personale. Innanzitutto perché non è detto che queste ultime, in generale, sottostiano al vincolo dell'art. 13 Cost. ed, in secondo luogo, è una sussunzione che si espone a critica, perché, nonostante l'effetto-*freezing* generalizzato abbia conseguenze dirette ed immediate sulla vita personale di relazione e l'interdittiva abbia natura ibrida (patrimoniale in senso lato e limitativa delle libertà), non si può dire intaccata direttamente la libertà personale, quanto piuttosto la libertà di iniziativa economica privata. Tuttavia, un certo orientamento dottrinale e un filone della giurisprudenza costituzionale argomentano la competenza del giudice a partire dal concetto di giudizio di degradazione giuridica, da intendersi come uno degli aspetti di restrizione della libertà personale.

Tutte le misure che si risolvono in una sorta di degradazione giuridica, ovvero una "menomazione o mortificazione della dignità o prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere"⁴⁶, sono attratte all'ambito applicativo dell'art. 13 Cost.

In quest'ottica, si potrebbe "pretendere" la riserva di giurisdizione per le misure di congelamento nazionali, che sembrano muovere proprio da un giudizio di degradazione giuridica.

Procedendo con ordine, il dibattito con riferimento al fondamento costituzionale delle misure di prevenzione personali è molto articolato. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, sono stati principalmente due i parametri costituzionali allegati a giustificazione del potere di prevenzione: l'art. 13 e l'art. 16 Cost. A norma di quest'ultimo, la libertà di circolazione può essere limitata "in via generale" dalla legge – applicata concretamente anche dalla PA – per motivi di sanità o sicurezza. Ma, secondo parte della dottrina⁴⁷, "in generale" si riferisce alla prevenzione dei rischi (per motivi di carattere generale, obiettivamente accertabili) per chiunque si rechi su parti definite del territorio nazionale e non alle misure limitative per esigenze di neutralizzazione della pericolosità del singolo. Dunque, esclusa la rilevanza dell'art. 16 Cost., le misure di prevenzione andrebbero ricondotte nell'alveo dell'art. 13 co. 2 Cost., anche perché ricomprese nel tenore letterale della norma ("qualsiasi altra restrizione"). La conclusione cui si giunge è che la riserva di giurisdizione si applica non solo alle misure che comportano limitazioni di ordine fisico, ma a tutte quelle che implicano un giudizio di degradazione giuridica sul piano morale o sociale del singolo cittadino.

Si è obiettato che questo orientamento dilata eccessivamente il concetto di libertà personale, storicamente intesa come libertà dagli arresti e sottoposizione a singole e specifiche coercizioni fisiche ed, effettivamente, si tratta di un rilievo che coglie nel segno, essendo confermato dalla Costituzione che prevede libertà ulteriori al fianco di quella personale.

Il quadro interpretativo incerto e frastagliato è aggravato da una giurisprudenza costituzionale ondivaga e poco chiara.

Le prime sentenze in materia di prevenzione (nn. 2/1956 e 11/1956) sembrano collegare la riserva di giurisdizione al criterio della degradazione giuridica.

In seguito, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 68/1964, pur riconoscendo nei suoi precedenti tale percorso argomentativo⁴⁸, ha osservato che la PA emette numerosi atti che possono ledere la stimabilità delle persone, ma non per questo c'è bisogno dell'intervento del giudice, essendo sufficiente a fini di garanzia il solo controllo *ex post*. La Corte afferma che "dall'insieme delle norme ora esaminate [artt. 101 e 102 Cost.] non si può dedurre l'esistenza di un principio generale di ordine costituzionale, che affermi la necessità dell'intervento del giudice in tutti i casi in cui nell'interesse della pubblica Amministrazione si debba procedere ad atti da cui derivi o possa derivare una menomazione della dignità della persona. In sostanza, o tali atti sono ammissibili in base all'art. 3 della Costituzione, e allora anche le autorità

⁴⁵ V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, 2015, Torino, pp. 313 e 314.

⁴⁶ Cfr. S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di polizia*, Padova, 2012, p. 126.

⁴⁷ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967; per una ricostruzione organica del dibattito si veda G. AMATO, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1977; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, pp. 291 e ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, 2015, Torino, pp. 308 e ss.

⁴⁸ La Corte Costituzionale opera un *distinguishing* tra ammonizione e rimpatrio obbligatorio: in quest'ultima, dedotta in causa, non è riscontrabile una degradazione giuridica, a differenza della prima (oggetto dei giudizi di legittimità del 1956).

amministrative possono emetterli, salvo che in virtù di altre norme o principi costituzionali la competenza non debba essere affidata al giudice, o non sono ammissibili e allora neppure una sentenza del giudice potrebbe adottarli”.

In dottrina si è obiettato che sia “più che ovvio” che la PA adotti atti aventi riflessi sulla dignità dei destinatari, ma “il problema non è tanto questo, quanto piuttosto l’ammissibilità di un autonomo potere di organi amministrativi di valutare la personalità dei destinatari, in vista dell’adozione di atti aventi come premessa logica e giuridica un giudizio morale su costoro, fatta salva l’ipotesi peculiare del procedimento disciplinare”⁴⁹. In definitiva, la prevenzione che guarda alla pericolosità sociale del singolo si risolve nel potere di giudicare non fatti (situazioni oggettivamente pericolose, come può essere nel caso dell’art. 16 Cost.) ma persone e “un potere del genere, ove ammesso, spetterebbe sempre e in ogni caso al Giudice, non perché restrittivo della libertà personale, ma perché giudicare le persone e degradarle sono per Costituzione mansioni giudiziali, quale che sia la restrizione di libertà a cui conducono [...]”⁵⁰.

In ogni caso, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, l’unica certezza in materia, consolidatasi negli anni, è la “repulsa” per l’attribuzione di competenza ad organi amministrativi vicini al potere governativo, sembrando più consono che almeno le misure più gravi siano decise dall’Autorità giudiziaria. Era particolarmente sentita l’esigenza di segnare un cambiamento rispetto all’epoca fascista, in cui apposite commissioni amministrative, organizzate su base provinciale (la Commissione provinciale, *organo interistituzionale*, composto dal Prefetto, dal Procuratore Generale, da un giudice, dal questore e dal comandante dei Carabinieri e da un cittadino di specchiata probità), erano subentrate all’Autorità giudiziaria.

Effettivamente, oggi, una certa graduazione della tutela si riscontra nel decreto n. 159⁵¹: solo le misure più blande (foglio di via obbligatorie e avviso orale) sono irrogabili dal questore, mentre le altre, la maggior parte, compresa la confisca e le altre misure patrimoniali, sono di competenza dell’Autorità giurisdizionale.

Pensare che misure così incisive su diritti fondamentali della persona tornino, come nel passato, ad essere affare di commissioni amministrative interistituzionali lascia un senso di amarezza e sgomento. Richiedere l’intervento del giudice nell’irrogazione delle misure di congelamento nazionali non è mero capriccio, ma ha risvolti applicativi considerevoli: assicura almeno le garanzie proprie del procedimento di prevenzione, che, per quanto siano notevolmente inferiori (per forza di cose) a quelle del processo, costituiscono un *maius* rispetto a quelle attualmente previste⁵². A titolo esemplificativo, in virtù del combinato disposto degli artt. 7 co. 9 D. Lgs. n. 159/2011, 666 co. 5 c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p., il giudice della prevenzione procede “senza particolari formalità” ma “nel rispetto del contraddittorio”.

7. Il giudizio di pericolosità: standard probatorio, (im)precisione della fattispecie, mancanza della fase prognostica

Nell’analisi del CSF per l’anno 2014 si legge che “*in alcuni casi l’utilizzo della cooperazione internazionale tra FIU (financial information unit) ha permesso di risolvere casi di mera omonimia evitando l’adozione del provvedimento di congelamento a carico di individui non sottoposti ad alcuna misura sanzionatoria*” (p. 30). Tra gli elementi informativi utili per fondare la misura spiccano quelli idonei a una corretta identificazione dei soggetti indicati.

I timori manifestati dall’analisi del CSF e traditi dallo stesso legislatore offrono lo spunto per riflettere criticamente sullo standard probatorio da soddisfare ai fini della misura in esame e, più in generale, per le misure di prevenzione.

La norma interna non si discosta dalle coordinate ermeneutiche della CGUE, che richiede una “base di fatto sufficientemente solida”, né dalle formule ricorrenti in tema di misure di prevenzione vigenti nel nostro ordinamento: “elementi di fatto”, indizi di reato, “atti prepa-

⁴⁹ G. AMATO, *Commento all’art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1977.

⁵⁰ G. AMATO, *Commento all’art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1977.

⁵¹ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012, pp. 13 e ss.

⁵² Si consideri anche la giurisprudenza costituzionale, che si è sempre mostrata propensa ad arricchire il quadro delle tutele in materia: con sentenza 69/1975, la Corte ritiene incostituzionali le disposizioni che ammettono la legittimità di un avviso a comparire rivolto al proposto privo di elementi dai quali desumere le ragioni per le quali la proposta era stata formulata; con sentenza 76/1970 dichiara incostituzionale l’art. 4 co. 2 della L. 1423/1956, nella parte in cui non prevedeva l’assistenza obbligatoria del difensore; con sentenza 93/2010 dichiara illegittime le disposizioni che escludevano la presenza del pubblico in udienza, che da camerale diventa pubblica.

ratori obiettivamente rilevanti” (artt. 1 e 4 dlgs 159/2011). Bisogna comprenderne l’effettiva consistenza probatoria. Sciogliere il quesito è operazione ermeneutica gravida di conseguenze perché l’acquisizione probatoria è destinata a plasmare i presupposti di applicazione delle misure, a maggior ragione quando questi ultimi siano descritti con elementi elastici o vaghi e una tecnica normativa scadente. Il giudice è chiamato a offrire tutela vincolato alla legge, se quest’ultima è labile ed imprecisa, è inevitabile che la garanzia sarà inconsistente quanto la legge che ha applicato. Inoltre, se l’intento è surrogare la pena, arretrare la soglia dello standard probatorio elude il principio di colpevolezza, sia sul versante processuale (la presunzione di non colpevolezza), sia sul versante sostanziale⁵³. Più in generale, è una questione di prevedibilità della base legale applicabile.

Non c’è una chiara definizione in positivo sulla quale l’interprete possa fare affidamento. Per dare corpo a concetti come “indizi”, elementi di fatto e atti preparatori si può solo ragionare in negativo, *a contrariis*.

L’indizio assurge al rango di prova solo quando grave, preciso e concordante (art. 192 co. 2 c.p.p.). È evidente, però, che in materia di prevenzione non si possono esigere tali requisiti, perché altrimenti si avrebbe a disposizione il materiale probatorio sufficiente per sostenere l’accusa in giudizio, per l’applicazione della pena.

Un caso paradigmatico di tale divaricazione sono proprio le condotte di finanziamento del terrorismo, perché, recentemente, il legislatore ha introdotto il reato autonomo di finanziamento di condotte con finalità di terrorismo, creando, almeno dal punto di vista astratto, un parallelismo simmetrico tra 4 bis (prevenzione) e 270 quinquies.1 (repressione)⁵⁴. L’art. 4 bis, infatti, si riferisce alle condotte, consumate o tentate, “con finalità di terrorismo *secondo quanto previsto dalle leggi penali*”, esorbitando, forse, dallo più specifico ambito applicativo del D. Lgs. n. 109/2007, attinente al solo finanziamento (come afferma l’art. 2: “prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento”). Un indizio grave, preciso e concordante può sostenere direttamente l’accusa di finanziamento *ex art. 270 quinquies.1* in giudizio.

Per la misura di prevenzione non è richiesto neppure lo standard probatorio dei gravi indizi di colpevolezza, che sorregge le misure cautelari (art. 273 c.p.p.), nonostante parte della dottrina ritenga l’apprezzamento cautelare “sommario” sotto un duplice profilo: superficiale e parziale.

In quest’area residuale, frutto di un’operazione ermeneutica “a levare”, non è ben chiaro quale consistenza debbano avere gli “elementi di fatto”. Parte della dottrina ritiene che si collochino in una sorta di “zona grigia” tra il mero sospetto e la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio o di quella cautelare. Lo spazio grigio è, per definizione, di difficile decifrazione, indistinto ed anodino, non ha concreta consistenza. L’unica cosa assodata è che debba trattarsi di un fatto certo, ma sulla cui consistenza probatoria non si può dire nulla di preciso.

L’art. 4 quater non menziona “gli atti preparatori”, a differenza dell’art. 4 co. 1 lett. d) del D. Lgs. n. 159/2011. Tuttavia, richiama il tentativo di condotte con finalità di terrorismo, il che vuol dire fare riferimento *indiretto* agli atti preparatori, a meno che non si voglia ammettere che l’art. 4 bis sia un valido argomento letterale per sdoganare l’ammissibilità del tentativo nei delitti di attentato⁵⁵.

Non sono d’aiuto gli altri indici-requisiti che possono condurre il CSF a presentare una proposta di *listing*. Eloquente è la clausola di chiusura dell’art. 4 quater: “ogni informazione rilevante” in possesso del CSF.

Si regredisce fatalmente verso l’area del sospetto, quella soglia probatoria, del resto, suggerita dall’Avvocato generale Bot nell’*affaire* Kadi.

Le incertezze sullo standard probatorio richiesto, problema irrisolto del diritto della prevenzione, possono essere compensate con una descrizione puntuale dei presupposti applicativi. Ma l’art. 4 bis non è rassicurante neppure sotto questo profilo. Questi mostrano una salda correlazione con le fattispecie penalmente rilevanti (“secondo quanto previsto dalle leggi penali”) che promette, mediante un’interpretazione sistematica, una certa precisione delle fattispecie.

⁵³ S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato costituzionale democratico di diritto allo Stato di polizia*, Padova, 2012, p. 126.

⁵⁴ V. ARAGONA, *Il contrasto al finanziamento del terrorismo*, in *questa Rivista*, 1/2017, pp. 96 e ss.

⁵⁵ *Contra*, Cassazione, 15 ottobre 2015, ammette il tentativo anche rispetto a delitti di attentato, anticipando la soglia del penalmente rilevante. Più in particolare, la Corte non esclude l’astratta compatibilità tra tentativo e art. 270 quater, affermando che: “non può escludersi in via generalizzante e dogmatica l’ipotesi del tentativo punibile in rapporto a condotte poste in essere dal soggetto proponente e tese, con i caratteri di cui all’art. 56 c.p. (ed in presenza dei descritti presupposti di contesto e finalistici), al raggiungimento del suddetto accordo”.

Ma affette da intrinseca indeterminatezza sembrano le condotte consumate o tentate che “minacciano la pace e la sicurezza internazionale”. La perimetrazione in positivo del bene giuridico “sicurezza” è difficile già per le fattispecie tassative, previste nel codice penale, che ne sono poste a tutela. Sarà, allora, pressoché impossibile determinare con precisione quali atti attentino alla “sicurezza internazionale”, senza nemmeno la descrizione di una condotta. La “pace”, elemento normativo certamente non ricorrente nelle fattispecie penalmente rilevanti, può annoverarsi tra quei concetti intangibili, che soffrono di “gigantismo penale”. In tale contesto non è possibile neppure tentare un’interpretazione sistematica o utilizzare l’offensività in chiave critico-dommatica per risolvere le incertezze, né l’interpretazione conforme⁵⁶ alle norme sovranazionali. Infatti, nelle misure sovranazionali, da cui è chiaramente mutuato questo presupposto, “le violazioni della pace e della sicurezza internazionale” vengono individuate in situazioni di fatto del tutto eterogenee: atti di guerra, condotte costitutive di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte penale internazionale e anche crimini transnazionali⁵⁷.

L’ombra della incostituzionalità per mancanza di precisione della fattispecie normativa si allunga sulla norma⁵⁸.

È stato notato che la precisione può essere considerata nel diritto della prevenzione un dato fisiologicamente carente, perché “nessun legislatore, neanche quello tecnicamente più accorto, potrebbe descrivere con contorni netti l’*identikit* di un soggetto che, per definizione, non ha commesso nulla ma che, ad esempio, si debba ritenere che viva con i proventi dei reati”⁵⁹.

Si produce, allora, un circolo vizioso tra legalità (carente) e giurisdizione. Uno standard probatorio precario dovrebbe dare corpo a presupposti applicativi, indici di pericolosità, già di per sé imprecisi. Alla luce di queste osservazioni, il sindacato del GA sulle misure di congelamento nazionali ne esce ancora più indebolito ed, inoltre, qualsiasi sforzo proteso ad assicurare una giurisdizionalizzazione piena risulterebbe vano. Privata dei suoi presupposti essenziali, la giurisdizionalità, nel processo di prevenzione, si ridurrebbe alla sola presenza del giudice.

Ci si deve allora arrendere alla logica di una *giurisdizionalità impossibile*⁶⁰? È insegnamento di autorevole dottrina⁶¹ che la funzione del principio di legalità, *sub specie* determinatezza, non è quella di eliminare il soggettivismo ineliminabile, né realizzare la certezza assoluta, ma garantire il *maggior grado di certezza possibile*. Questo metro va contestualizzato nel diritto della prevenzione⁶² e renderebbe la giurisdizionalità, allo stato imperfetta, perché non parificabile a quella del processo, ma – almeno – effettiva, secondo la logica ricorrente del “non minor rigore ma rigore diverso”.

È, quindi, auspicabile che l’art. 4 bis venga epurato da presupposti vaghi, che, allo stato, in mancanza persino di una giurisdizionalizzazione piena, potrebbero trasformare la discrezionalità della PA in arbitrio.

L’auspicio di una maggiore precisione in tema di prevenzione potrebbe trovare accogliamento, perché su impulso della Corte EDU⁶³, si è recentemente risvegliata la sensibilità, ri-

⁵⁶ In tema si veda S. CRISPINO, *Finalità di terrorismo, snodi ermeneutici e ruolo dell’interpretazione conforme*, in questa Rivista, 1/2017, pp. 226 e ss.

⁵⁷ L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, p. 215.

⁵⁸ Inoltre, bisogna fare i conti con il valore probatorio che le *blacklists* nazionali potrebbero assumere in ambito processuale. Non è sempre possibile verificare la “legittimazione” delle fonti sulla cui base il comitato decide perché c’è il rischio che si possa dare ingresso per la “finestra” alle fonti di *intelligence* “cacciate fuori dalla porta” del processo penale, perché non sufficientemente controllabili (E. Rosi, *Quella lista nera dei predicatori dell’odio. Se i diritti degli imputati sono a rischio. L’elenco degli interdetti è un indizio? Torna la fonte d’intelligence*, in *Diritto & Giustizia*, 2005 (44), p. 78. Più recentemente M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2) 2017, pp. 439 e ss.)

⁵⁹ L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999.

⁶⁰ E. AMODIO, *Dibattito*, in *Le misure di prevenzione (IX Convegno E. De Nicola)*, 1975, pp. 502 ss., Milano.

⁶¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 66.

⁶² Cfr. Corte costituzionale n° 23/1964.

⁶³ Il riferimento è alla sentenza De Tommaso c. Italia del febbraio 2017, per cui si veda: F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 370 e ss.; A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a personalità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza della qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 15 e ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità costituzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, pp. 127 e ss.; D. PULITANÒ, *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenza penale web*, (10) 2017. F. VIGANÒ, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, pp. 272 e ss.

masta sinora apparentemente sopita⁶⁴, delle Corti interne rispetto al problema⁶⁵, che, però, il legislatore sembra ignorare, continuando ad ampliare l'ambito applicativo del D. Lgs. n. 159/2011, senza tener conto delle crepe strutturali che questo comincia a mostrare⁶⁶.

Ma quanto si è detto sinora riguarderebbe la sola fase constatativa del giudizio di pericolosità, perché, stando alle norme del D. Lgs. n. 109/2007, non è necessaria la fase prognostica. Generalmente, l'irrogazione di una misura di prevenzione esige un duplice momento valutativo: il primo (constatativo) in cui, sulla scorta di elementi di fatto, il proposto è inquadrato in una delle categorie dei destinatari (art. 1 e 4 D. Lgs. n. 159/2011), il secondo, in cui si valuta la sua concreta, effettiva ed attuale pericolosità (art. 6 co. 1 D. Lgs. n. 159/2011). La prognosi di pericolosità è *in se* delle misure di prevenzione, un immancabile passaggio valutativo che costituisce anche un presidio di garanzia per il proposto⁶⁷. Per rimediare a questo vuoto di tutela l'unica soluzione potrebbe essere applicare comunque l'art. 6 co. 1 alle misure di congelamento nazionali, in virtù dell'inquadramento sistematico prima suggerito, ovvero misure di prevenzione.

8. L'interdittiva, ultima frontiera di una prevenzione di cui vanno minimizzati i costi

Le nuove misure di congelamento nazionali sono forse la prova tangibile delle rinnovate tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale, che dal contenuto ablatorio si spinge verso quello interdittivo, attingendo anche libertà personali.

Ma l'innovazione, già particolarmente affittiva di per sé, quando si innesta nel "diritto penale al limite", in cui principi e garanzie proprie del diritto penale subiscono "flessibilizzazioni", va considerata criticamente, "evitando di avallare [indirettamente] i fenomeni in corso con il pretesto di descriverli in quanto tali"⁶⁸.

Dunque, in primo luogo, gli strumenti adottati nell'emergenza devono cessare quando tali situazioni non siano più riscontrabili, ma se, invece, contribuiscono alla "perennazione dell'emergenza" sfigurano il volto liberale del diritto penale⁶⁹ e non sono più tollerabili.

In secondo luogo, nella sentenza 309/2003, la Corte Costituzionale ha affermato che il legislatore deve esercitare la sua discrezionalità in modo equilibrato, per *minimizzare i costi* dell'attività di prevenzione. Anche la giurisprudenza consolidata della Corte EDU richiede un "rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, quindi, un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo", che è "rotto se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo e sproporzionato" (Corte EDU Grande Stevens c. Ita, 2014; Beyeler c. Ita, 1996; Air Canada c. UK, 1995; Sporong c. Swe.). La proporzionalità sottende anche il giudizio sulla necessità o meno in uno Stato democratico della misura restrittiva (Corte EDU Nada c. Swi; De Tommaso c. Ita).

⁶⁴ Corte Cost. n. 282/2010 aveva sancito la conformità al principio di tassatività e determinatezza delle prescrizioni "generiche" di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi". Secondo la Corte, "vivere onestamente" assume un contenuto più preciso se si considera il contesto, risolvendosi nel "dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni". Del pari, "rispettare le leggi" vuol dire "rispettare tutte le norme a contenuto precettivo", non soltanto le norme penali ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia indice della già accertata pericolosità.

⁶⁵ Cfr. SU n. 40076/2017 che sovverte l'orientamento della Corte Costituzionale, sviluppando un'interpretazione conforme alla Corte EDU De Tommaso: "l'inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto a sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all'art. 75, co. 2, dlgs 159/2011 (G. BRONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 co. 2 Dlgs. N. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, pp. 163 e ss.); La Corte di Cassazione, a sezioni semplici, sollecita l'intervento della Corte Costituzionale sulla medesima questione, affinché la dichiarazione di incostituzionalità rimuova le disparità di trattamento derivanti da un mutamento di giurisprudenza (F. VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, pp. 272 e ss.); Si veda altresì ordinanza Corte d'appello di Napoli, VIII Sez. pen. – misure di prevenzione, 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, che solleva questione di legittimità costituzionale della confisca di prevenzione fondata sulla pericolosità generica (F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 296 e ss.)

⁶⁶ V. L. n. 161/2017 che apporta modifiche all'art. 4 D. Lgs. n. 159/2011.

⁶⁷ Cfr. Cass. ord. n. 48441/2017; SU n. 111/2018.

⁶⁸ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 191.

⁶⁹ G. INSOLERA, *Reati associativi, delitti politici e terrorismo globale*, in *Diritto penale e processo*, (11) 2004, p. 1325.

Ora, l'emergenza terrorismo non si può considerare cessata, ma una politica criminale adeguata deve tenere conto del nuovo *modus operandi* delle attività che contrasta. Ebbene, alla luce degli argomenti sviluppati, si può dire che l'art. 4 bis presenti costi sproporzionati, perché il venir meno di garanzie fondamentali non è bilanciato con una effettiva efficacia preventiva: il congelamento è un efficace strumento per la lotta contro il macrofinanziamento, ma non per il micro/auto finanziamento, modalità di sostentamento più coerente con la frammentazione attuale dell'organizzazione terroristica, rispetto al quale si ritiene sia di *uncertain effectiveness*⁷⁰.

⁷⁰ M. PIETH, *Criminalizing The Financing of Terrorism*, in *Journal of International Criminal Justice*, (4) 2006, p. 1077.

Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d’insieme

*The role of confiscation in the fight against ‘economic crime’:
an overview*

LUCA BARON

*Dottorando di ricerca presso l’Università degli Studi di Udine
baron.luca@spes.uniud.it*

CONFISCA, CRIMINALITÀ ECONOMICA,
DIRITTO PENALE MODERNO

CONFISCATION, ECONOMIC CRIME,
MODERN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

La lotta all’accumulo di ricchezza illecita trova nella confisca lo strumento principale d’intervento: strutturalmente “mutevole” e finalisticamente eclettica, la confisca assume tratti camaleontici che le consentono di adattarsi a molteplici scopi differenti, sia sul piano della prevenzione che su quello della repressione. La confisca è in tal senso la manifestazione più emblematica di quel modello di diritto penale ‘moderno’, votato all’efficienza contrastiva, al quale sembra tendere la politica criminale degli ultimi anni.

Il presente contributo mira a tratteggiare le coordinate essenziali per orientare l’interprete all’interno del vasto e complesso panorama ablativo esistente.

The struggle against the heap of illegal assets finds in the subject of confiscation the primary and main tool of intervention: with its qualities of a structurally changeable and a finalistically eclectic concept, the confiscation takes on some chameleonic traits that allow it to adapt to many different purposes, both on the level of prevention and repression. The confiscation, in this regard, is the most emblematic manifestation of that specific model of “modern” criminal law, voted for the contrastive efficiency, to which the criminal policy of the last few years seems to tend to. The present contribution aims to outline the basics coordinates to orient the interpreter within the vast, complex and actual ablative panorama.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La confisca al crocevia tra diritto penale ‘classico’ e diritto penale ‘moderno’. – 3. L’universo ablatorio: la ‘struttura’ delle misure come primo criterio di orientamento. – 3.1. (segue): la ‘finalità’ delle misure quale secondo criterio di orientamento. – 4. Natura giuridica e inquadramento dogmatico: l’incerta fisiognomica delle confische. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Allorché s’intenda avviare una riflessione sul tema dei traffici illeciti in area mediterranea non può non tenersi conto di un dato all’apparenza ovvio, ma di fondamentale rilievo: in tanto un traffico illecito – sia esso di cose o di persone – trova avvio, in quanto il medesimo traffico risulti economicamente conveniente. L’attività di impresa (in senso a-tecnico) criminale risponde infatti alla medesima logica che ispira e governa l’attività di impresa lecita: quella di realizzare un *profitto*. Profitto che non costituisce solamente l’obiettivo ultimo dell’attività criminosa, ma altresì il sostrato sul quale poggia l’attività medesima: il profitto è fine e mezzo – a un tempo – della criminalità a carattere latamente economico.

L’aggressione al *profitto* rappresenta pertanto una delle direttrici essenziali di una strategia repressiva razionalmente fondata, nella misura in cui l’approntamento di un arsenale adeguato a impedire l’accumulo di capitale illecito consente di colpire l’*in sé* della criminalità economica.

In tale scenario, il perno attorno al quale ruota la politica sanzionatoria patrimoniale è rappresentato dalla confisca o, meglio dalle confische, istituti “naturalmente” finalizzati a neutralizzare l’accumulo di ricchezza illecita.

Lo scopo del presente elaborato – per vero probabilmente troppo ambizioso, se perseguito nell’ambito di un contributo a carattere solo ‘introduttivo’ – è quello di tratteggiare, per linee essenziali, lo scenario complessivo dell’ablazione patrimoniale, così come si palesa oggi nell’ordinamento penale italiano.

2. La confisca al crocevia tra diritto penale ‘classico’ e diritto penale ‘moderno’.

Chi si accingesse ad affrontare la (titanica) impresa di ricercare un disegno coerente a fondamento della politica criminale moderna, capace di fugare l’impressione che le redini della progettualità penale siano governate da un legislatore poco educato alla scuola della razionalità e, per contro, piuttosto sensibile alle lusinghe del populismo punitivo, potrebbe agevolmente individuare quantomeno una linea costante nell’evoluzione recente del giure criminale: l’aspirazione all’innalzamento progressivo del tasso di effettività ed efficienza della reazione ordinamentale, non controbilanciata da una parallela – e proporzionata – ricalibratura delle guarentigie fondamentali, che dovrebbero invece guidare (e limitare) lo sviluppo di un diritto penale “costituzionalmente orientato”.

In verità tale linea di tendenza, lungi dall’esprimere un’inclinazione solo “recente” della politica criminale, s’inserisce nel solco di una rimodulazione del paradigma penalistico che già da tempo era stata additata dalla dottrina più attenta come un momento cruciale di metamorfosi del diritto criminale. Il riferimento concerne la transizione da un modello di diritto penale ‘classico’ a un modello di diritto penale ‘moderno’ (o ‘post-moderno’), segnata dal passaggio da una «repressione limitata di illeciti alla prevenzione illimitata dei comportamenti»¹.

La manifestazione più emblematica di tale transizione si coglie probabilmente nel ricorso

¹ Così PALIERO C.E., *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?*, in *Rev. Fac. Direito Curitiba*, 27, 1992/1993, p. 23.

quasi parossistico all'istituto della confisca², la quale sempre più spesso viene schierata in prima fila da parte di un legislatore – nazionale, ma anche sovranazionale – che pare aver innalzato l'obiettivo dell'incapacitazione economica a dogma indefettibile della politica di contrasto alle moderne fenomenologie criminali³.

A ben vedere, lo studio della storia recente della confisca – *rectius*, delle confische – rivela infatti uno specifico percorso evolutivo, sollecitato anche dalle indicazioni normative che giungono 'dall'Europa', il quale sembra ispirato da quel medesimo dualismo prospettico che connota – in generale – l'evoluzione del diritto penale contemporaneo: repressione e (soprattutto) prevenzione, direttrici d'intervento tra loro concettualmente distinte, ma finalisticamente convergenti verso l'obiettivo unitario dell'efficienza contrastiva. Le varianti ablatorie che oggi popolano il sistema giuridico presentano infatti strutture morfologiche distinte e proiezioni teleologiche ambigue, frutto dell'intersezione e della sovrapposizione di ambizioni repressive e preventive insieme, che si riverberano sulla qualificazione giuridica delle confische volta a volta considerate.

3. L'universo ablatorio: la 'struttura' delle misure come primo criterio di orientamento.

Le metafore utilizzabili per rappresentare la vastità e la frammentarietà dell'attuale panorama ablatorio si sprecano: può senz'altro affermarsi (con ben poca fantasia) che si tratta di un'autentica giungla giuridica, estremamente variegata e affascinante, ma ricca di insidie per chi intenda avventurarvisi.

È infatti sufficiente un rapido sguardo alla volta dell'universo ablatorio per prendere contezza dell'eutrofia a-sistemica che connota oramai la materia, al punto che dietro l'unico *nomen iuris* di "confisca" s'annidano istituti tra loro estremamente eterogenei, per struttura e per finalità, accomunati solo sul piano dell'effetto prodotto: l'ablazione delle *res* oggetto di confisca⁴.

D'altro canto, proprio *struttura e finalità* delle tipologie confiscatorie rappresentano, probabilmente, i due principali "criteri" ordinatori ai quali affidarsi, allorché s'intenda operare una tassonomia delle confische attualmente esistenti nell'ordinamento. Tali criteri, singolarmente applicati, consentono infatti di evidenziare i profili di convergenza e gli elementi di distinzione che reciprocamente connotano le singole tipologie confiscatorie. Con un (ovvio) avvertimento di ordine metodologico: struttura e finalità di un istituto sono componenti fisiologicamente interconnesse e interferenti, nella misura in cui l'obiettivo che il legislatore mira a perseguire, con un dato istituto, incide sulla struttura con la quale questo è plasmato e, per converso, la morfologia di un istituto rivela già di per sé le finalità che il medesimo è chiamato a realizzare. Di talché, l'analisi separata dei due profili costituisce solo un *primo* momento di approccio allo studio di un dato istituto giuridico, dovendosi procedere poi a una "*reductio ad unum*" degli apprezzamenti descrittivi così ottenuti: congiuntamente e complessivamente considerati, struttura e finalità di una misura consentono infatti di lumeggiare l'*essenza* della misura medesima, ossia la sua *natura giuridica*.

² Sul ruolo della confisca nella transizione da diritto penale 'classico' a diritto penale 'moderno', cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997; FIANDACA G., *Criminalità dei patrimoni illeciti*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 152 per il quale l'emersione di nuove forme di confisca può essere considerata «sintomatica del mutamento di paradigmi che caratterizza più in generale il diritto penale contemporaneo» che conduce a «una sorta di passaggio da un modello di diritto penale classico ad un modello moderno, se non addirittura post-moderno»; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 5 e s., secondo la quale emerge «in maniera eclatante nella disciplina delle nuove sanzioni patrimoniali penali la contrapposizione tra il diritto penale c.d. classico e il diritto penale c.d. moderno»; GIALANELLA A., *Diritto penale e contrasto di prevenzione alle ricchezze di mafia*, in PATALANO V. (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, p. 195; BARGI A., "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie della confisca penale, in BARGI A.-CISTERNA A. (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, I, p. 3 e s.

³ Per una complessiva ricognizione del ruolo affidato alla confisca all'interno della politica criminale di contrasto all'accumulo di ricchezza illecita e delle problematiche sottese, cfr. MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, 3, p. 1259 e s. Vedasi altresì PICOTTI L., *Punti critici della confisca e prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 1-2, 359-367.

⁴ MACCHIA A., *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8, p. 2719B; FÜRFARO S., *La compatibilità delle varie forme di confisca con i principi garantistici di rango costituzionale e con lo statuto delle garanzie europee*, in BARGI A.-CISTERNA A. (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Milano, 2011, p. 255; MAZZA O., *La confisca per equivalente tra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2012; ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, p. 2107.

Prendendo le mosse dalla prospettiva d'esame della *struttura* delle confische esistenti, è possibile scorgere una numerosa schiera di varianti tipologiche.

A partire dall'originaria confisca 'tradizionale', disciplinata dall'art. 240 c.p., negli ultimi decenni del secolo scorso si è infatti assistito a una vera e propria proliferazione di confische, le quali si caratterizzano per la progressiva emancipazione da quei requisiti strutturali che – in un'ottica marcatamente efficientistica – rendono la confisca 'tradizionale' inadatta a contrastare nuove, e più insidiose, forme di criminalità a carattere lucrativo.

Se infatti l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 240 c.p. risulta regolata dai due principi cardine della tendenziale facoltatività dell'ablazione (salvi i casi disciplinati dal capoverso della disposizione) e quello della necessaria sussistenza di un nesso di pertinenzialità tra *res* confiscande e reato commesso, un primo scostamento dal paradigma ablatorio tradizionale si è registrato con le c.d. confische obbligatorie.

Trattasi di ipotesi speciali di confisca contemplate sia nel codice penale (ad esempio, la confisca di cui all'art. 416-bis, co. 7 c.p.), sia nella legislazione extravagante (si pensi alla confisca in materia di contrabbando, per esempio) le quali, ferma restando l'indispensabilità di un nesso di pertinenzialità che colleghi le *res* confiscande e il fatto di reato, per un verso abbandonano lo schema dell'applicazione facoltativa del provvedimento ablatorio, con esclusiva valorizzazione del paradigma obbligatorio; e, per altro verso, si caratterizzano per l'estensione del fuoco operativo dell'istituto fino a ricomprendere beni ulteriori rispetto a quelli che costituiscono l'oggetto della confisca tradizionale⁵.

Il vero e proprio 'salto di qualità', nella prospettiva di garantire un maggior tasso di effettività ed afflittività al microcosmo ablatorio penale, è stato però compiuto attraverso l'introduzione della c.d. confisca per equivalente o confisca di valore⁶.

Istituto ad applicazione tassativa – in relazione ai soli reati per i quali è espressamente prevista⁷ – e residuale – opera laddove la confisca diretta non sia utilizzabile⁸ –, la confisca per equivalente consente di ovviare a quegli inconvenienti strutturali che condizionano l'operatività della confisca tradizionale. La confisca in esame vanta infatti un *range* applicativo non limitato da alcun 'nesso di pertinenzialità', tra oggetto della misura e reato, che possa circoscriverne l'estensione (fermo restando, ovviamente, il parametro quantitativo del *tantundem*). Inoltre, l'obbligatorietà dell'irrogazione della confisca garantisce l'indeffettibilità dell'ablazione.

Alle tipologie confiscatorie finora citate, tutte pur sempre "topograficamente" dislocate

⁵ La già citata confisca disciplinata all'art. 416-bis, co.7, c.p., ad esempio, colpisce, oltre agli *instrumenta sceleris*, al profitto, al prodotto, al prezzo del reato, anche le cose che «ne costituiscono l'impiego».

⁶ In generale, sulla confisca per equivalente, cfr. AURIEMMA P., *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen.*, 2014, 1; GRASSO G., *Sub art. 322-ter c.p.*, in ROMANO M.-PADOVANI T.-GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale. I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 2013, p. 283 e s.; BALDUCCI P., *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 2, p. 230-236; FURFARO S., *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, p. 2079-2084; AMISANO TESI M.S., *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, *Agg. IV*, I, Torino, 2008, p. 193-216. Vedasi altresì MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 791-837.

⁷ A partire dalla prima introduzione nel codice penale, avvenuta con legge n. 108 del 1996 in tema di usura (art. 644, co. 6, c.p.), la confisca per equivalente ha rapidamente colonizzato – a 'macchia di leopardo' – molteplici aree criminologiche, tra le quali: delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 322-ter, co. 1 e co. 2, c.p.); delitti di truffa (art. 640-*quater*, c.p.); delitti in materia di sfruttamento sessuale di minori (art. 600-*septies*, c.p.); delitti di ricettazione, riciclaggio etc. (art. 648-*quater*); delitti di materia di produzione o commercio di cose recanti marchi contraffatti (art. 474-*bis* c.p.); delitti in materia ambientale (art. 452-*undecies*, c.p.). L'istituto è previsto anche dall'art. 2641, co. 2, c.c. in tema di illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. L'espansione della confisca di valore ha riguardato anche la legislazione speciale. Sia sufficiente citare l'implementazione della misura in materia di reati tributari, operata dapprima per il tramite di un rinvio all'art. 322-ter c.p. da parte dell'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 e, quindi, in virtù del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, con il quale il legislatore ha introdotto nel d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, l'art. 12-*bis*, il quale, al comma 1, riproduce il testo dell'art. 322-ter c.p.; nonché l'art. 187 del d.lgs. n. 158 del 1998, in materia di *market abuse*. L'incessante espansione della confisca *de qua* ha portato a dubitare che possa ancora ragionarsi di una ipotesi confiscatoria a carattere 'speciale' «nel momento in cui l'ordinamento procede verso una generalizzazione di un modello divergente rispetto a quello dell'art. 240 c.p.»: così MAZZACUVA F., *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in BARGI A.-CISTERNA A. (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Milano, 2011, p. 223.

⁸ Proprio in ragione del peculiare rapporto intercorrente tra le due ipotesi ablatorie, in letteratura vi è chi parla anche di confisca "immediata", con riferimento a quella modellata sull'art. 240 c.p., e di confisca "mediata", in relazione alla variante per equivalente. Cfr. BONETTI M., *L'inapplicabilità del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica in caso di reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Cass. pen.*, 2013, 10, p. 3393. Osserva GAITO A., *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, p. 2066, che la confisca per equivalente «richiede lo svolgimento di *indagine* volte ad accertare, in primo luogo, l'impossibilità di rinvenire, interamente o parzialmente, il prezzo o il profitto del reato non solo "immediato", bensì tenendo in considerazione anche tutte le modifiche che il provento può aver subito e verificando se ed in quale maniera quelle somme di denaro siano state impiegate e/o trasformate; ciò in quanto può farsi ricorso alla confisca per l'equivalente solo se e quando un fatto sopravvenuto abbia determinato la perdita o il trasferimento non più recuperabile dell'oggetto della confisca "diretta"; in secondo luogo la necessaria equivalenza». In giurisprudenza si veda Cass., 26 ottobre 2007, n. 39780, in *Giur. it.*, 2008; Cass., 21 maggio 2007, n. 19662, in *Dejure*; Cass., 16 gennaio 2004, n. 15445, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2324; Cass., sez. V, 3 luglio 2002, n. 32797, in *DeG*, 2002, 41, p. 78.

nell'area di intervento del diritto penale *strictu sensu* inteso, si accompagnano due ulteriori varianti, quelle della confisca di prevenzione (c.d. antimafia) e della c.d. confisca allargata o estesa.

Si tratta di provvedimenti ablatori che si discostano in maniera evidente dalle ipotesi di confisca 'penale', rispetto alle quali si caratterizzano per la peculiarità dei presupposti operativi e dei relativi procedimenti applicativi, nonché per la notevole duttilità strutturale, che consente a tali istituti ablatori di colpire una cerchia più ampia di soggetti e una rosa più variegata di beni, rendendole degli strumenti contrastivi particolarmente efficaci nell'aggregare in radice l'accumulazione di capitali di origine illecita.

La confisca di prevenzione⁹, o confisca *ante delictum*, opera in un terreno d'avanguardia rispetto a quello tipicamente riservato all'attivazione del diritto penale¹⁰: l'applicazione della misura ablatoria *de qua* è infatti condizionata non dal verificarsi di un *fatto* di reato, bensì da un giudizio positivo di *pericolosità* (non personale)¹¹ espresso nell'ambito di un procedimento di prevenzione. Tale 'sradicamento' dal fatto si riverbera in particolare sul piano della portata oggettiva della misura ablatoria, dal momento che quest'ultima non soggiace al limite operativo segnato dal nesso di pertinenzialità beni-reato, ma può colpire *qualsiasi* bene nella disponibilità (anche per interposta persona) del soggetto sottoposto a procedimento di prevenzione, purché ricorra il requisito della sproporzione – rispetto ai redditi dichiarati dal proposto – e a condizione che il destinatario della misura non sia in grado di offrire la prova liberatoria della provenienza legittima dei cespiti esaminati.

Laddove si consideri inoltre che la 'ricerca della sproporzione' nel patrimonio dell'attinto non risulta circoscritta entro alcun perimetro cronologico, tale da costringere a focalizzare la valutazione sui soli beni di cui il soggetto abbia la titolarità o la disponibilità a partire dal momento della "emersione" della sua pericolosità sociale¹², la confisca *de qua* evidenzia delle potenzialità ablatorie di notevolissima portata, potendo astrattamente colpire l'intero patrimonio del proposto. Non a caso, la più attenta dottrina ha ravvisato nella confisca di prevenzione – così normativamente congegnata – più di un profilo di inquietante somiglianza rispetto alla confisca generale di preilluministica memoria¹³.

Strutturalmente analoga, ancorché non perfettamente coincidente rispetto alla confisca di prevenzione, è la confisca estesa di cui all'art. 12-*sexies*, d.l. 306/1992¹⁴. L'applicazione dell'istituto confiscatorio in parola orbita infatti attorno al doppio requisito della sproporzione – tra

⁹ Per una prima, esauriente trattazione pratico-teorica della confisca antimafia, si veda in particolare BALSAMO A.-CONTRAFFATTO V.-NICASTRO G., *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010. In generale, nella sterminata letteratura sul tema, oltre a MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., 56 e s., cfr. altresì ALFONSO R., *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in BARGI A.-CISTERNA A., *La giustizia penale patrimoniale*, II, Milano, 2011, p. 783; CASAROLI G., *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Napoli, 2011, p. 2223 s.; FURFARO S., *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dig. disc. pen., Agg. III*, I, Torino, 2005, pp. 876-917

¹⁰ Per una visione critica dei rapporti tra sistema di prevenzione e sistema penale si veda CERESA GASTALDO M., *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolombabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2015.

¹¹ Occorre infatti ricordare che, a seguito delle riforme introdotte nel biennio 2008-2009, il legislatore ha optato per l'opzione legislativa di emancipare l'applicazione delle misure patrimoniali dalla previa disposizione di una misura personale, così finendo per focalizzare l'attenzione non più sulla pericolosità del soggetto, bensì sulla pericolosità del patrimonio. Questa evidente "curvatura patrimonialistica" che ha interessato il sistema delle misure di prevenzione ha spinto taluno a qualificare il sistema stesso come un vero e proprio «processo al patrimonio», dove l'oggetto del giudizio si concentra sui profili economici del fenomeno criminale, e con struttura assai simile rispetto ai procedimenti *in rem* di tradizione anglosassone, in particolare rispetto al *civil forfeiture*: cfr. BALSAMO A., *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di "processo al patrimonio". Il rapporto con le misure di prevenzione personali*, in BALSAMO A.-CONTRAFFATTO V.-NICASTRO G. (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 51; MAUGERI A.M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in MAZZA O.-VIGANÒ F. (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009.

¹² Così Cass., sez. II, 8 aprile 2008, n. 21717, in *Dejure*. Occorre tuttavia precisare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (26 giugno 2014 n. 4880, in *Dejure*) hanno più recentemente affermato la necessità di una correlazione temporale, quantomeno con riferimento alle ipotesi di c.d. pericolosità generica: ciò sarebbe imposto «dall'apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita (restando, così, affetto da illiceità per così dire genetica o, come si è detto in dottrina, da "patologia ontologica") ed è, dunque, pienamente coerente con la ribadita natura preventiva della misura in esame». Per contro, per i casi di pericolosità c.d. qualificata sarebbe possibile apportare dei «temperamenti» alla regola della correlazione temporale. In dottrina, cfr. MAUGERI A.M., *La resa dei conti: alle Sezioni Unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014; MENDITTO F., *Le Sezioni Unite verso lo statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, *ivi*, 26 maggio 2014.

¹³ Vedasi sul punto MAUGERI A.M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit.

¹⁴ Occorre segnalare che il legislatore italiano, attraverso il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, contenente «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103» – divenuto vigente il 6 aprile 2018 –, ha provveduto a ricondurre nell'articolato codicistico la confisca c.d. allargata, la quale trova oggi il proprio referente normativo nel nuovo art. 240-*bis* c.p., rubricato «Confisca in casi particolari». Opzione legislativa, questa, che potrebbe rivelare una presa di posizione circa la *voxata quaestio* – su cui *infra* – della natura strettamente *punitiva*, o meno, della confisca in parola.

beni nelle disponibilità dell'attinto e redditi da questi dichiarati, ovvero attività da lui svolte – e della mancata allegazione della prova della legittima provenienza dei beni, ed è altresì svincolato da qualsivoglia nesso di pertinenzialità che possa frenare la *vis expansiva* di un'ablazione sorretta dalla presunzione di illiceità dell'accumulo patrimoniale: connotati strutturali, questi, già preveduti dalla confisca *ante delictum*.

Ciò che vale a differenziare, sul piano morfologico, la confisca allargata dalla confisca di prevenzione, lo si individua ricercando la fonte della presunzione di illiceità dell'accumulo di ricchezza: quest'ultima scaturisce non già dalla circostanza che il destinatario della misura sia sottoposto a un procedimento di prevenzione, bensì dal fatto che costui sia stato *condannato* per la commissione di determinati reati.

Senza attardarsi ulteriormente sul primo versante d'indagine – quello della struttura –, la rapida esplorazione dell'ordinamento penale, e dei settori a questo contigui, consente dunque di scorgere e individuare, con buona approssimazione, quantomeno cinque macro-tipologie confiscatorie: la confisca tradizionale; le ipotesi speciali di confisca obbligatoria; la confisca per equivalente; la confisca di prevenzione; la confisca allargata o estesa.

Se pure la tassonomia proposta tende forse a enfatizzare gli elementi di distinzione tra le figure confiscatorie, deve tuttavia sottolinearsi che le misure ablatorie citate presentano altresì taluni profili strutturali comuni.

Già un rapido scorrimento delle caratteristiche delle confische poc'anzi richiamate evidenzia la presenza di connotati morfologici ricorrenti: il tratto dell'obbligatorietà della loro applicazione (in presenza dei presupposti normativi volta per volta fissati), ad esempio. Oltre a ciò, l'ampia portata del fuoco ablatorio, capace di colpire *instrumenta sceleris*, prodotto, profitto, prezzo e, più in generale, i beni del destinatario della misura (sul punto *infra*). Senza dimenticare infine che, mediante talune operazioni di chirurgia normativa, il legislatore provvede talora a innestare i caratteri propri di una tipologia confiscatoria in misure strutturalmente diverse. Si pensi all'inserimento della confisca di valore – emblema, per così dire, delle confische 'penali' – all'interno della confisca allargata (art. 12-*sexies*, co. 2-*ter*, d.l. 306/1992¹⁵) e della confisca di prevenzione (art. 25, d.lgs. 159/2011): combinazione genetica che, lungi dall'esaurire i propri risvolti sul piano strutturale, presenta riverberi anche sul versante delle finalità perseguite e, in ultima battuta, sulla natura giuridica della misura ablatoria¹⁶.

3.1. (segue): la 'finalità' delle misure quale secondo criterio di orientamento.

Il ricorso alla 'struttura', quale primo filtro di ricerca, consente dunque di fissare alcune coordinate di riferimento, utili a orientare – in modo abbastanza sicuro – l'esplorazione della giungla delle confische. La classificazione delle misure *supra* proposta può peraltro essere 'sfruttata' per avviare l'esame di quei medesimi istituti dal differente angolo prospettico delle loro *finalità*, ossia degli obiettivi che il legislatore ha (ragionevolmente) inteso affidare alle diverse tipologie confiscatorie.

Tale secondo versante d'indagine si rivela decisamente più scosceso, in ragione dell'intrinseca ambiguità che caratterizza *di per sé* il criterio della finalità formalmente affidata a un dato istituto sanzionatorio. Occorre infatti considerare che la distinzione teorica, tra i due estremi tradizionali della finalità preventiva e della finalità repressiva di un istituto, presenta una (sicura) valenza orientativa solo sul piano del concettualismo asettico, dovendosi però poi, inevitabilmente, saggiare la resistenza di tale (netta) bipartizione al cospetto del concreto manifestarsi dei fenomeni normativi.

Ebbene, il criterio della funzione perseguita denota incertezze classificatorie già in relazione alla confisca tradizionale di cui all'art. 240 c.p.

Secondo una linea interpretativa emersa in dottrina¹⁷, l'antico adagio della finalità special-preventiva che ispirerebbe la confisca tradizionale, per un verso sarebbe in realtà poco

¹⁵ Ora confluito nel capoverso del nuovo art. 240-*bis* c.p.

¹⁶ In relazione alla confisca di prevenzione per equivalente, cfr. FORTE C., *La confisca di prevenzione per equivalente: analisi di un dirimente strumento di contrasto ai patrimoni criminali*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, p. 0358B e s.

¹⁷ Si veda, sul punto, FURFARO S., *Giustizia penale patrimoniale*, in *Dig. disc. pen., Agg. V*, Torino, 2013, p. 259-283; GRASSO G., *Sub art. 240*, in ROMANO M.-GRASSO G.-PADOVANI T. (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1994, p. 521 e s.; ALESSANDRI A., *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 43 e s.; PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Milano, 1940, p. 282; ARDIZZONE U., *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, p. 254 e s.

coerente con la disciplina normativa che regola l'istituto e con «la opalescenza che connota il requisito della pericolosità»¹⁸; e, per altro verso, finirebbe per celare le venature repressive che pure trapelano dalla struttura della confisca *de qua*¹⁹.

Quanto alle ipotesi particolari di confisca obbligatoria, pare quasi un azzardo tentare di individuare – una volta per tutte – la finalità che il legislatore mira a realizzare mediante la loro introduzione: disseminate come sono nei più disparati ambiti di intervento penalistico, le confische in parola risentono delle logiche proprie che ispirano i microcosmi normativi in cui vengono innestate, rivelando ora una più evidente caratura preventiva²⁰, ora una più spiccata inclinazione repressiva²¹.

In ogni caso, il crisma dell'obbligatorietà applicativa – unico elemento trasversale all'intera macro-categoria – concorre ad affievolire il rilievo accordato al tema della “pericolosità” e della prevenzione, contribuendo per contro a rafforzare la componente punitiva della confisca²².

Spostando lo spettro d'indagine alla confisca per equivalente e alla confisca di prevenzione, il criterio delle finalità perseguite acquista maggiore pregnanza orientativa.

Mentre per la confisca di valore, dottrina e giurisprudenza sono da tempo concordi nell'evidenziarne la funzione dichiaratamente punitiva²³, pare altresì condivisa l'attribuzione alla confisca *ante delictum* di una finalità a carattere spiccatamente (ancorché non esclusivamente) preventivo²⁴.

Finalità preventiva e finalità repressiva s'intrecciano e sembrano fondersi infine nella confisca estesa o allargata, imprimendo all'istituto in parola un dualismo teleologico di complessa decifrazione. La struttura complessiva della misura – simile, ma non identica a quella della confisca di prevenzione – e il progressivo ampliamento dell'alveo dei reati “presupposto” per la sua applicazione – oramai esteso sino a ricomprendere figure criminose estremamente eterogenee tra loro, alcune molto distanti dal nucleo originario dei delitti di criminalità organizzata che, pure, potevano sollecitare una reazione ordinamentale a carattere preventivo per impedire un “pericoloso” accumulo di ricchezza –, sono elementi che contribuiscono a evidenziare la proie-

¹⁸ Così MACCHIA, *Le diverse forme di confisca*, cit., p. 2720B.

¹⁹ Cfr. MELCHIONDA A., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 334.

²⁰ Si pensi alla confisca obbligatoria delle sostanze stupefacenti, di cui all'art. 85, co. 3, d.P.R. 309/1990 (testo unico delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

²¹ Ad esempio, con riferimento alla confisca obbligatoria disciplinata dall'art. 416-bis, co. 7, c.p., introdotta dall'art. 1, legge 13 settembre 1982, n. 646, in dottrina è stato evidenziato che, in ragione del carattere obbligatorio del provvedimento ablatorio, riferito a *res* non intrinsecamente pericolose, e della necessità di una previa sentenza di condanna a rafforzarne la connotazione repressiva piuttosto che la vocazione preventiva, la misura in parola risulta essere «più vicina al modello della pena accessoria piuttosto che a quello della misura di sicurezza»: così MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 446. Nello stesso senso FURNARI L., *La natura giuridica della confisca penale, in Nuove forme di prevenzione della criminalità organizzata: gli strumenti di aggressione dei profitti di reato e le misure di prevenzione*, in *Quad. del C.S.M.*, 1998; FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 268; TURONE G., *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *Quad. del C.S.M.*, I, 1999, p. 8.

²² Sul punto, si veda FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 26-27: «la previsione della confisca come conseguenza obbligatoria della condanna per i reati commessi [...] depona a favore della natura accessoria (ma non per questo meno “repressiva”) della “conseguenza giuridica” (diremo presto: pena) della confisca». L'obbligatorietà della confisca concorrerebbe ad attribuire alla misura il ruolo di minaccia nei confronti della collettività, adempiendo così a quella funzione general-preventiva tipica delle pene e delle pene accessorie: cfr. GUALTIERI P., *Rapporti tra sequestro preventivo e confisca. Principi generali*, in BARGI A.-CISTERNA A. (a cura di) *La giustizia patrimoniale penale*, I, Milano, 2011, p. 606.

²³ ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2108; AURIEMMA P., *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, p. 14-16; BALDUCCI P., *La confisca per equivalente*, cit., p. 231 e s.; ID., *Concorso di persone nel reato e confisca per equivalente*, in *Cass. pen.*, 2010, 9, p. 3109 e s.; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 22 e s., 34 e s., 249 e s., 311; FURFARO S., *Confisca per equivalente*, cit., p. 974; ID., *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, p. 2080; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 613; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 147; MAZZACUVA F., *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, 9, p. 3420-3425; NICOSIA E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, p. 47; GRASSO G., *Sub art. 322-ter*, cit., p. 285. Sul versante giurisprudenziale, cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, ove si ribadisce – a conferma dell'orientamento interpretativo invalso in sede di legittimità, sin dalla nota ordinanza n. 97 del 2009 della Corte costituzionale – che la confisca di valore assolve a «una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è pertanto connotata dal carattere affittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza».

²⁴ Non mancano infatti orientamenti interpretativi – di matrice dottrinarina – i quali sottolineano la componente affittiva che pure caratterizzerebbe la confisca antimafia sin dalle sue prime epifanie normative: cfr. in particolare BRICOLA F., *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del IX Convegno “Enrico De Nicola”*, Milano, 1975, oggi in CANESTRARI S.-MELCHIONDA A. (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo 2, Milano, 1997, p. 871-947; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 192; MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 386 e s., che definisce senza mezzi termini la misura come “sanzione penale”. Per una riflessione critica sulla finalità preventiva della confisca antimafia, specialmente alla luce dei più recenti interventi normativi che ne hanno esteso il range “soggettivo” di applicazione, si veda MACCHIA A., *Le diverse forme di confisca*, cit., p. 2720B e s.

zione pluridirezionale della confisca allargata, animata sì da finalità a carattere preventivo, ma altresì da tendenze repressive²⁵.

4. Natura giuridica e inquadramento dogmatico: l'incerta fisiognomica delle confische.

La rapida – e certamente incompleta – esplorazione del complesso ecosistema ablatorio, condotto usando i criteri guida della ‘struttura’ e della ‘finalità’, ha consentito di evidenziare le peculiarità morfologiche e teleologiche delle singole tipologie confiscatorie, in tal modo offrendo delle indicazioni utili per tentare di lumeggiare – infine – la *natura giuridica* delle misure considerate e per chiarirne la collocazione dogmatica. Con tutte le conseguenze che da tale attività derivano sul piano della determinazione dello statuto costituzionale (e convenzionale) delle singole varianti confiscatorie.

Si tratta di un'operazione di per sé complessa e a forte rischio di obiezioni, tenuto conto delle ‘intrinseche’ incertezze e ambiguità che già l'esame della struttura e della funzione delle misure ha evidenziato, e resa ancor più ardua dalla ‘confusione’ che regna nella stessa definizione delle categorie tradizionali della sanzione e dell'illecito penale, oggi esposte all'impetuoso vento della “materia penale” proveniente da Strasburgo²⁶.

Così, sorge l'impressione che nel tentare di individuare la natura giuridica delle confische ci si trovi dinanzi a una sorta di declinazione giuridica del test di Rorschach: le singole misure ablatorie sono ‘macchie’ la cui forma muta al variare dell'angolo prospettico dal quale vengono esaminate, rendendo ogni proposta d'inquadramento dogmatico condivisibile e insoddisfacente al medesimo tempo.

Ciò premesso, l'unica tipologia confiscatoria che – attualmente – sembra aver trovato una collocazione sistematica certa è la confisca per equivalente. Si registra infatti una concordanza di opinioni, in dottrina e giurisprudenza, circa la riconduzione della misura nella *species* delle pene in senso stretto²⁷.

Quanto alla confisca di cui all'art. 240 c.p., la qualificazione dell'istituto in termini di ‘misura di sicurezza’ – pur condivisa da taluna parte della dottrina e graniticamente sostenuta dalla recente giurisprudenza – ha sollevato alcune perplessità. Le eccentricità strutturali e le incertezze teleologiche (*supra* segnalate) rispetto alle altre misure di sicurezza, portano infatti a ritenere poco coerente la collocazione della confisca *de qua* nell'alveo delle misure in parola, e a suggerire una differente definizione dogmatica, idonea a disvelare le venature repressive che affiancano le spinte special-preventive dell'istituto²⁸.

Venendo alle ipotesi particolari di confisca obbligatoria, l'eterogeneità fenomenica ricompresa nella categoria impedisce – anche in questo caso – di addivenire a una qualificazione giuridica unitaria delle misure ablatorie, dovendosi per contro procedere a una valutazione ‘caso per caso’²⁹. Vi è però – piccola consolazione – un dato comune che può essere valorizza-

²⁵ Nella misura in cui la confisca *de qua* opera in virtù di una presunzione di origine illecita dei beni “sproporzionati” e non giustificati, e quindi si basa su una valutazione del legislatore secondo cui quei medesimi beni sono frutto di attività delittuosa antecedente, dalla quale in ogni caso non si intende far discendere alcun vantaggio economico al reo, è possibile osservare che la confisca per sproporzione più che essere rivolta “al futuro” – e ai reati che ancora possono essere commessi sfruttando il capitale di presunta origine illecita – sembra innanzitutto rivolta “al passato” – ossia alla pregressa e carriera criminale del proposto: in tal senso, è stato quindi sottolineato che «tale sanzione non è fondata su una mera prognosi di pericolosità, ma svolge una funzione preventiva come qualunque altra pena, che rappresenta una reazione (affittiva) dell'ordinamento a una violazione, finalizzata alla prevenzione di future violazioni» e che «la misura in esame [...] persegue un fine preventivo solo nei limiti in cui ciò si verifica per un qualunque altro mezzo repressivo, e non è, dunque, una misura di sicurezza» (così MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 519-520).

²⁶ Per una rivisitazione in chiave ‘convenzionalistica’ della dogmatica dell'illecito penale, alla luce della nozione di “materia penale” si rinvia al recente contributo di MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, p. 988 s. e ai riferimenti bibliografici ivi citati. A livello monografico, si veda MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

²⁷ Cfr. *supra*, nt. 21.

²⁸ ALESSANDRI A., *Confisca*, cit., 44; BAIOCCHI N., *La confisca: sanzione amministrativa o misura di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 549; DALIA A., *Una prospettiva da recuperare: il sequestro penale in funzione della confisca*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1881.

²⁹ Per restare nell'ambito degli esempi già utilizzati, la dottrina maggioritaria ritiene che la confisca di cui all'art. 416-bis, co. 7, c.p., possa essere collocata nell'alveo delle pene accessorie, tenuto conto che il carattere obbligatorio del provvedimento ablatorio, riferito a *res* non intrinsecamente pericolose, e la necessità di una previa sentenza di condanna, contribuiscono a rafforzarne la connotazione repressiva piuttosto che la vocazione preventiva dell'istituto: in tal senso cfr. i già citati MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., 446; FORNARI L., *La natura giuridica*, cit., 449; FIANDACA G., *Commento all'art. 1*, cit., p. 268; TURONE G., *Problematiche giuridiche*, cit., p. 8.

to: il progressivo allontanamento delle confische obbligatorie dall'archetipo dell'art. 240 c.p. rende difficilmente ipotizzabile una loro collocazione nell'ambito delle misure di sicurezza.

La locuzione "confisca di prevenzione", pure invalsa nell'uso giuridico quotidiano, dovrebbe di per sé orientare l'interprete, in modo sicuro, verso l'affermazione della natura di misura di prevenzione (patrimoniale) dell'istituto disciplinato nel c.d. codice antimafia. Tuttavia, la fisionomia normativa recentemente assunta da tale confisca presenta delle ambiguità che, facendo perdere di centralità alla (pretesa) vocazione preventiva della misura, a loro volta si riflettono sul piano della qualificazione dogmatica della medesima. Soprattutto a seguito dell'affermazione del principio dell'applicazione disgiunta delle misure di prevenzione patrimoniale, rispetto a quelle di tipo personale, e alla estensione delle categorie soggettive di pericolosità "generica", è divenuto alquanto acceso il dibattito su quale fosse la veste giuridica della confisca *ante delictum*: accanto alla tesi della natura di misura di prevenzione, non sono mancate voci che hanno evidenziato la portata spiccatamente sanzionatoria della confisca antimafia e, più in generale, la « "torsione" concettuale sullo specifico versante della [...] natura giuridica»³⁰ che caratterizza la figura confiscatoria.

Last but not least, le ambiguità strutturali e finalistiche che connotano la confisca c.d. allargata o estesa, si riverberano e amplificano sul piano della collocazione dogmatica dell'istituto³¹. Gli orientamenti interpretativi emersi oscillano tra la qualificazione in termini di misura di prevenzione³² oppure di misura di sicurezza³³, con incursioni sul terreno delle pene accessorie³⁴ e delle pene in senso stretto³⁵, mentre più di recente è stata sostenuta – specialmente in giurisprudenza – la tesi della natura *sui generis* della confisca in esame, intesa quale «misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla legge 32 maggio 1965, n. 575»³⁶.

5. Osservazioni conclusive.

Strutturalmente polimorfa, finalisticamente elastica e dogmaticamente ambigua, la confisca – nelle sue variegata manifestazioni normative – presenta delle caratteristiche uniche, tali da renderla il modello prototipico di intervento del diritto penale 'moderno'.

La duttilità morfologica delle misure ablatorie rappresenta una *skill* formidabile, in quanto consente alle medesime di adattarsi con facilità alle dinamiche e peculiarità proprie dei più variegati settori di intervento normativo, mentre la teleologia 'naturalmente' duale delle confische, capaci di compendiare in sé istanze repressive e finalità preventive a un tempo, garantisce allo strumento una aggressività a 'tutto tondo' e una ecletticità tale da permetterne l'impiego in qualsiasi strategia contrastiva.

La notevole refrattarietà sviluppata dai fenotipi confiscatori a essere costretti entro i con-

³⁰ MACCHIA A., *Le diverse forme*, cit., 2722B.

³¹ Si veda MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 517 e s.; NICOSIA E., *La confisca, le confische*, cit., p. 15; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 222.

³² Così, ad es., Trib. Bari, 20 novembre 1995, *Rubini*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1628, ove si statuisce che la confisca allargata ha natura spiccatamente preventiva più che penalistica, presentando, rispetto alla contigua misura di prevenzione, il vantaggio di svincolare «il giudice della necessità dell'accertamento di una pluralità di elementi indici della dedizione in via continuativa ed abituale alla commissione di illeciti, stabilendo – in forza di una presunzione lecita perché rispondente a norme di comune esperienza – che l'accertata responsabilità per taluno dei reati presupposti costituisca elemento per sé rivelatore di quella "dedizione all'illecito" che altrimenti andrebbe concretamente dimostrata». Conforme Trib. Lecce, ord. 4 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, c. 290 e s.

³³ Cfr. ARDITURO A.-CIOFFI F., *La confisca ordinaria, per sproporzione e per equivalente nel processo di cognizione ed esecuzione*, in BARGI A.-CISTERNA A. (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, II, Milano, 2011, p. 753. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, Cass., sez. II, 19 marzo 1995, *Gianquitto* e altri, in *Giust. pen.*, 1996, c. 177; Cass., sez. II, 2 giugno 1995, *Nevi*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 395; Cass., sez. VI, 15 aprile 1996, *Berti*, cit.; Cass., sez. IV, 15 marzo 2000, *De Santis*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1788; Cass., sez. VI, 15 gennaio 2001, *Profeta*, *ivi*, 2002, p. 2441; Cass., sez. VI, 21 marzo 2002, *Chiascione*, *ivi*, 2003, p. 2384.

³⁴ Così Sgubbi F., *L'art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12-sexies*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale – diritto penale, diritto della prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 34.; cfr. anche Fornasari G., *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12-sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1994, n. 3.

³⁵ Si veda Bernasconi A., *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 339 con. dalla L. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 11, p. 1417-1422.

³⁶ Così Cass., sez. un., 19 gennaio 2004, *Montella*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182 e s., con nota di Fidelbo G., *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies L. n. 395/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*. Più di recente, merita evidenziare che le stesse Sezioni Unite hanno sottolineato i tratti differenziali che distinguono la confisca allargata dalla confisca di prevenzione: cfr. Cass. sez. un., 29 maggio 2014, *Repaci*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 965 e s., con nota di Zizanovich R., *La confisca di prevenzione e il requisito della sproporzione tra beni posseduti ed attività economiche del proposto*.

fini delle tradizionali categorie dogmatiche, consente infine alle confische di svilupparsi e proliferare negli interstizi ombrosi dell'ordinamento, lì ove il lume dei principi fondamentali fatica a penetrare, dietro la protezione di etichettature formali poco coerenti con la sostanza che celano³⁷.

Caratteristiche uniche, si diceva, particolarmente funzionali a realizzare gli obiettivi di un legislatore che miri a condurre una "guerra totale" verso l'accumulo di ricchezza illecita. Può dunque comprendersi la pulsione pan-confiscatoria che – in una prospettiva dichiaratamente efficientistica – pare aver ipotizzato la politica criminale moderna, nazionale e sovranazionale³⁸.

Si segnala infatti un'evidente tendenza a ricorrere alle armi più efficaci dell'arsenale ablatorio (la confisca allargata, *in primis*) anche al di fuori di quei settori in cui, tradizionalmente, era circoscritta l'applicazione delle varianti maggiormente "invasive" delle confische: settori ove imperversa cioè la c.d. criminalità del profitto, quantomeno nella sua manifestazione più insidiosa, quella della criminalità organizzata (specialmente a carattere transfrontaliero)³⁹.

La colonizzazione di ambiti d'intervento normativo concettualmente lontani, rispetto a quelli ove sono state inizialmente sperimentate le più 'contendenti' soluzioni ablatorie, è stata peraltro accompagnata anche da una progressiva estensione della stessa portata oggettiva delle confische. Il riferimento concerne l'ampliamento del fuoco confiscatorio sino a ricomprendere qualsivoglia "provento" illecito: nozione di matrice eurolunitaria⁴⁰ che, superando le 'italiche' distinzioni terminologiche di profitto, prodotto, prezzo del reato, si presta a coprire tutte le utilità che il soggetto ha tratto, direttamente o indirettamente, dall'attività illecita.

Non può pertanto stupire il dato ricavabile dall'analisi normativa, ossia che la confisca costituisce uno dei pilastri fondamentali sui quali si reggono le moderne strategie di contrasto ai traffici illeciti, a prescindere da quale ne sia l'oggetto concreto. Nella variegata costellazione di fattispecie penali che il legislatore predispone – anche su sollecitazione eurolunitaria – per combattere le diverse tipologie di traffico illecito, è infatti facilmente percepibile una "vibrazione" di fondo, quella appunto dell'ablazione patrimoniale.

Pur senza volersi soffermare su temi che costituiscono oggetto specifico di altri interventi, una rapida incursione nei principali settori normativi dedicati ai traffici illeciti può confermare quanto affermato.

Così, alla confisca obbligatoria prescritta per i reati di contrabbando contemplati dal T.U.L.D., s'accompagna la «confisca delle cose» prevista dall'art. 174 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio –, per l'ipotesi di «Uscita o esportazione illecite» di cose di interesse artistico, storico, archeologico etc.⁴¹; alla confisca in materia

³⁷ Cruciale sembra – in tale prospettiva – l'ausilio offerto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui continua cerca della "sostanza delle cose" al di là della loro veste formale, consente di porre un freno alla fuga dalle garanzie fondamentali che sembra connotare l'evoluzione degli istituti confiscatori: in tal senso, cfr. Manes V., *L'ultimo imperativo*, cit., p. 1264.

³⁸ Il primo considerando della direttiva 2014/42/UE – ultima fatica eurolunitaria in materia di armonizzazione normativa degli strumenti nazionali di congelamento e di confisca – ha il pregio di compendiare in poche righe l'essenza della strategia contrastiva contemporanea alle moderne fenomenologie criminali a carattere (latamente) economico. Viene infatti indicato il "soggetto" destinatario delle misure ablatorie, ossia la «criminalità organizzata transfrontaliera», la quale rappresenta il fenotipo maggiormente evocativo del *genus* "criminalità economica". Trova indicazione "l'oggetto" delle misure, le quali devono tendere alla neutralizzazione dei «proventi da reato»: locuzione, quest'ultima, che comprende al suo interno anche quel «profitto economico» che costituisce, a un tempo, sia il fondamento e che l'obiettivo della criminalità economica (il suo «motore principale», per l'appunto). È infine tracciata la proiezione teleologica delle misure ablatorie. La neutralizzazione dei proventi illeciti è infatti finalizzata alla «prevenzione e [alla] lotta efficaci contro la criminalità organizzata».

³⁹ Sulla criminalità organizzata, intesa quale una delle manifestazioni della 'criminalità del profitto', alla quale si affianca innanzitutto 'la criminalità d'impresa', cfr. ALESSANDRI A. (a cura di), *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio*, Torino, 2007, p. 3-4, dove si sottolinea che «i campi sono indiscutibilmente contigui, separati con formule verbali che tradiscono il continuum fenomenico [...] al punto da rendere sovente incerti i confini: i caratteri di un "settore" scoloriscono nell'altro in modo impercettibile, sfumato. Si veda altresì PALIERO C.E., *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 918, il quale afferma che «ci sono territori nei quali criminalità di impresa e impresa criminale sono un'unica realtà o, meglio, due facce di una stessa realtà», le quali «però 'dialogano' tra loro o trovano comunque modalità delittuose di collegamento: si pensi, solo per fare un esempio, al reato di riciclaggio che costituisce uno snodo fondamentale, una sorta di cinghia di trasmissione idonea a mettere in comunicazione tali realtà criminologiche».

⁴⁰ Cfr. la già citata direttiva 2014/42/UE, il cui art. 2, n. 1, ricomprende nella nozione di "provento" «ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile».

⁴¹ In tema di confisca di beni culturali, cfr. MUZZICA R., *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2015.

di traffico illecito di rifiuti⁴², segue la confisca nei casi di traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope. Si noti peraltro che taluni recenti interventi normativi hanno rivitalizzato l'efficacia dell'azione ablatoria contro i traffici illeciti, attraverso l'implementazione delle forme più moderne di confisca, innanzitutto quella c.d. allargata o estesa.

Si consideri, ad esempio, il traffico di stupefacenti. Dapprima, con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 – attuativo della citata direttiva 2014/42/UE –, il legislatore nazionale ha ampliato il *range* dell'ablazione patrimoniale in relazione ai reati di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope e di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, introducendo l'istituto della confisca, anche per *equivalente*, delle cose che costituiscono il profitto o il prodotto dell'illecito (cfr. art. 73, co. 7-*bis*, e art. 74, co. 7-*bis*, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). Successivamente, l'art. 6 del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, ha ulteriormente arricchito l'arsenale ablatorio con cui il settore è presidiato, attraverso l'introduzione di un nuovo art. 85-*bis* nell'articolato del Testo unico sugli stupefacenti, a mente del quale trova applicazione la confisca allargata (di cui al nuovo art. 240-*bis* c.p.⁴³) nei casi di «condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5 [...]».

L'estensione operativa della confisca c.d. allargata ha riguardato anche i delitti di contrabbando disciplinati dal T.U.L.D. In ossequio al citato art. 6, d.lgs. 21/2018, è stato infatti aggiunto un nuovo comma 5-*bis* all'art. 301, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, il quale stabilisce l'applicazione dell'art. 240-*bis* c.p. nei casi di condanna, o di applicazione pena su richiesta delle parti, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 295, secondo comma, del Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale.

Concludendo.

Il settore delle confische sembra rappresentare la frangia più avanzata dell'evoluzione del diritto punitivo: una zona 'costituzionalmente' (quasi) franca, dove le spinte efficientistiche moderne sembrano prevalere sulle resistenze di categorie dogmatiche classiche che, soprattutto dinanzi alle più insidiose manifestazioni della criminalità economica, iniziano a rivelare segni di obsolescenza; una terra di confine, ove sperimentare e affinare nuove tecniche contrastive, nella (più o meno consapevole) prospettiva di una loro futura esportazione anche in diversi ambiti di intervento penalistico; una *no man's land* dove tensioni preventive e repressive s'intrecciano e si fondono, creando prototipi normativi difficili da imbrigliare entro gli schemi tipici del diritto punitivo.

Se la materia dell'ablazione patrimoniale rappresenta – in ultima analisi – un laboratorio giuridico fondamentale per saggiare le moderne pulsioni del diritto penale o, meglio, le pulsioni del diritto penale moderno, quello dei "traffici illeciti" costituisce allora un settore criminologico particolarmente adatto per avviare una riflessione di tale portata, posto che consente di apprezzare il concreto atteggiarsi delle confische in relazione alle più diversificate tipologie di circolazione illecita di beni e persone.

⁴² Per effetto del d.lgs. 21/2018, l'originaria disposizione dell'art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, è stata abrogata e sostituita con l'art. 452-*terdecies*, rubricato «Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti», il cui comma 4 prevede che «E' sempre ordinata la confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato. Quando essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca».

⁴³ Disposizione, quella dell'art. 240-*bis* c.p., che disciplinando – come già *supra* indicato – la «Confisca in casi particolari», sostanzialmente "importa" nel codice penale l'istituto della confisca c.d. allargata, già contemplata all'art. 12-*sexies*, d.l. 306/1992.

Osservazioni in ordine all'accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca

Assenza di prova ed efficacia dell'accertamento patrimoniale

Observations in order to the evidences in the different models of forfeiture

Absence of proof and the effectiveness of the assessment on the asset

EDOARDO BANDIERA

*Dottorando di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Ferrara
bnddrd@unife.it*

CONFISCA, PROVA, ACCERTAMENTO, PRESUNZIONE,
INDIZIO, EFFICACIA

FORFEITURE, PROOF, EVIDENCE, CLUE,
PRESUMPTION

ABSTRACT

L'autore, passate in rassegna le differenti tipologie di confisca presenti nell'ordinamento italiano, e soffermatosi con particolare attenzione su quelle c.d. per sproporzione, analizza i differenti requisiti per applicare le differenti tipologie di. Dall'analisi emerge la tendenza da parte del legislatore di svincolare sempre di più l'accertamento dalla applicazione della misura ablatoria; simile tendenza, però, rischia di avere ripercussioni negative proprio sulla presunta efficacia del nuovo paradigma punitivo fondato sulla confisca.

The author, after an overview of the different confiscation models in the national legal system, with particular regard to the so called confiscation "per sproporzione", focuses on the necessary profiles concerning the application of the measure in the different models.

The trend emerging is that the legislator tends to release the ascertaining of the confiscation from the application. But a similar trend might have a negative impact on the efficiency of the new punitive system based on confiscation.

SOMMARIO

1. Il mare dell'illegalità — 2. Alla ricerca di una rotta fra l'arcipelago delle confische — 3. La bussola dell'accertamento probatorio — 4. Navigazione a vista: prova, presunzioni e processo penale — 5. Il faro dell'accertamento del fatto — 6. Conclusioni: gli scogli del crimine transnazionale ed il cambio di rotta necessario

1. Il mare dell'illegalità

Negli ultimi trent'anni, la criminalità, tanto quella domestica, quanto quella transnazionale, ha cambiato veste e, liberatasi in apparenza del proprio volto predatorio e violento, ha trovato nuovi modi di arricchirsi cavalcando l'onda del libero mercato.

Il mondo globalizzato è stato, cioè, il volano che ha permesso, prima, la nascita e, poi, la prosperità di un modello di criminalità che, sul modello di un apparato pubblico, offre alle persone beni e servizi, smarcandosi, però, dagli angusti limiti territoriali di azione propri degli Stati nazionali. La domanda è stata, anzitutto, rivolta a beni e servizi illegali: prostituzione, droga, tabacco, gioco d'azzardo; il crimine ha finito, così, per prosperare sui vizi dell'uomo comune. L'offerta ha, poi, coperto anche proposte legate tradizionalmente ai mercati legali, oggi, infatti, le organizzazioni criminali forniscono servizi a costi più vantaggiosi rispetto a quelli che può offrire lo Stato (si pensi allo smaltimento di rifiuti).

È il fenomeno dell'impresa criminale che persegue, come unico valore, la massimizzazione del profitto¹.

Questa evoluzione delle organizzazioni criminali in strutture 'complesse' ha portato gli Stati a ripensare le proprie politiche di contrasto al crimine, posto che alla tradizionale tutela dell'ordine pubblico si è dapprima affiancata, per poi primeggiare, l'esigenza di tutela dell'ordine economico. Il passaggio, oramai consolidatosi, da un diritto penale 'classico' ad un diritto penale 'moderno' ha avuto come corollari, sul versante sostanziale, lo sganciamento della sanzione dal fatto ed un ritrovato legame con fattispecie improntate sulla pericolosità e sul sospetto; sul versante processuale, invece, si è assistito ad un ritorno della concezione strumentale del processo, nella sua accezione più retriva, quale asservimento della norma processuale alle istanze punitive del diritto penale sostanziale e con essa, quindi, la ricomparsa dell'idea del processo come strumento di lotta².

In particolare, l'attenzione è stata catalizzata dai patrimoni, dalle ricchezze illecitamente accumulate dalle organizzazioni criminali, divenuti il «bersaglio privilegiato dell'intervento punitivo»³. Si è così edificato un 'diritto penale patrimoniale' e, parimenti, un 'processo al patrimonio' che, rivoltisi al proprio arsenale sanzionatorio alla spasmodica ricerca di uno strumento adatto a fronteggiare le moderne esigenze, hanno individuato nella confisca l'arma con cui ingaggiare la nuova battaglia⁴.

¹ In merito la riflessione, soprattutto dei sociologici, è oramai consolidata, si vedano: P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983; CATANZARO, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Padova, 1988; U. SANTINO-G. LA FIURA, *L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti*, Milano, 1990; A. BECCHI- G.M. REY, *L'economia criminale*, Roma, 1994; A. DINO, *L'impresa mafiosa?: colletti bianchi e crimini di potere*, Sesto San Giovanni (Milano), 2016; G. CONZO-R. VONA (a cura di), *L'impresa criminale. La metamorfosi aziendale delle attività malavitose*, Napoli, 2017.

² Il problema cova da tempo e già alle soglie del nuovo millennio F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, Milano, 2001, p. 3 e 5, affermava che «gli ordinamenti e la scienza giuridica di tutto il mondo si trovano oggi di fronte alla necessità di risolvere quei problemi che [...] vanno sotto il nome di 'problemi della modernità' fra i quali l'autore annovera in particolare «il grado di tutela che gli Stati contemporanei possono e debbono accordare ai diritti individuali». Per i problemi che il diritto penale ha affrontato, e con cui continua a rapportarsi, in questa fase di transizione v. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1221.

³ Così D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 1. Afferma già A. GIALANELLA, *Patrimoni di mafia*, Esi, 1998, p. 52, che «nella recente legislazione penale e non solo in campo nazionale v'è sempre maggiore articolazione delle risposte sanzionatorie rivolte ad aggredire non tanto il bene libertà quanto il bene patrimonio».

⁴ Cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997, p. 5. Peraltro, la riscoperta di questo modello ha aperto una riflessione nella letteratura circa il superamento del paradigma della pena come privazione della libertà. Si veda in merito V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1259 ss., in cui l'autore afferma: «il dogma illuministico *nullum crimen sine poena* – messo in crisi sia dal pragmatismo dell'ineffettività delle pene classiche sia da un disposto punitivo che finalmente aspira a differenziarsi e a dimostrarsi persino disposto a rinunciare alla pena – sembra avviato a una riconversione nel dogma *nullum crimen sine confiscatione*, che vede appunto nella confisca l'unico avamposto irrinunciabile, la prima forma di risposta statale coercitiva a cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive, non senza chiare contaminazioni di marca general-preventiva».

La raggiunta presa di coscienza che, a fronte di una criminalità senza frontiere, le risposte punitive non possono provenire dai singoli Stati in maniera disarmonica e differenziata ha spinto ad una riflessione comune circa la necessità di adottare strumenti di contrasto al crimine organizzato; addivendo, a livello di comunità internazionale, a stipulare la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.

2.

Alla ricerca di una rotta fra l'arcipelago delle confische

Se, da un lato, la confisca rappresenta una «costante del fenomeno punitivo»⁵, dall'altro, non si può non rimarcare come l'ordinamento abbia progressivamente assistito ad una proliferazione dello strumento, tale che, oggi, il lemma «confisca» esprime solo un concetto di genere.

Sono, infatti, sorte moderne figure di confisca, ed oggi sarebbe più corretto parlare di «arcipelago» delle confische⁶; di un sistema centrifugo in cui, al di là del *nomen iuris*, l'unico denominatore comune, oltre all'effetto di ablazione delle *res*, può individuarsi nella presenza di una *probatio semiplena*, di uno *standard* probatorio di accertamento, cioè, che se non è assente, è di lunga inferiore rispetto a quello proprio del processo penale. Il problema, peraltro, come si vedrà nel prosieguo, non attiene solo alla 'quantità' di prova richiesta per la misura, ma anche alle modalità di formazione della stessa.

La incalcolabile produzione, sia letteraria, sia giurisprudenziale, che si è occupata di questo istituto negli ultimi quindici anni, ha messo in evidenza quanti e quali siano i nodi dogmatici e pratici che si faticano a sciogliere: natura giuridica, oggetto; tutela dei terzi, sono solo alcuni fra i principali problemi che hanno investito gli studiosi. Fuor d'opera sarebbe, allora, il tentativo di occuparsi di tutti questi aspetti; lo scritto si limiterà, mutuando una domanda posta da un maestro del diritto processuale penale, a soffermarsi su di un aspetto specifico: in che «maniera [...] è amministrata la prova» per l'applicazione della confisca?⁷

Sarà, quindi, la «grammatica della prova» la bussola con cui si cercherà di tracciare la rotta per uscire indenni da questo arcipelago, cercando di valutare quale sia lo statuto probatorio che la legge richiede come presupposto per la applicazione della misura.

3.

La bussola dell'(assenza di) accertamento probatorio nelle 'moderne' forme di aggressione al patrimonio

Si può sin da subito avanzare una osservazione: anche laddove la confisca venga applicata al termine del processo penale, e, quindi, dovendo la stessa rapportarsi con lo statuto probatorio tipico del processo, i principi in materia di prova ne escono vulnerati. Ciò è indubbiamente dovuto alla 'contaminazione' operata dalla confisca di prevenzione sulle altre forme di ablazione patrimoniale, con l'implicito intento di elevare la prima, svincolata dalle ristrettezze proprie del diritto penale, a modello operativo cui guardare.

L'analisi non può che partire dalla confisca 'comune' *ex art. 240 c.p.* che rappresenta l'archetipo dello strumento ablativo, e che, tuttavia, oggi ricopre un ruolo meramente residuale e sussidiario. Essa rientra nel novero delle misure di sicurezza e, pertanto, per la sua applicazione richiede che venga provata l'avvenuta commissione di un reato – intesa propriamente come integrazione di una fattispecie tipica, anti-giuridica e colpevole – o di un quasi reato⁸. Di più, perché venga applicata la misura di sicurezza è richiesto che l'accertamento sia contenuto in

⁵ A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale* (voce), in *Dig. d. pen.*, vol. IV, 1989, p. 42.

⁶ Cfr. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012.

⁷ Così M. NOBILI, *Ritorno al medioevo? (Note sulla prova nel processo di prevenzione criminale)*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 419.

⁸ Il riferimento va alle tre ipotesi canoniche: reato impossibile (art. 49 c.p.); accordo per commettere un reato o istigazione alla commissione di un reato, senza che poi non segua la commissione dello stesso (art. 115 c.p.). In queste ipotesi, benché non si è in presenza di un reato, si ha un fatto che presenta estremi di disvalore tale che il legislatore consente l'applicazione di una misura di sicurezza se dovesse emergere la pericolosità sociale dell'agente.

una sentenza di condanna⁹.

Il modello si caratterizza, poi, perché ruota attorno al vincolo pertinenziale che lega la *res ablanda* all'illecito penale. Diviene, allora, necessario che venga accertata l'esistenza di un rapporto eziologico fra il bene da confiscare e la condotta sanzionata; va, cioè, provato se quel bene sia il 'prezzo', il 'prodotto' o il 'profitto' del reato, ovvero siano i c.d. *instrumenta sceleris*¹⁰.

Questo legame, però, è divenuto «un ostacolo insuperabile»¹¹ all'aggressione dei patrimoni. Il vincolo causale fra i beni e l'illecito, infatti, impedisce che la misura venga applicata nei casi di riciclaggio di capitali, di reinvestimenti di profitti, di intestazione fittizia, ovvero di ricorso a prestanome, facendo sorgere, così, la necessità di individuare nuove forme di ablazione.

Viene, così, ideato un modello che si basa sulla presunzione di provenienza illecita delle ricchezze e che si connota per l'assenza di un rapporto di pertinenzialità fra il reato oggetto del procedimento in cui la misura viene applicata ed i beni che vengono confiscati. Ascrivibili a questo modello sono tanto la confisca di prevenzione, quanto la confisca allargata o per sproporzione¹².

Da un punto di vista cronologico, la prima 'cesura' al modello tradizionale va individuata nella confisca di prevenzione¹³, uno strumento che opera in una situazione di *precrime*¹⁴. Lo strumento di ablazione patrimoniale preventiva, disciplinato dall'art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, costituisce ancora oggi il perno della strategia ablatoria patrimoniale. Essa, in particolare, si connota per una forte valenza simbolico-dissuasiva derivatagli, da un lato, dalla particolare duttilità del procedimento con cui la misura viene irrogata; dall'altro, dallo standard di garanzie degradato rispetto a quello proprio del processo penale.

Lo strumento nasce come intimamente legato alla sola criminalità di tipo mafioso. La misura reale, infatti, si atteggia a *poena extraordinaria*, a sostituto della sanzione penale, in grado di colpire al cuore i patrimoni degli affiliati alle organizzazioni criminali, allorché l'istruzione probatoria del processo penale non sia riuscita ad accertarne la responsabilità. Ben presto, tuttavia, la confisca di prevenzione ha visto dilatarsi il suo spettro applicativo, venendo meno il riferimento esclusivo alle fattispecie legate alla criminalità mafiosa, e ritenendosi sufficiente

⁹ Fa eccezione la previsione di cui all'art. 240, comma 2 n. 2 c.p. per la confisca delle cose obiettivamente illecite. In questo caso la sentenza di condanna non è necessaria in quanto trattasi di cose che, a seguito di una valutazione circa la pericolosità operata *ex ante* dal legislatore, devono essere eliminate dalla circolazione e/o dalla disponibilità dei privati in ogni caso. Inoltre, come chiarito da Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015, anche in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione è possibile disporre la confisca obbligatoria del prezzo del reato (art. 240, comma 2 n. 1 c.p.) sempre che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna.

¹⁰ L'art. 240 c.p. prevede, invero, un regime duplice: a) al comma 1 è disciplinata la confisca facoltativa per «le cose che servono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto»; b) al comma 2, invece, si prevede la confisca obbligatoria delle «cose che costituiscono il prezzo del reato», dovendosi intendere con ciò ogni corrispettivo pattuito per la commissione del reato. Va, peraltro, segnalato come a più riprese il legislatore, a partire dall'introduzione dell'art. 416-bis c.p., abbia introdotto numerose disposizioni, sia a livello codicistico, sia di legislazione speciale, in cui si è resa obbligatoria la confisca prevista come facoltativa dall'art. 240 c.p. Si deve, altresì, segnalare come l'opera giurisprudenziale abbia forzata il valore semantico del termine 'profitto', sradicandolo dai connotati che gli erano tradizionalmente propri e trasformandolo nel lemma, dai confini più evanescenti, di 'vantaggio'. Si veda *funditus* Cass., ord. 30 ottobre 2013, n. 46726, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013, con commento di T. TRINCHERA, [Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reati tributari: la parola passe alle Sezioni Unite](#); Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, *Dir. pen. cont.*, con commento di T. TRINCHERA, [La sentenza delle Sezioni Unite in team di confisca di beni societari e reati fiscali](#).

¹¹ Così A. BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo, in A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, t. I, Torino, 2011, p. 7.

¹² Individua gli aspetti correttamente D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, la dove afferma «La 'comune' ispirazione della misura di prevenzione patrimoniale ex art. 2-ter l. 575/1965 e delle 'ipotesi particolari di confisca' di cui all'art. 12-sexies l. 356/1992 [...] si evidenzia nel riferimento al criterio di imputazione, che è di tipo soggettivo [...]; al presupposto della titolarità o disponibilità dei beni; al parametro della sproporzione fra il valore dei beni e il reddito o l'attività economica [...]; infine, alla mancata giustificazione della provenienza legittima dei beni».

¹³ Strumento introdotto con la l. 13 settembre 1982, n. 642 (c.d. Rognoni-La Torre). Per un primo commento: F. BRICOLA-G. FIANDACA, *Legge 13 settembre 1982, n. 642: disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle l. 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzioni di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 237.

¹⁴ Il riferimento è tratto da P.K. DICK, *Minority report*, in ID., *Tutti i racconti: le presenze invisibili*, Milano, 1994.

una pericolosità c.d. generica, cioè riferibile ad ogni tipo di reato¹⁵.

Di più, il procedimento si caratterizza per una certa speditezza che ne consente l'attivazione a fronte di uno *standard* probatorio lasco, in cui le fattispecie di pericolosità 'collassano' sull'indizio. All'ineffabilità del presupposto si accompagnano *ex art. 24 D.lgs. 159/2011*, poi, le due presunzioni di provenienza illecita dei beni di cui il proposto non giustifichi la provenienza, ovvero di cui sia titolare o abbia la disponibilità, anche per interposta persona, ma in valore sproporzionato al proprio reddito. La norma, pertanto, presenta due condizioni fra loro alternative tali che spetta al proposto fornire la prova della proporzione dei beni rispetto al reddito, ovvero dimostrarne l'origine lecita, pena l'ablazione delle res¹⁶.

Al *deficit* in materia di prova, peraltro, sia accompagnano garanzie difensive se non assenti, ridotte, rapportate al procedimento di esecuzione, modello su cui si innesta il procedimento di profilassi grazie al richiamo dell'art. 7, comma 6 D.lgs. 159/2001 all'art. 666 c.p.p. Non si richiede, difatti, che ad essere accertato sia un fatto, non è necessaria alcuna contestazione specifica attraverso un capo di imputazione. Si è, invece, di fronte ad una attribuzione labile, vaga, che pregiudica in partenza l'esercizio del diritto alla difesa, il quale postulerebbe, invece, un addebito chiaro e preciso circa un fatto da provare.

Ancora, all'autorità requirente non serve collocare nel tempo queste condotte pericolose, poiché l'azione preventiva, a differenza di quella penale, non conosce alcun limite prescrizionale.¹⁷

Cosicché, il più delle volte, nel giudizio di prevenzione finisce che la prova della confisca si risolve nella stessa notizia che permette l'apertura del procedimento¹⁸; si è così di fronte a pene non solo *preater* o *ante delicto*, ma anche *sine probatione*¹⁹.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 12-*quinquies* del d.l. 306/1992, che prevedeva una confisca obbligatoria per il 'possesso ingiustificato di valori'²⁰, il legislatore introdusse una nuova forma di incapacitazione patrimoniale: la confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/1992²¹. Strumento versatile, dalla natura di misura di prevenzione 'atipica'²², si differenzia dalla misura di profilassi patrimoniale perché forma di ablazione che opera solamente *post delictum*, venendo applicata a seguito di una sentenza di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per determinate ipotesi delittuose tassativamente indicate²³.

La confisca per sproporzione, parimenti alla confisca di prevenzione, ha ad oggetto beni, denaro o altre utilità «di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito».

Anche questo modello viene, così, a basarsi su di una presunzione di illecita accumulazione; non si distingue, né tanto meno accerta, cioè, fra i beni quali siano derivanti dal fatto og-

¹⁵ In merito va, peraltro, affermato che si è ancora in attesa delle ricadute della sentenza della Corte eur., Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, sul sistema della prevenzione patrimoniale. Con questa pronuncia, infatti, la Corte europea dei diritti ha ritenuto che le misure di prevenzione personali basate su di una fattispecie di 'pericolosità generica' violino l'art. 2 del IV protocollo in materia di libertà di circolazione. Il concetto di 'pericolosità generica', infatti, ancorché accessibile, non soddisfa il requisito delle prevedibilità della misura e, perciò, rimette all'autorità giudiziaria una eccessiva discrezionalità che si traduce in una violazione del principio di tassatività della materia penale previsto e garantito dall'art. 7 della convenzione. È pendente davanti alla Corte costituzionale l'ordinanza di rimessione della Corte di appello di Napoli, sezioni prevenzione, con cui è stato sollevato un dubbio di legittimità della disciplina che prevede l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali per soggetti a pericolosità 'generica' perché contrastante con l'art. 117 Cost. e art. 1 del I protocollo alla Cedu. Cfr. A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; S. FINOCCHIARO, *Le misure di prevenzione italiane, sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2017, p. 881 ss.

¹⁶ Nonostante la giurisprudenza parli di "onere di allegazione", la dottrina in maniera coconorde ritiene che si sia in presenza di un vero e proprio onere probatorio ribaltato (*amplius v. infra* § 5). Cfr. F. VERGINE, *Le misure preventive patrimoniali*, in *La giustizia penale preventiva. Atti del Convegno di Cagliari, 29-31 Ottobre 2015*, Milano, 2016, p. 215; L. FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, *ivi*, p. 252.

¹⁷ Cfr. O. DOMINIONI, *Imputazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, p. 818.

¹⁸ Così D. SIRACUSANO, *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 910 che afferma che la qualifica di indiziato non serve a legittimare l'indagine «ma se mai a giustificarla».

¹⁹ Cfr. L. FILIPPI, *La confisca di prevenzione un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 270 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271. Cfr. G. FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 3, 1994, p. 11 ss. La misura era stata introdotta con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356.

²¹ Il nuovo modello di confisca per sproporzione fu introdotto con il d.l. 20 giugno 1994, n. 309, convertito in l. 8 agosto 1994, n. 501.

²² Così Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182, con commento di G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies, l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*.

²³ Ipotesi che sono state ulteriormente ampliate dalla l. n. 161/2017.

getto dell'imputazione e quali, viceversa, derivino da altre attività, lecite o illecite. Mutuando il modello della *confisca ante delictum*, la sproporzione del valore dei beni ablandi rispetto al reddito dichiarato, nonché l'illiceità della provenienza, sono presunte.

Le presunzioni finiscono, allora, per gravare l'imputato della necessità di giustificare la provenienza dei beni, sollevando l'autorità inquirente dall'onere probatorio. La giurisprudenza di legittimità, però, ritiene che la presunzione *iuris tantum* sia ragionevole, posto che il legislatore ha indicato una fascia di delitti che si pongono quale fonte di ricchezza illecita²⁴. Di più, essa ritiene, in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, non si sia in presenza di un'inversione dell'onere della prova, quanto, piuttosto, di una «presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale» che richiede solamente «l'allegazione di elementi [...] idonei a vincere la presunzione».

Di più, mentre viene accertato il reato con cui si applica la confisca allargata, rimangono, invece, non provati i reati da cui si presume che provengano i prodotti illeciti, finendo così per colpire «un reato occulto»²⁵.

L'unico baluardo alla fagocitante forza ablativa è, o per meglio dire era, rappresentato dalla necessità di una pronuncia che riconoscesse la responsabilità dell'imputato, ovvero in una sentenza di patteggiamento.

Si deve, infatti, dare atto che con la l. 17 ottobre 2017, n. 16, con cui il legislatore ha interpolato il Codice Antimafia, è stata, altresì, toccata la disciplina della confisca allargata che oggi assume, sempre più, caratteri di assonanza con la confisca di prevenzione²⁶. Si è infatti prevista la possibilità, da un lato, di procedere alla confisca nei confronti degli eredi in caso di morte del condannato (art. 12-*sexies*, comma 4-*octies*); dall'altro, di applicare la confisca allargata anche in sede di proscioglimento per intervenuta prescrizione o amnistia, purché in un precedente grado di giudizio si sia addivenuti ad un accertamento circa la responsabilità (art. 12-*sexies*, comma 4-*septies*).

Ad un diverso modello risponde, invece, la confisca per equivalente²⁷. Strumento di chiusura del sistema, essa consente di aggredire beni o utilità per un valore corrispondente al profitto che deriverebbe dal reato, ma che è stato precedentemente occultato o sottratto, rischiando, quindi, di non essere recuperato.

Loggetto potenziale della misura subisce un significativo ampliamento: essa, infatti, continuare a richiede la necessaria integrazione della fattispecie penale, ma riguarda beni che non hanno alcun in rapporto di pertinenza con il singolo reato contestato ed accertato, avendo come unico limite oggettivo la corrispondenza del «valore».

Viepiù, simile strumento non è incentrato neppure sulla pericolosità attuale o remota dei beni che si confiscano, i quali, infatti, non sono soggetti ad una presunzione di provenienza illecita. Pertanto, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, posto che non v'è alcuna pertinenza che lega reato e beni ablandi, è possibile che ad essere sottoposti a confisca siano beni legittimamente acquisiti al patrimonio del reo²⁸. Scopo della confisca di valore, allora, è quello di lanciare un monito: «il crimine non paga»²⁹.

Ed è questa, in particolare, la confisca che l'art. 11 della l. 16 marzo 2006, n. 146, in ratifica della c.d. «Convenzione di Palermo», ha introdotto nel nostro ordinamento per il prezzo ed il profitto dei reati c.d. transnazionali³⁰. Anche in questa ipotesi va rilevato come l'art. 12 § 7 della Convenzione prevedeva la possibilità per gli Stati di introdurre un meccanismo di

²⁴ Cfr. Cass., Sez. un., n. 920/2003, cit.

²⁵ Così M. NOBILI, *Associazioni mafiose criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 268.

²⁶ Concorde su una progressione omologazione S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018, p. 131.

²⁷ Lo strumento è stato introdotto nel nostro ordinamento con la l. 7 marzo 1996, n. 108 che andava a novellare l'art. 644 c.p.

²⁸ Cfr. Cass., sez. VI, 27 gennaio 2005, n. , in *Cass. pen.*, 2006, p. 2851.

²⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, p. 2107.

³⁰ Si tratta della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e degli annessi Protocolli adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio del 2001. V. Aa.Vv., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La convenzione ONU di Palermo*, a cura di E. Rosi, Torino, 2007; A. MANGIARACINA, *Il «congelamento dei beni e la confisca come misure di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo*, in A. BARGI-A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale*, cit., to. II, Torino, p. 976 ss.

inversione della prova³¹.

4.

Navigazione a vista: fra indizi, presunzioni ed il rischio di uscita dalla rotta

All'interprete, già disorientato nel muoversi fra le differenti tipologie di confisca, non sfugge che le singole ipotesi non sono monadi, ma, al contrario, esse concorrono fra loro in una ottica di maggior efficienza ed efficacia della risposta ablativa. Difatti, si possono ipotizzare situazioni in cui, da un lato, gli stessi beni sono toccati da differenti forme di ablazione; dall'altro, beni diversi sono toccati da forme di confisca alternative.

L'efficacia del processo al patrimonio è stata raggiunta, però, in nome di una semplificazione probatoria ottenuta "costi quel che costi", sacrificando l'accertamento e, con questo, la conoscenza dei fatti. Il tutto in nome di uno *speedy trial* che ha oramai soppiantato il *fair trial*, il processo che ha ad oggetto la responsabilità penale. Difatti, gli spazi difensivi consentiti per impedire l'emissione del provvedimento ablativo si rapportano sempre con un *quantum* di prova degradato, che finisce inesorabilmente per favorire l'accusa.

Nel caso della confisca di prevenzione è necessario che si integrino due condizioni per l'emissione del provvedimento: in primo luogo, infatti, il proposto per la misura va inquadrato in uno dei 'tipi pericolosi' di cui agli artt. 1 e 4 D.lgs. n. 159/2011; in secondo luogo, va effettuato un giudizio circa la sua pericolosità per la sicurezza pubblica *ex art.* 4³². Tuttavia, per soddisfare entrambi i requisiti sarà sufficiente una piattaforma indiziaria³³. Il termine di 'indizio', in questa sede, indica non già la prova critica, bensì la prova debole, la *probatio minus plena*³⁴; d'altro canto, non potrebbe essere altrimenti, ché, in caso contrario, verrebbe meno la stessa presunta efficienza della prevenzione, intesa quale surrogato della risposta punitiva mediante il processo penale, e si finirebbe per richiedere l'accertamento tipico del processo penale.

La situazione indiziaria, quindi, non si deve connotare né per gravità, né per pluralità, né tantomeno per concordanza, come verrebbe richiesto dall'art. 192, comma 2 c.p.p., giacché sarebbe sufficiente anche un unico indizio, ovvero più indizi anche solo fra loro non discordanti. Si è, così, in presenza di quella che è stata definita una operazione giuridica «a levare», definibile solo in negativo³⁵. Così, con buona pace delle ortopedie interpretative con cui la Corte costituzionale ha cercato di legittimare la disciplina della prevenzione³⁶, si finisce per fondare il giudizio circa la pericolosità al meglio sugli indizi, con il rischio sempre in agguato che questi degradino a congetture, ammennicoli, meri sospetti³⁷; posto che non è operazione agevole quella di distinguere fra un indizio, un mero sospetto e un sospetto fondato. È, invece, evidente che il sospetto svela come non si abbiano prove circa i fatti che si vogliono prevenire,

³¹ Cfr. G. DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello spazio giudiziario europeo: problemi e prospettive* (Nota a Cass., 5 febbraio 2001, Di Bella), in *Foro italiano*, 2002, II, p. 265 ss., il quale afferma che si auspica che «in sede della deliberazione della domanda proveniente dall'estero, il singolo Stato possa predisporre strumenti normativi atti a facilitarne l'accoglienza, non solo abbassando la soglia del substrato probatorio ai fini dell'azione della misura, ma, addirittura, rimodellandolo secondo il modello della prova invertita».

³² V. G. CASAROLI, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale-diritto processuale penale- diritto, storia e società*, 2006, Milano, p. 2223; A. MARTINI, *Essere pericolosi: giudizi soggettivi e valutazioni personali*, Torino, 2017, p. 149 ss.

³³ Sul significato di indizio e la sua storia cfr. M. DANIELE, *Indizi (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur., Agg.*, p. 505; G. BELLAVISTA, *Indizi, ivi.*, vol. XXI, 1971, p. 22; I. ROSSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995.

³⁴ Sulla distinzione fra prova ed indizio v.: V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1967, p. 35; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, MILANO, 1992; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, TORINO, 1995. La nozione di indizio come *probatio minus quam plena* deriva direttamente dai pratici medioevali e si riconnette non all'oggetto della prova, quanto al grado di persuasività dell'elemento probatorio, cosicché, come affermato da A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, p. 212, mentre la prova è «idonea a sorreggere un giudizio in termini di certezza» l'indizio è, invece, «idoneo a giustificare il convincimento del giudice solo in termini di probabilità o di verosimiglianza».

³⁵ Così T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione. Giustizia Criminale*, Pisa, 2015, p. 267. Si veda, altresì, la nota Cass., 14 giugno 2002, n. 23041, Ferrara, per la quale nel procedimento di prevenzione «gli indizi utilizzabili, non devono avere i caratteri di cui all'art. 192 c.p.p., mentre le chiamate in correità (o reità) non debbono essere confermate da riscontri esterni individualizzanti (anche dopo l'introduzione del comma 1 bis nell'art. 273 c.p.p.) ai fini dell'accertamento della pericolosità, che si basa essenzialmente su condotte sintomatiche».

³⁶ Il riferimento va a Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1537. Con questa sentenza la Consulta cercò di segnare un mutamento di tendenza rispetto ai propri precedenti, rifiutando il sospetto quale presupposto per l'applicazione di una misure di prevenzione e cercando di dare al sistema una lettura che ancorasse la profilassi al fatto.

³⁷ Cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, trad. it., Milano, 1858, in G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 118, il quale afferma «i confini tra il sospetto e la certezza prodotta da indizi sono molto sottili, e il passarli dipende in gran parte dall'arbitrio del giudice».

giacché esso «non è conoscenza certa, ma dubbio incerto»³⁸.

V'è, poi, un'ulteriore complicazione probatoria che gioca a sfavore del proposto per la misura. Mentre il dato normativo originario disegnava la profilassi patrimoniale come ancillare rispetto alla personale, tale che la pericolosità del bene deriva della persona, e le due convivevano nel medesimo intervallo temporale, con le riforme del 2008-2009 si sancì l'autonomia della misura di prevenzione patrimoniale³⁹. Attraverso una ridefinizione del comma 6-*bis* dell'art. 2-*bis*, si legittimò la possibilità di una richiesta disgiunta fra le due tipologie di misure, nonché la possibilità di richiedere la misura di prevenzione patrimoniale «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto».

L'interpretazione della normativa data dalla giurisprudenza di legittimità dopo le novelle legislative, e avallata dal consenso più autorevole della Corte di Cassazione⁴⁰, è quella per cui il bene può essere sottoposto a confisca di prevenzione a condizione che il titolare fosse, al momento dell'acquisto, un soggetto socialmente pericoloso. Una pericolosità che, quindi, dal momento dell'acquisto inerisce alla *res* in maniera permanente e diviene tendenzialmente ineliminabile. Ciò comporta non solo che al soggetto sia richiesta una prova liberatoria 'ora per allora', ma, altresì, che sia legittima la possibilità di procedere alla confisca in caso di morte del proposto, spettando agli eredi l'onere di dimostrare che l'acquisto compiuto dal *de cuius* non fosse illegittimo;⁴¹ nonché, da ultimo, la possibilità di procedersi anche nei confronti di un indiziato che difetti della capacità processuale per infermità di mente, posto che è il bene ad essere l'oggetto dell'apprensione⁴².

Tanto nell'ipotesi di confisca allargata, quanto in quella preventiva, poi, la prova dei fatti è sostituita dalla presunzione di avveramento dei medesimi. Il meccanismo presuntivo diviene, così, un chiaro indice della pretesa statale di punire senza (per forza) accertare⁴³.

Come, infatti, chiarito da un autorevole civilista: quando la legge stabilisce una presunzione manca la struttura inferenziale del ragionamento probatorio; si può, cioè, dire che non si discute della conseguenza di un fatto noto, se si deve ritenere per vero il fatto⁴⁴. Lo strumento rende, così, visibile il divorzio che si crea fra la proposizione normativa ed il dato di realtà fattuale⁴⁵.

Meritano alcune precisazioni circa la legittimità delle presunzioni nel processo penale.

La giurisprudenza della Corte costituzionale si è espressa diverse volte in merito alla deroga della valutazione in concreto del giudice⁴⁶, richiamandosi soprattutto ai propri precedenti in materia tributaria, dove frequente è il ricorso da parte del legislatore all'uso della presunzioni. Le presunzioni, «verità giuridic[he] avent[i] come substrato fatti reali di difficile accertamento», dovevano essere sempre empiricamente fondate⁴⁷, e violano il principio di eguaglianza quando sono arbitrarie ed irrazionali, cioè, quando non sono corrispondenti ai dati derivanti

³⁸ Così I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, 1979, p. 12. Va nel senso opposto, invece, anche se riguardante le sole misure di prevenzione personali, la recente sentenza Cass., Sez. un., 30 novembre 2017, n. 111, Gattuso, che ha sostenuto la necessità di una motivazione in positivo sull'attualità della pericolosità sociale dell'indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa proposto per una misura di profilassi personale. È stato detto, infatti, che la pronuncia ha un «intento [...] meritevole, perché tende a dare consistenza probatoria alle incerte categorie concettuali di "elementi di fatto" e "indizi"» così M. CERFEDA, *La presunzione semel mafioso semper mafioso, applicata alle misure di prevenzione, non è ammissibile: osservazioni in attesa delle motivazioni delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017, p. 75 ss.

³⁹ L'operazione fu iniziata dapprima con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125; poi, portata a compimento con la l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁴⁰ Così Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, Spinelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 942, con nota di A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*.

⁴¹ V. Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Giur. cost.*, 2012, p. 224; con nota di F. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell'actio in rem*; nonché F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del 'morto'. Un non liquet della Corte costituzionale con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2012. Recentemente Cass., Sez. un., 26 dicembre 2016, n. 12621, De Angelis, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2700 ss.

⁴² V. Corte cost., 17 luglio 2017, n. 208.

⁴³ Cfr. T. PADOVANI, in *Misure di sicurezza*, cit., p. 306 ss.

⁴⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Presunzioni i) Diritto processuale civili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, 1991, p.2; ID., *Le prove per induzione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile, in Trattato di diritto civile e commerciale*, p. 1101 ss.

⁴⁵ F. PALAZZO, *Verità come modello di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, p. 99 ss. Affermava già, pur ritenendo legittimo lo strumento preventivo, P. NUVOLONE, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 633, che «allorché si tratta di applicare una misura di prevenzione [...] i fatti da accertare sono i 'sintomi' di un pericolo e, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa; e la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può essere, se non in via di discutibili presunzioni, proprio del legislatore».

⁴⁶ Il caso più eclatante riguarda lo 'sciame' di sentenze di parziale illegittimità costituzionale che si sono abbattute sull'art. 275, comma 3 c.p.p.

⁴⁷ Corte cost., n. 139/1982 con nota di G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, p. 1202.

dalla comune esperienza, riassumibili nella forma *dell'id quod plerumque accidit*. Poiché, però, le massime di esperienza sono, al contempo, la giustificazione della presunzione ed il suo limite, in quanto «*plerumque* non vuol dire *universe*»⁴⁸, esse erano destinate a scostarsi, per eccesso o per difetto, dalla realtà; ogni volta in cui, allora, è agevole formulare una ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta dalla presunzione, il meccanismo presuntivo sarebbe da considerarsi illegittimo.

Vieppiù, ciò che è certo è che il giudice, qualora non si provi il contrario di quanto contenuto nella presunzione, debba assumere come vero il fatto, senza che questo sia stato provato⁴⁹.

Ulteriore problema è quello per cui la presunzione individua, per sua stessa natura, una *relevatio ab onere probandi*, gravando l'imputato dell'onere di provare la propria innocenza e il proposto per la misura l'assenza dei temi del procedimento preventivo (cfr. art. 2728, co. 1 c.c.).

Si è a lungo discusso circa l'estraneità del concetto di onere della prova dal processo penale, luogo in cui, fino alla definitività della sentenza, vige la presunzione di innocenza⁵⁰; ma è innegabile che il «rischio per la mancata prova»⁵¹ gravi sul soggetto che subisce la misura.

In definitiva, troppe sono le assonanze con la *purgatio* medioevale, posto che si impone al soggetto di fugare ogni sospetto circa pericolosità propria e dei suoi beni da ogni sospetto, pena l'ablazione degli stessi⁵².

Una riflessione a sè merita, poi, la disciplina della confisca del valore equivalente. In questa ipotesi, infatti, poiché si va a prelevare il *tantundem* e non 'quel' profitto illecito frutto del reato accertato nel corso del processo, è evidente che non vi sia alcuno spazio alla prova contraria, salvo che questa non si concreti in rimedi riguardanti la determinazione economica del profitto o l'individuazione dei beni da confiscare⁵³.

5. Il faro dell'accertamento del fatto

Nel breve *excursus* compiuto al largo delle correnti generate dalla strategia di politica criminale imperniata sull'imperativo dell'incapacitazione economica, si è cercato di metter in evidenza come il momento dell'accertamento sia, se non eluso, degradato ai minimi termini, attraverso scorciatoie che favoriscono gli organi dell'accusa mediante una 'prova debole', meccanismi di inversione dell'onere probatorio, ovvero colpendo beni che non rientrano nell'oggetto del procedimento.

Se è vero che la prova non riguarda «fatti, [...] ma enunciati fattuali»⁵⁴, sullo sfondo v'è sempre un fatto che si assume essere avvenuto e, parimenti, v'è un soggetto che si ritiene lo abbia causato⁵⁵. Il processo diviene, allora, lo strumento gnoseologico mediante cui si cerca di ottenere la ricostruzione del fatto, con il miglior grado di verosimiglianza rispetto a 'quel fatto' che è fenomenicamente accaduto. In definitiva, si può sostenere che senza prova non v'è processo⁵⁶; ecco perché «fissazione formale del fatto e prova sono due aspetti dello stesso problema»⁵⁷.

⁴⁸ P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Milano, 1940, p. 8.

⁴⁹ Afferma icasticamente F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione*, cit., p. 105, che con le presunzioni si sbarra «deliberatamente la strada al giudice per qualunque verifica empirico fattuale e, dunque, [si mette] nel contro a priori la non-verità dell'affermazione normativa». Cfr. anche M. FERRAIOLI, *Presunzioni (dir. Pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, p. 307, che parla di «ammissione della verità di un fatto non provato».

⁵⁰ Cfr. V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza. Garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*. Atti del convegno. Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 19 ss.; R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, *ivi*, p. 123 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1974. V. anche Corte cost., 24 novembre 1993, n. 111, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 916, che ha affermato come non può parlarsi di onere della prova all'interno del processo penale, ché questo violerebbe tanto la libertà personale, quanto l'esercizio obbligatorio dell'azione penale.

⁵¹ Così preferisce chiamarlo P. FERRUA, in *La prova nel processo penale*, Vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Torino, 2017, p. 83. Vigente il codice Rocco F. CORDERO parlava di «rischio di non persuasione», in *Procedura Penale*, IX ed., Milano, 1987, p. 1108.

⁵² M. NOBILI, *Ritorno al medioevo?*, cit., p. 422.

⁵³ Afferma correttamente A. BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2071, che il diritto di difesa dell'imputato si concreta nella sola «delimitazione giuridica della nozione di profitto e ai profili civilistici inerenti all'individuazione dei beni e al giudizio di equivalenza di valore degli stessi al profitto e al prezzo del reato ritenuti nella sentenza di condanna, cui consegue la sanzione punitiva della confisca obbligatoria dei beni».

⁵⁴ Così G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I, *Principi generale*, Torino, 2017, p. 62.

⁵⁵ Cfr. S. FURFARO, *Il fatto come oggetto di prova*, in *La prova penale*, vol. I, *Il sistema della prova*, diretto da A. Gaito, Torino, 2008, p.345.

⁵⁶ Affermava L. LEONE, *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, in *La Scuola positiva*, 1956, p. 323 che «Il problema della prova è il motore del processo penale».

⁵⁷ Così A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 526.

Poi, il modo con cui si ‘prova’, questo sì, può essere differente e mutevole, a seconda dei differenti modelli di accertamento, ma prescindere dalla prova sarebbe un *nonsense*: non esistono, infatti, strumenti differenti dalla prova su cui compiere il giudizio di fatto.

Di qui, per quanto attiene alle ‘confische penali’, la silente violazione dell’art. 187 c.p.p. che, nel tratteggiare oggetto e limiti del *thema probandum*, non si limita ad indicare i fatti oggetto dell’imputazione, ma richiede che siano oggetto di prova anche quelli inerenti alla determinazione della pena e delle misure di sicurezza⁵⁸; con l’evidente corollario che, per ciascuno di questi temi, vi deve essere il medesimo procedimento probatorio, e, quindi, le medesime regole.

Un processo che non accerti i fatti, che li presuma, che crei scorciatoie probatorie, impedendo di controvertere efficacemente sull’addebito mosso, non è uno strumento in grado, contrariamente a quanti pensano il contrario, di svolgere il ruolo di “scudo e spada” della società nei confronti della criminalità, sempre che sia questo il ruolo che si vuole dare al processo penale.

6.

Conclusioni: gli scogli del crimine transnazionale ed il cambio di rotta necessario

L’interrogativo a cui si deve dare risposta, perciò, attiene alla paventata efficienza di un sistema penale oramai incentrato sull’ablazione patrimoniale. In particolare, ci si chiede se sia davvero una strategia efficace quella di punire senza accertare, o se, al contrario, si sia in presenza d’ennesimo «mito dell’efficienza»⁵⁹.

Due le argomentazioni che portano a far dubitare circa la dissuasività, nonché la riuscita, di questa strategia. Anzitutto, la dimensione spaziale del crimine. Spesso, infatti, le autorità dei singoli Paesi si trovano a confrontarsi con strutture criminali che hanno una dimensione a rete; si tratta, cioè, di *network* che operano travalicando i confini nazionali, superando, così, la dimensione “geo-diritto”⁶⁰ e manifestando la propria presenza in diverse nazioni.

Si è, così, in presenza di una struttura in cui la produzione di merci e la fornitura di servizi illegali proviene da più sedi; l’opera, spesso, frammentata e diluita in più Stati; il coinvolgimento di una moltitudine di operatori che potrebbero non solo non conoscersi fra di loro, ma neppure conoscere chi siano, e dove si trovino, i vertici dell’organizzazione, richiederebbero indagini più approfondite ed accertamenti solidi, i soli in grado di infliggere danni permanenti. Posto che, secondo l’insegnamento tradizionale, più è elevata la gravità dell’addebito, maggiore dovrebbe essere il vaglio concreto dell’autorità giudiziale⁶¹.

Di più, si tratta di organizzazioni criminali in quanto produttive; come tali, esse sono dotate delle risorse per riuscire a sostituire i prodotti, i mezzi e gli strumenti che vengono loro confiscati.

Ecco, allora, che si concretizza la miopia di una strategia così impostata: si preferisce rallentare il traffico, piuttosto che stroncarlo; si predilige il palliativo alla cura, per una battaglia che, forse, si riconosce persa in partenza. Il problema viene allontanato, le cause non vengono risolte, ma ci si accontenta di agire sugli effetti; le autorità di pubblica sicurezza sperano nel sequestro eclatante, quello che è in grado di fare notizia finendo sulle prime pagine dei giornali, consentendo, così, di sedare l’allarme sociale per un breve lasso di tempo e mettere a tacere ogni questione.

E, allora, quotidianamente si è ‘bombardati’ con notizie di sequestri e di confische disposte dalle nostre autorità: ingenti quantitativi di droghe provenienti dall’America latina o dai Paesi dell’Est europeo; lotti di tabacchi dai Balcani; le navi della speranza delle organizzazioni criminali con le quali, dietro lauto pagamento, viene diretto l’esodo umano di vite dall’Africa...

La mancanza di accertamento, però, non solo non permette lo smantellamento del fenomeno criminale, ma ingenera una spirale perversa che consente al gruppo criminale di continuare ad operare, ben consapevole di quale sarà la risposta dell’ordinamento e, quindi, di quali

⁵⁸ Così S. FURFARO, *La compatibilità delle varie forme di confisca con i principi garantistici*, in A. BARGI- A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, t. I, Torino, 2011, p. 279.

⁵⁹ È questa espressione di E. SQUILLACI, *La confisca allargata*, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1525.

⁶⁰ Cfr. in merito N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 3.

⁶¹ Cfr., anche se con riferimento ad un diverso problema, S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 123.

sono i suoi limiti.

Si potrebbe obiettare che si tratta di una rappresentazione fin troppo azzardata, ma se si guarda alla storia degli ultimi trent'anni ed all'uso che si è fatto dello strumento della confisca contro la criminalità organizzata domestica, in ispecie quella di tipo mafioso, che è ben lungi dall'essere scomparsa, forse ci si accorgerà che non è così, ma forse sarà troppo tardi.

La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali Dalla sentenza “Scurato” alla riforma sulle intercettazioni

The new discipline of the computer sensor between investigative needs and protection of fundamental rights From “scurato” judgment to interception reform

LUIGI PALMIERI

*Dottore di ricerca presso Università degli Studi di Salerno
lpalmieri@unisa.it*

CAPTATORE INFORMATICO, TROJAN,
INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI TRA PRESENTI,
PERQUISIZIONE DA REMOTO

ABSTRACT

Il nuovo volto della criminalità organizzata ha posto i sistemi d'indagine tradizionali in grave difficoltà, evidenziando “l'incapacità investigativa” delle Autorità Giudiziarie di contrastare, in maniera efficace, il traffico di droga e la cessione di materiale pedopornografico attraverso il web. Solo con il ricorso alle indagini informatiche gli organi investigativi sono posti in condizione di ricercare ed assicurare il dato probatorio. Il nuovo orizzonte investigativo è rappresentato dalle intercettazioni di comunicazioni tra presenti tramite captatore informatico. Si tratta, com'è noto, di un sistema che consente da remoto la captazione di immagini e suoni tramite l'inoltro di un malware sul dispositivo bersaglio. Il Legislatore ha atteso oltre dieci anni per regolamentare l'utilizzo del nuovo strumento investigativo mediante l'introduzione del D.lgs 29 dicembre 2017, n. 216. La novella raccoglie diffusamente la “proposta” della “sentenza Scurato”, e solo alcune dei tanti spunti offerti dalla dottrina negli ultimi anni. Al Giudice per le indagini preliminari è affidato il compito di “recuperare” l'effettiva funzione di controllo sul “progetto investigativo” ipotizzato dal pubblico ministero al fine di salvaguardare i valori costituzionali coinvolti dall'utilizzo del mezzo.

The new face of organised crime has got the traditional systems of investigations into troubles, highlighting investigation inability of judicial authorities to combat effectively drug trade and spread of child sexual abuse material on the internet. Only through computer investigation, investigative bodies are able to seek and ensure the probative data. The new investigation horizon is interception of communications among present (and search) through computer collector. That is a system which permits image and sound collection remotely through forwarding of a malware on a target device. The legislator has been waiting for more than ten years for regulating the use of the new investigative instrument by the introduction of the Legislative Decree December 29 th 2017 n. 216. This collects largely the proposal of “Scurato” judgment and numerous suggestions offered from the doctrine in the last years. The examining Judge is responsible to recover the real control function on the investigative project hypothesized by the prosecutor in order to safeguard the constitutional values involved in the use of the mean.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La funzione di “controllo” del decreto autorizzativo. – 2.1. Le novità contenute nel d.lgs 29 dicembre 2017, n. 216. – 2.2. Il *doppio binario* per i delitti di criminalità organizzata e il *terzo binario* per quelli contro la pubblica amministrazione. – 2.3. L’inutilizzabilità dei risultati conseguiti con il *Trojan* per la prova di un “reato diverso”. – 3. La perquisizione da remoto.

1.

Introduzione.

Il rinnovato utilizzo investigativo della tecnologia ha indotto il *Legislatore* ad intervenire per adeguare – e correttamente classificare – l’attuale disciplina processuale delle intercettazioni di conversazioni tra presenti (e della perquisizione informatica) con le nuove forme di captazione da remoto, sempre più spesso utilizzate dalle Autorità Giudiziarie e non soltanto nei procedimenti che obbediscono alle deroghe previste dal *doppio binario*.

Le organizzazioni criminali (anche transnazionali) utilizzano il *web* per “traghetare” le loro attività criminose. Solo per fare un esempio, negli ultimi anni, è balzato agli onori della cronaca giudiziaria l’utilizzo del c.d. *deep web*. Si tratta di una rete telematica sommersa impiegata dal crimine organizzato per la cessione di sostanze stupefacenti, il traffico di armi, la vendita di documenti falsi e la cessione di materiale pedopornografico. Non a caso l’immagine che descrive (e contraddistingue) il *deep web* è molto suggestiva: un *iceberg*!

Al di sotto della *rete* di comune utilizzo c’è l’orrore; una superficie sommersa ove si vende e si compra – tramite *Bit Coin* – tutto ciò che è illegale, il cui accesso è possibile, semplicemente, tramite l’utilizzo di *browser* non indicizzati che non consentono l’identificazione dell’indirizzo IP dell’utente¹. È, pertanto, innegabile che nell’era digitale l’*intrusione informatica* costituisca l’unica modalità per le Autorità Giudiziarie di penetrare i “fortini” protetti dalle organizzazioni criminali.

In primis, intendo illustrare il *divenire*² del nuovo orizzonte investigativo – il c.d. *captatore informatico* – e tracciare il labile confine tra diritto alla riservatezza e le asserite esigenze di ordine pubblico; verificare, dunque, la tenuta del sistema processuale alla luce dei valori costituzionali e convenzionali coinvolti dall’utilizzo del recente mezzo di ricerca della prova.

Si tratta di un sistema basato sull’invio da remoto di un *virus* autoinstallante su qualsiasi apparecchio, *smartphone*, *tablet*, *computer*, *smart tv*³. L’inoltro del *malware* consente al captante di eseguire le seguenti funzioni:

- Captazione dei dati in partenza ed in arrivo del dispositivo;
- Acquisizione di comunicazioni e conversazioni intrattenute mediante applicazione di *instant messaging* (*whatsapp*, *facebook messenger*, *instagram* e altro)
- Attivazione del microfono;
- Attivazione della webcamera;
- Perquisizione totale o parziale dell’*hard disk*;
- Decifrazione di tutto ciò che viene digitato sul dispositivo bersaglio (c.d. funzione *keylogger*);
- Geolocalizzazione e/o pedinamento elettronico.

Un *congegno bulimico*⁴ che permette di gestire, in un centro remoto di comando e controllo, la captazione – spegnendo e accedendo, all’occorrenza, *microfono* e *webcam* – e, dunque, di carpire immagini e suoni prelevandoli dal dispositivo bersaglio.

Non è tutto! Mediante l’inoltro del *virus* è consentita l’ispezione/perquisizione del dispositivo intercettato (ed eventualmente anche acquisirne i contenuti) aggirando, *in toto*, le garanzie difensive previste per le tradizionali forme di perquisizione, ispezione e sequestro.

Più che di “violazione” sarebbe più corretto parlare di “attentato” al fondamentale diritto alla riservatezza; non è un caso se la dottrina si è spinta ad affermare che ascoltare e leggere uno *smartphone* rasenta il controllo psichico⁵: “*opinioni e pensieri*” prima di “*azioni e condotte*”

¹ Sul tema del *deep web*, v. L. VARRIALE, *La prigione dell’umanità. Dal deep web al 4.0, le nuove carceri digitali*, Bologna, 2017.

² In dottrina v. A. CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi wiretapping and constitution. Old and new Issues*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p. 1263.

³ L’installazione del *malware* avviene tramite l’inoltro di un *sms*, una mail o l’aggiornamento di una applicazione sul dispositivo bersaglio.

⁴ L’espressione è di L. FILIPPI, *L’ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in *ipenalista.it*, 6 settembre 2016.

⁵ Così P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 482.

concrete”⁶.

Nella incessante ricerca di un difficile bilanciamento – ove si contrappongono da un lato, un'avvertita esigenza investigativa di efficace contrasto al crimine organizzato e, dall'altro, la tutela dei valori costituzionali e convenzionali coinvolti dall'utilizzo *Trojan* – la giurisprudenza di legittimità ha impiegato quasi dieci anni per fissare un primo, fragile, punt(in)o.

2.

La funzione di “controllo” del decreto autorizzativo.

La questione sottoposta al vaglio del Supremo Consesso ha avuto ad oggetto la presunta illegittimità del decreto autorizzativo del captatore informatico, in tutti i luoghi ove era collocato il dispositivo bersaglio in uso all'indagato⁷.

L'eccepta inutilizzabilità del contenuto delle conversazioni captate è da attribuirsi alla mancata specifica, preventiva, individuazione dei luoghi (ivi compresi quelli di privata dimora, ai sensi dell'art. 614 c.p.) in cui è stata autorizzata la captazione tra presenti⁸.

La Corte ha sostenuto che la fisiologica *natura itinerante* del captatore informatico non consentisse al Giudice per le indagini preliminari di prevedere, e predeterminare, i luoghi di privata dimora e, di conseguenza, l'impossibilità per lo stesso Giudice di motivare adeguatamente il decreto autorizzativo sul “*fondato motivo che ivi si stia svolgendo attività criminosa*” (ex art. 266 c. 2 c.p.p.).

Pertanto, la S.C. ha concluso per l'inutilizzabilità dei risultati acquisiti con il *Trojan* soltanto per i procedimenti aventi ad oggetto “*reati comuni*”, limitando l'impiego del captatore informatico ai soli “*reati di criminalità organizzata*”⁹, laddove il luogo dell'intercettazione è normativamente indifferente – ai sensi dell'art. 13 del D.L. 152/1991 in deroga al 266 c. 2 c.p.p. – ovvero consentito in ogni imprevedibile domicilio¹⁰.

La sentenza *Scurato*, piuttosto che segnare il definitivo superamento dei problemi interpretativi sull'ammissibilità del *captatore informatico*, ha suscitato, in dottrina, notevoli perplessità in ordine al pericolo che l'Ufficio del p.m. potesse strumentalizzare l'iscrizione per il *delitto associativo* ai solo fini di legittimare, *ex post*, l'utilizzo del mezzo di ricerca della prova¹¹.

Siamo, infatti, spettatori di plurimi interventi della giurisprudenza, sempre attenta a custodire l'elemento di prova nonostante il decreto autorizzativo del G.i.p. si riveli, *ex post*, disposto in palese violazione dei limiti di ammissibilità. Com'è noto, l'orientamento prevalente ha ritenuto utilizzabili i risultati delle intercettazioni, per una originaria prospettazione accusatoria – riconducibile nell'alveo della disciplina prevista dall'art. 13 c. 1 del D.L. 13 maggio 1991 n. 152 – poi riqualficata, nel prosieguo delle indagini, a fatti non ascrivibili all'area della c.d. *criminalità organizzata*¹².

Stando all'assunto proposto dalla richiamata giurisprudenza, la doverosa verifica di legalità

⁶ V. in dottrina, A. GAITO-S. FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in A.A. V.V., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, p. 364, il quale rileva che “*nulla sfugge al controllo, e dal telefono all'intimità quotidiana, dalla corrispondenza alla rete fino alla messaggistica di WhatsApp e Blackberry tutto è ormai tecnicamente intercettabile: parole, suoni, gesti e, conseguentemente, opinioni e pensieri prima di azioni e condotte concrete*”.

⁷ Cfr. in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, *Scurato*, n. 26889, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 76. In particolare, il richiesto controllo nomoflatto può essere così sintetizzato “*se – anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure non singolarmente individuate a anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa – sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili*”.

⁸ In dottrina, v. diffusamente, A. GAITO – S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni “ambulanti”: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.* 2016, II, p. 309; A. Cisterna, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.* 2016, II, p. 331; G. LASAGNI, *L'uso dei captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni “fra presenti”*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, p. 149.

⁹ La sentenza *Scurato* ha limitato la portata del captatore informatico ai reati di criminalità organizzata, ed in particolare ha fornito una nozione ampia di “*criminalità organizzata*” ovvero ha chiarito che l'utilizzo del mezzo di ricerca della prova è consentito “*...non solo ai delitti elencati nell'art. 51 c. 3 bis e 3 quater c.p.p. ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere ex art. 416 bis c.p., correlata alle attività più diverse, con esclusione del mero concorso di persone*”.

¹⁰ Cfr. in dottrina, L. GIORDANO, *La prima applicazione dei principi della sentenza “Scurato” nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, p. 183 ss.

¹¹ Così L. GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul captatore informatico: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 177 ss.

¹² Sul punto, v. in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 01 marzo 2016, n. 21740, in *C.E.D. Cass.*, n. 266922 secondo cui “*La legittimità di una intercettazione deve essere verificata al momento in cui la captazione è richiesta ed autorizzata, non potendosi procedere ad una sorta di controllo diacronico della sua ritualità sulla base delle risultanze derivanti dal prosieguo della captazione e dalle altre acquisizioni*”. Sul tema v. anche Cass., Sez. VI, 16 maggio 1997, n.1972, in *C.E.D. Cass.*, n. 21045.

del decreto autorizzativo andrebbe effettuata, *ex ante*, al momento in cui la captazione è disposta, e non assume alcun rilievo processuale, in termini sanzionatori, l'eventualità che all'esito delle indagini l'ipotesi accusatoria, inizialmente formulata, non venga, poi, confermata dalle risultanze investigative¹³.

La singolare forza intrusiva del captatore informatico ha, però, indotto la giurisprudenza – nelle prime applicazioni *post* pronuncia *Scurato* – ad esaltare la funzione di garanzia del Giudice per le indagini preliminari. Il *Trojan*, infatti, esige un controllo stringente sulla imputazione provvisoria formulata dal Pubblico ministero, ovvero un obbligo di motivazione rafforzata del decreto autorizzativo che dia conto anche della corretta qualificazione giuridica del fatto¹⁴. In altre parole, la legalità del procedimento pretenderebbe dal “prodotto finale” un rigoroso apprezzamento sulle condotte contestate, non certo un “illecito contenitore”¹⁵ privo del doveroso esercizio critico sulle richieste del Pubblico ministero.

Di conseguenza, la compressione dei diritti inviolabili coinvolti dall'utilizzo del *Trojan*, imporrebbe al G.i.p. l'adozione di un “modello legale di motivazione”: un' *autonoma valutazione* sulle risultanze investigative poste a base della richiesta dell'Ufficio del p.m., e che escluderebbe, *a priori*, il ricorso alla tecnica della c.d. *relatio*¹⁶.

2.1.

Le novità contenute nel d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216

Nel solco tracciato dalla richiamata giurisprudenza di legittimità, il Legislatore ha regolamentato il nuovo strumento investigativo mediante l'introduzione del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216¹⁷ che ha raccolto diffusamente la “proposta” della sentenza *Scurato*, e solo alcune delle tante riflessioni offerte dalla dottrina.

Con la modifica dell'art. 266 c. 2 c.p.p.¹⁸, infatti, il Legislatore ha equiparato l'*itinerante captatore informatico* alle *immobili microspie* (microfoni e telecamere), sia per quel che concerne i limiti di ammissibilità e i presupposti, e sia anche per quanto riguarda il regime sanzionatorio.

Ed invero, nonostante le Sezioni Unite avessero, come innanzi detto, escluso la possibilità di ricorrere al captatore informatico per i delitti diversi da quelli di criminalità organizzata, la novella ha esteso l'ambito di applicabilità del *Trojan* anche ai delitti comuni, nei luoghi diversi da quelli previsti dall'art. 614 c.p. Per questi ultimi opera, infatti, il limite previsto dall'art. 266 c. 2 c.p.p., che ne legittima l'installazione solo se “*vi è fondato motivo che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa*”.

Quanto a presupposti e forme del decreto che autorizza l'installazione dell'agente intrusore, il nuovo art. 267 c.p.p. obbliga il Giudice a compiere l'auspicato *sforzo motivazionale*¹⁹, ovvero indicare le ragioni che rendano necessaria tale modalità in relazione allo svolgimento delle indagini, nonché il luogo ed il tempo ove è consentita l'attivazione del microfono. Il Giudice dovrà, pertanto, adeguatamente motivare il decreto autorizzativo in ordine alla modalità di captazione prescelta ed indicare gli “ambienti” in cui la stessa dovrà avvenire, “*secondo un verosimile progetto investigativo che implica l'individuazione anche in forma indiretta dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato, e sempre che si proceda per delitti diversi da quelli di*

¹³ V., in dottrina, L. KALB, *Solo l'ascolto diretto del “captato” assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida dir.*, 2008, 11, 43, p. 66.

¹⁴ Cfr. sul punto, Cass., Sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, in www.iusexplorer.it.

¹⁵ L'espressione è utilizzata da M. GRIFFO, *Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore. Dalla sentenza Scurato alla riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018, p. 37.

¹⁶ Sull'uso della motivazione *per relationem* nei decreti autorizzativi delle intercettazioni, v. Corte cost., 6 novembre 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*. V. in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 14 novembre 2016, n. 48009, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 1, p. 100 con nota di A. FIASCHI, *L'uso della motivazione per relationem nei decreti autorizzativi delle intercettazioni*; Cass., Sez. Un., 17 novembre 2001, n. 45189, in *Class. pen.* 2005, p. 343. Anche la corte europea si è pronunciata sul tema, affermando che non sussiste alcuna violazione dell'art. 8 CEDU nel caso in cui il G.I.P. abbia autorizzato l'esecuzione di intercettazione ambientali mediante un provvedimento motivato *per relationem*. V. sul punto Corte Edu, 10 aprile 2000, Panarisi c. Italia.

¹⁷ Il captatore informatico in materia di intercettazioni è oggetto della delega contenuta all'art. 1, comma 84, L. 23 giugno 2017, n. 103. c.d. *Riforma Orlando*. Per un primo commento al citato decreto legislativo v. G. SPANGHER, *Critiche. Certezze. Perplexità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, p. 1.

¹⁸ Il nuovo testo dell'art. 266 c. 2 c.p.p. recita testualmente quanto segue “*Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile.*”.

¹⁹ L'espressione è di D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, p. 219.

cui all'art. 51 c. 3 bis e 3 quater²⁰».

È stato, infatti, previsto che il captante possa, da remoto, spegnere il microfono quando l'apparecchio mobile viene condotto in un luogo diverso da quello autorizzato, con l'obbligo per il personale di polizia giudiziaria di indicare l'orario di inizio e di fine registrazione (ai sensi dell'art. 348 c. 4 c.p.p.)²¹.

La riforma ha aggiunto il c. 1 bis all'art. 270 c.p.p. che rafforza la disciplina dell'inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge, ed in particolare senza rispettare i limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo.

È presumibile che il Legislatore abbia considerato il ricorso al captatore informatico come *extrema ratio* rispetto alle tradizionali, statiche microspie. Il parametro della "necessità" legittima l'utilizzo del mezzo soltanto in via residuale, ovvero quando le altre, e meno invasive, modalità di captazione, risultino inadeguate a soddisfare l'attività investigativa richiesta nel caso concreto.

Non è escluso che il controllo di "necessità" induca il Giudice per le indagini preliminari ad applicare il principio del *minor sacrificio* mediante un controllo stringente sulla congruità della modalità di captazione richiesta dal pubblico ministero.

In altre parole, il controllo giurisdizionale si tradurrà in una diretta ingerenza sulle indagini sino a quel momento compiute, ed una prognosi sull'utilità dello strumento investigativo richiesto dal pubblico ministero.

In questa prospettiva è indispensabile il recupero della funzione di garanzia del decreto che autorizza le intercettazioni²²: lo scrutinio dei presupposti per attivare le intercettazioni è quella di affermare in ogni momento il rispetto della legalità del procedimento e non certo quella di prestarsi a facili aggiramenti delle norme di legge per compiacere le richieste del pubblico ministero²³.

2.2.

Il doppio binario per i delitti di criminalità organizzata e il terzo binario per quelli contro la pubblica amministrazione.

Così come "anticipato" dalla sentenza *Scurato*, la disciplina in deroga (prevista per i delitti di cui all'art. 51 c. 3 bis e 3 quater c.p.p.) è stata, *in toto*, estesa anche al captatore informatico²⁴. Il luogo ove viene autorizzata dell'intercettazione, pertanto, risulta, per espressa previsione normativa, "indifferente" ovvero sempre consentito in ossequio alla nuova disposizione di legge (*ex artt.* 266 c. 2 bis c.p.p.). Il Pubblico ministero, inoltre, potrà disporre l'intercettazione tra presenti a mezzo del captatore in via d'urgenza (ai sensi dell'art. 267 c. 2 bis c.p.p.), ma sarà gravato di un duplice onere motivazionale: il primo (preesistente alla riforma) sul "*fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio per le indagini*", ed il secondo orientato sugli elementi che impongono l'urgenza in relazione al traguardo investigativo da raggiungere ovvero "*le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice*"²⁵.

Inoltre, la novella ha, in parte, equiparato la disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di criminalità organizzata a quelli commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica

²⁰ Cfr. pag. 10 della Relazione illustrativa al D.lgs 29 dicembre 2017, n. 216.

²¹ La riforma ha introdotto il c. 1 bis dell'art. 270 c.p.p. che rafforza la disciplina dell'inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge ovvero al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo. V., in dottrina, L. FILIPPI, *L'ispe- perqui-intercettazione "itinerante"*, cit.; Id., *Sub art. 267 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, V ed., p. 2620 ss.; L. GIORDANO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in A.A. V.V., *La riforma delle intercettazioni*, Milano, 2018, p. 45; C. Peloso, *La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo*, in *questa Rivista*, n. 1/2017, p. 149.

²² Secondo la Corte europea, la legge nazionale che disciplina le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni dovrebbe prevedere i casi e i modi dell'intrusione e dovrebbe, altresì, rispondere a caratteristiche tali da poter consentire l'immediata apprensione dei limiti di legittimazione al fine di consentire il controllo. Sul punto cfr. Corte Edu, 29 marzo 2005, Matheron c. Francia; Corte Edu, 15 maggio 2000, Khan c. Regno Unito; Corte Edu, 26 marzo 1987, Leander c. Svezia; Corte Edu, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito. In dottrina v. diffusamente sul tema A. Gaito-S. Furfaro, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, cit., p. 374.

²³ Cfr. Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 50072, in *Giur. it.*, 2010, 12, p. 2649.

²⁴ Per quanto concerne il c.d. decreto d'urgenza del pubblico ministero, l'art. 267 c. 2 bis c.p.p. limita tale evenienza soltanto ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 c. 3 bis e quater c.p.p.

²⁵ Ai sensi dell'art. 267 c. 2 bis c.p.p., il decreto dovrà essere trasmesso al giudice nei termini e con le modalità previste dall'art. 267 c. 2 c.p.p., pena l'inutilizzabilità dei risultati acquisiti.

amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni²⁶.

Pertanto, anche per la suddetta categoria di reati, operano le regole previste all'art. 13 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, ed in particolare quelle relative al periodo di durata maggiore degli ascolti, l'eventualità di attivare l'intercettazione nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. (anche se non vi è fondato motivo che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa) e, da ultimo, la c.d. *disciplina d'urgenza* (ai sensi dell'art. 267 c. 2 c.p.p.).

Per quanto concerne, invece, il captatore informatico, il Legislatore ha ipotizzato una sorta di *terzo binario* che si aggiunge alla disciplina ordinaria e allo statuto previsto per i delitti di criminalità organizzata²⁷. Ed invero, quando si procede per i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la p.a., sarà invece possibile attivarlo nei luoghi di privata dimora solo ove vi sia il pericolo che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

2.3.

L'inutilizzabilità dei risultati conseguiti con il Trojan per la prova di un "reato diverso".

Per neutralizzare la giurisprudenza formatasi sulla c.d. *circolazione extra procedimentale*²⁸, il Legislatore ha ritenuto necessario inserire il c. 1 *bis* nel corpo dell'art. 270 c.p.p. che prevede l'utilizzabilità, ai fini di prova, dei risultati conseguiti con il captatore informatico, soltanto per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo²⁹.

La copiosa giurisprudenza sino ad oggi intervenuta sull'art. 270 c.p.p. ha sempre sostenuto l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni – telefoniche e ambientali – disposte per un titolo di reato per il quale esse sono consentite, anche quando al fatto venga, successivamente, attribuita una diversa qualificazione giuridica³⁰. Il nuovo comma segna un ingiustificato *doppio binario* in tema di utilizzabilità: la sanzione colpisce, per espressa previsione normativa, solo i risultati conseguiti con il captatore informatico e non anche quelli assunti con le diverse modalità di intercettazione.

La dottrina più autorevole ha sempre ritenuto, invece, valido il divieto di utilizzabilità in caso di modifica del titolo del reato in altro che non consente l'intercettazione; il presupposto per la captazione (telefonica e ambientale) dovrebbe non solo sussistere al momento del decreto autorizzativo, ma essere anche riconosciuta dal giudice che, poi, utilizza la prova³¹.

Ad ogni modo, è intuibile che la "clausola generale di chiusura" inserita del comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. "salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza" ha deluso le aspettative della dottrina che attendeva dal Legislatore un segnale di discontinuità rispetto alla giurisprudenza orientata al "recupero" del materiale probatorio.

3.

La perquisizione da remoto.

Il decreto legislativo non è intervenuto per disciplinare la discussa utilizzabilità dei dati acquisiti mediante perquisizione da remoto attraverso il captatore informatico. Come già detto

²⁶ Sul punto, v. in dottrina, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 79 ss.; I. COPPOLA, *Riforma delle intercettazioni. Le nuove disposizioni per i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, in *ilpenalista.it*, 24 gennaio 2018; L. FILIPPI, *Attuazione della delega sulle intercettazioni. Un'altra occasione mancata*, in *ilpenalista.it*, 29 gennaio 2018; L. GIORDANO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2016.

²⁷ A questo proposito D. PRETTI, *op. cit.*, p. 228 rileva che "le forze eccessive cautele mostrate dal legislatore in ordine alla normazione dell'agente intrusore hanno determinato quindi l'insorgenza di una terza disciplina delle intercettazioni, a metà strada tra quella ordinaria e quella speciale per reati di criminalità organizzata e terrorismo, ai quali la limitazione appena citata non si applica".

²⁸ Il termine è utilizzato da D. PRETTI, *Prime riflessioni*, p. 225 per indicare la giurisprudenza secondo cui l'eventuale riqualificazione derubricativa del titolo di reato rispetto al quale è stata autorizzata non pregiudica l'utilizzabilità dei risultati delle operazioni legittimamente disposte in riferimento ad un reato per il quale le medesime erano consentite.

²⁹ Il nuovo 270 c. 1 *bis* c.p.p. testualmente recita "i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato ammesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza".

³⁰ V. in giurisprudenza Cfr. Cass., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 15573, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. VI, 1 marzo 2016, n. 21740, in *C.E.D. Cass.*, n. 266922; Cass., Sez. VI, 05 aprile 2012, n. 19852, in *C.E.D. Cass.*, n. 252870; Cass., Sez. I, 20 febbraio 2009, n. 19852, in *C.E.D. Cass.*, n. 243780; Cass., Sez. I, 19 maggio 2000, n. 24163, in *C.E.D. Cass.*, n. 247943; Cass., Sez. VI, 05 aprile 2012, n. 19852, in *C.E.D. Cass.*, n. 252870.

³¹ Cfr. in dottrina, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazione*, Milano, 1997, p. 198.

in premessa, attraverso l'utilizzo del *Trojan* è consentito al captante verificare anche il contenuto dell'*hard disk*, ed eventualmente ottenere copia totale o parziale dei file ivi contenuti³². L'utilizzo del captatore per perquisire l'archivio di un dispositivo informatico impone di effettuare valutazioni diverse rispetto a quelle sino ad ora esposte sulla intrusione finalizzata ad intercettare flussi di comunicazioni³³. Quest'ultima è limitata alla captazione di informazioni avente contenuto comunicativo e non anche alla mera raccolta di dati "parcheggiati" nella memoria del sistema informatico³⁴.

Se tale attività fosse riconducibile alla "tradizionale" perquisizione, l'interessato avrebbe diritto alla notifica dell'avviso funzionale all'assistenza difensiva (ex art. 365 c.p.p.); l'atto c.d. *garantito*, pertanto, risulterebbe, incompatibile con l'acquisizione *occulta* dei dati contenuti sul supporto informatico³⁵.

La giurisprudenza ha ritenuto utilizzabili i risultati conseguiti con il captatore, qualificando l'atto investigativo al pari di un *mezzo di ricerca della prova atipico* (ai sensi dell'art. 189 c.p.p.), sottraendolo alla disciplina prescritta per la perquisizione, ed alla doppia riserva di legge e di giurisdizione prevista per l'intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche (ex artt. 266 *bis* c.p.p.)³⁶. La sentenza, comunque, ha decretato legittimo il decreto del pubblico ministero avente ad oggetto acquisizione in copia da remoto di documentazione informatica depositata nella memoria di un personal computer³⁷. La Corte non si è spinta ad affrontare il tema dei connessi limiti costituzionali della prova atipica: riserva di legge, riserva di giurisdizione e la tutela del domicilio informatico, quest'ultimo sussumibile sotto il catalogo delle libertà fondamentali di rilievo costituzionale³⁸.

La Corte costituzionale tedesca ha evidenziato i limiti costituzionali e convenzionali dell'attività investigativa compiuta con strumenti di sorveglianza occulta che consentono anche l'acquisizione di dati da remoto³⁹. La norma censurata dalla Corte – finalizzata a rafforzare il contrasto al terrorismo internazionale ed al crimine organizzato – ha attribuito al Ministro dell'Interno tedesco il potere di effettuare l'accesso segreto a sistemi informatici con l'ausilio di programmi c.d. *backdoors*. Con la citata declaratoria di incostituzionalità, infatti, la Corte ha riconosciuto il diritto fondamentale alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici ed ha, nel contempo, evidenziato che tale, invasiva, attività investigativa necessita del controllo giurisdizionale e della preventiva individuazione di presupposti e limiti temporali.

³² Cfr. in dottrina sul punto, R. V. O. VALLI, *La perquisizione informatica e la perquisizione "da remoto"*, in *il penalista.it.*, 18 ottobre 2017.

³³ Così L. GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul captatore informatico*, cit., p. 181.

³⁴ Cfr. in giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 6, D'Amuri, in *Giur. it.*, fasc. 8-9, 2001, p. 1701.

³⁵ L'atto tipico differisce dalla acquisizione *da remoto* anche per le finalità a cui la stessa è diretta: la ricerca *del corpo del reato* o delle *cose pertinenti al reato*. Inoltre, le disposizioni codicistiche in materia di ispezione/perquisizione prevedono il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto, la notifica all'indagato dell'informazione di garanzia, il deposito del verbale in segreteria, il rilascio all'interessato della copia del decreto che dispone la perquisizione. Sulla perquisizione da remoto, v. in dottrina, M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, p. 56; ID., *Sistemi informatici di controllo e riservatezza. Una proposta di regolamentazione del captatore informatico*, in *ilpenalista.it*, 24 agosto 2017.

³⁶ Sulle novità previste dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 106, v. in dottrina, P. DI GERONIMO-L. GIORDANO-A. NOCERA, *La Riforma delle intercettazioni. Commento organico al d.lgs. 29.12.2017, n. 216*, Napoli, 2018; C. Parodi – N. Quaglino, *Intercettazioni: tutte le novità*, in *Officina del diritto. Il penalista*, Milano, 2018.

³⁷ Sul punto, Cfr. Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, VIRRUSO, in *C.E.D. Cass.*, n. 246954 così massimata "È legittimo il decreto del pubblico ministero di acquisizione in copia, attraverso l'installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel "personal computer" in uso all'imputato e installato presso un ufficio pubblico, qualora il provvedimento abbia riguardato l'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del "personal computer" o che in futuro sarebbero stati memorizzati. (Nel caso di specie, l'attività autorizzata dal P.M., consistente nel prelevare e copiare documenti memorizzati sull'"hard disk" del computer in uso all'imputato, aveva avuto ad oggetto non un "flusso di comunicazioni", richiedente un dialogo con altri soggetti, ma "una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico", ossia "un flusso unidirezionale di dati" confinati all'interno dei circuiti del computer; la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione dell'attività di captazione in questione quale prova atipica, sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 ss. cod. proc. pen.)."

³⁸ Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte il computer oggetto della perquisizione da remoto era collocato in luogo aperto al pubblico – in particolare un ufficio comunale – ove sia gli imputati, e gli altri impiegati, avevano accesso per svolgere le loro mansioni.

³⁹ Così *Bunderversfassungsgericht*, 27 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2009, p. 679, con nota di R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bunderversfassungsgericht sulla c.d. on line durchsuchung*. La Corte tedesca, con la suddetta pronuncia, ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni di legge che autorizzavano la polizia federale – limitatamente al delitto di terrorismo internazionale – a ricorrere a misure di sorveglianza "occulte", tra cui la perquisizione da remoto. Sul punto v. in dottrina, v. A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, 11, p. 4236; A. VENEGONI – L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016; L. GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul captatore informatico*, cit., p. 181; F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni on line: tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *questa Rivista*, 3-4/2014; M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenza investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1163; R. V. O. VALLI, *La perquisizione informatica*, cit., p. 6.

L'emergenza terrorismo internazionale ha indotto, successivamente, il Legislatore tedesco ad introdurre una legge con la quale ha assegnato alla polizia federale poteri investigativi di sorveglianza occulta da remoto.

Pertanto, la Corte federale, nel dichiarare incostituzionale anche la suddetta norma, ha evidenziato il "conflitto" tra l'attività di *intelligence* da remoto e il principio di proporzionalità, alla cui stregua va compiuto il bilanciamento tra poteri pubblici e prerogative individuali⁴⁰.

Dello stesso avviso è anche la Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹ che ha fornito importanti indicazioni sui requisiti *qualitativi e contenutistici*⁴² che deve rivestire la normativa nazionale in materia di attività investigativa da remoto. La Corte ha sottolineato la necessità di adottare regole chiare e dettagliate sul tema: stringenti limiti di ammissibilità, durata delle misure di sorveglianza, controllo giurisdizionale e modalità di conservazione dei dati acquisiti⁴³.

I segnali provenienti dall'Europa dovrebbero indurre il *Legislatore* di intervenire quanto prima per fornire una corretta qualificazione giuridica della perquisizione mediante l'introduzione di uno specifico ed autonomo mezzo di ricerca della prova. La regolamentazione dovrebbe, pertanto, introdurre l'autorizzazione motivata del Giudice per le indagini preliminari, e delimitare l'utilizzo del mezzo ad una ristretta categoria di delitti.

Sarebbe auspicabile, altresì, la previsione di modalità e tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali ed impedirne l'alterazione, al fine di garantirne l'attendibilità e consentire, *ex post*, l'esercizio del diritto di difesa sulle operazioni compiute⁴⁴. L'assenza di contraddittorio al momento del compimento dell'atto, e il sacrificio dei diritti coinvolti dall'utilizzo dello strumento informatico, implicherebbe la presenza della giurisdizione per vigilare sul suo corretto utilizzo.

⁴⁰ Bundersverfassungsgericht, I Senato, 20 aprile 2016 – 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09 con nota di A. VENEGONI – L. GIORDANO, *op. cit.*, 8 maggio 2016.

⁴¹ V. sul punto, Corte Edu, 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*.

⁴² L'espressione è utilizzata da A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, p. 2274.

⁴³ Così A. BALSAMO, *op. cit.*, 2277.

⁴⁴ V. sul punto, A. CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione*, cit., p. 1267; M. TORRE, *Il captatore informatico*, cit., p. 149.

Sequestro preventivo e confisca quali strumenti di contrasto del traffico di migranti in ambito europeo e internazionale

Freezing and Confiscation Orders as a Way to Combat the Smuggling of Migrants, in the European and International Context

VERONICA TONDI

*Dottoranda di ricerca presso l'Università LUISS Guido Carli
vtondi@luiss.it*

SEQUESTRO PREVENTIVO, CONFISCA, FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, TRAFFICO DI MIGRANTI, COOPERAZIONE GIUDIZIARIA E DI POLIZIA IN MATERIA PENALE, RECIPROCO RICONOSCIMENTO

FREEZING ORDERS, CONFISCATION ORDERS, SMUGGLING, TRAFFICKING, JUDICIARY AND POLICE COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS, MUTUAL RECOGNITION OF FREEZING AND CONFISCATION ORDERS

ABSTRACT

Nel contrasto del traffico di migranti attraverso gli strumenti penalistici, il sequestro preventivo e la confisca dei mezzi impiegati per la commissione del reato e dei proventi dello stesso rivestono un ruolo particolarmente significativo. La necessità di fronteggiare delitti spesso commessi da soggetti appartenenti ad organizzazioni criminali operanti in una pluralità di Stati, e le quali agiscono in modo tale da eludere la giurisdizione dello Stato di arrivo dei migranti, rendono indispensabili forme di cooperazione in ambito europeo e internazionale.

Il presente lavoro prende in esame gli aspetti di tale collaborazione ritenuti di maggiore rilievo, cercando di porre in evidenza alcuni profili problematici connessi alle peculiari caratteristiche del fenomeno criminoso in esame.

Freezing and confiscation orders play a significant role as a way to combat smuggling.

The need to deal with crimes which are committed by members of organizations operating in more than a State, and acting in such a way as to evade the jurisdiction of the State of arrival of migrants, makes cooperation at European and international level fundamental.

This work examines some relevant aspects of this kind of cooperation, seeking to highlight the most problematic issues connected

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il sequestro preventivo di natanti e l'esercizio di poteri coercitivi in mare, tra diritto internazionale, diritto interno e linee guida. – 3. Le principali forme di cooperazione in ambito europeo. – 4. EUNAVFOR MED. – 5. Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca: cenni. – 6. Considerazioni conclusive.

1.

Introduzione

La prevenzione e la repressione, attraverso gli strumenti penalistici, delle attività illecite connesse al traffico di migranti nel Mediterraneo, nelle forme del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (*"smuggling"*) e della tratta di persone e riduzione in schiavitù (*"trafficking in human beings"*), presentano caratteri di elevata complessità. In questa materia, infatti, è necessario confrontarsi con reati di natura transnazionale, commessi in una pluralità di Stati o in acque internazionali, e coinvolgenti organizzazioni criminali frequentemente operanti e aventi i propri centri organizzativi in Paesi extraeuropei.

In tale quadro, un ruolo senza dubbio significativo rivestono il sequestro preventivo dei mezzi impiegati per la perpetrazione degli illeciti, nonché la confisca – e il sequestro preventivo alla stessa finalizzato – dei proventi del reato; per le ragioni appena indicate, essenziali sono, in materia, le forme di cooperazione in ambito internazionale ed europeo. Si prenderanno pertanto in esame, in relazione in particolare allo *smuggling* – e quindi, nell'ordinamento italiano, essenzialmente al delitto di cui all'articolo 12 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, spesso quale reato scopo del delitto di cui all'art. 416 c.p. – i profili di tale collaborazione ritenuti più rilevanti.

2.

L'esercizio di poteri coercitivi in mare, tra diritto internazionale, diritto interno e linee guida

Nell'analisi del tema oggetto del presente lavoro, una prima questione meritevole di attenzione concerne la possibilità per lo Stato rivierasco di esercitare poteri coercitivi nei confronti delle imbarcazioni utilizzate per il trasporto illecito dei migranti, in considerazione della possibile natura prodromica degli stessi rispetto all'applicazione delle suddette misure.

Non sarà oggetto di esame, in questa sede, il tema degli orientamenti sviluppati dalla giurisprudenza italiana con finalità di determinazione della sussistenza della giurisdizione italiana, a fronte delle peculiari modalità di commissione del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in particolare via mare. Basti ricordare, in proposito – per una migliore comprensione di quanto sarà di seguito esposto – che l'attività criminosa di cui si tratta è spesso caratterizzata dal trasbordo di migranti in acque internazionali dalla nave principale ad altra di dimensioni inferiori, incaricata della prosecuzione del viaggio, con finalità di attivazione dei soccorsi delle autorità italiane e di elusione della giurisdizione dello Stato rivierasco da parte della "nave madre"¹.

Si intende invece trattare più approfonditamente la questione dell'esercizio di poteri coercitivi e di applicazione di misure cautelari in spazi non soggetti alla giurisdizione del nostro Stato, nei confronti di navi battenti bandiera non italiana, bensì straniera, o anche priva di bandiera. Si deve infatti considerare come, nella realizzazione di condotte delittuose del tipo di quelle sopra descritte, la nave "madre", che effettua la prima parte del trasporto dei migranti, proprio al fine di eludere la giurisdizione e i poteri dello Stato rivierasco, sia frequentemente priva di bandiera, o comunque battente una bandiera di comodo².

Si può quindi prendere le mosse dal riferimento ad un caso recente, quello del sequestro preventivo applicato nei confronti della nave Iuventa, battente bandiera olandese e operante per conto dell'ONG tedesca Jugend Rettet.

¹ Si può fare riferimento in materia, tra le altre pronunce, a Cass. Pen., sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, su cui v. GILBERTO, A., *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2014; Cass. Pen., sez. I, 11 marzo 2014 (dep. 5 maggio 2014), n. 18354; Cass. Pen., sez. I, 10 dicembre 2014 (dep. 23 gennaio 2015), con nota di CATALDI, G., *Giurisdizione e intervento in alto mare su navi impegnate nel traffico di migranti*, in *Giur. it.*, 2015, 1.

² DI CHIARA, G., *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1, pp. 6-7.

Come si evince, infatti, dal decreto di sequestro emesso dal G.I.P. presso il Tribunale di Trapani, sono stati ritenuti sussistenti gravi indizi relativi alla commissione del reato di cui all'art. 12, comma 3, lett. a) e d), e comma 3-*bis*, d. lgs. n. 286 del 1998: secondo il provvedimento, invero, era emerso dall'attività d'indagine il compimento da parte di membri dell'equipaggio della motonave di atti di trasporto di migranti sulle coste italiane, in particolare attraverso il loro trasferimento sulle imbarcazioni di altre ONG, anche in assenza di situazioni di pericolo immediato e sulla base di accordi con i trafficanti libici³, alla cui organizzazione e ai cui metodi e finalità è stata comunque indicata l'estraneità dei soccorritori.

Il G.I.P. ha quindi ritenuto che sussistesse il *periculum in mora*, individuato nel pericolo di reiterazione dell'illecito connesso alla persistente disponibilità del natante, considerato corpo del reato⁴, e che comunque il sequestro potesse essere fondato sull'art. 321, 2° comma, c.p.p., prevedendo il comma 4-*ter* dell'art. 12 d. lgs. n. 286 del 1998 la confisca obbligatoria del mezzo impiegato per la commissione delle fattispecie di cui ai commi 1 e 3⁵.

L'adozione del provvedimento di sequestro è stata inoltre reputata legittima alla luce del diritto internazionale, e in particolare delle previsioni dell'art. 27 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 e delle disposizioni della Convenzione di Palermo del 2000 in materia di criminalità organizzata transnazionale⁶.

Nel caso in esame, il G.I.P. ha invero ritenuto che le condotte illecite poste in essere in violazione dell'art. 12 d. lgs. n. 286 del 1998, in cui si sarebbe realizzato il concorso di esponenti dell'ONG tedesca, non solo fossero tali da produrre conseguenze nello Stato italiano e da turbare il buon ordine del mare territoriale, ma fossero altresì state ideate ed organizzate da sodalizi criminosi libici dotati delle caratteristiche indicate" dall'art. 2 della Convenzione di Palermo, "attivi in più Stati mediante una serie di condotte illecite prettamente transnazionali"⁷.

Proseguendo, quindi, in una più generale analisi delle norme di diritto internazionale che vengono in considerazione in tale materia, con riguardo all'esercizio di poteri coercitivi nei confronti della nave straniera o priva di bandiera può farsi riferimento essenzialmente a due disposizioni: l'art. 110 della sopra citata Convenzione di Montego Bay del 1982, e l'art. 8 del Protocollo n. 4 alla Convenzione di Palermo del 2000, concernente il "traffico di migranti per terra, mare e aria".

La prima delle norme richiamate non contempla il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina tra quelli per cui è ammesso l'abbordaggio in alto mare nei confronti di una nave straniera - salvo che, come è stato osservato, si interpreti in maniera particolarmente estensiva il riferimento alla "tratta degli schiavi"⁸ - consentendo tuttavia l'esercizio del "diritto di visita" nei confronti dell'imbarcazione che sia priva di bandiera, o a cui debba sostanzialmente riconoscersi la medesima nazionalità del natante che pone in essere l'abbordaggio.

Contempla invece il delitto di traffico di migranti l'art. 8 del Protocollo n. 4 di cui sopra, che - ai par. 2 e 7 - consente l'esercizio di poteri di fermo e di ispezione della nave tanto straniera, quanto priva di bandiera, qualora lo Stato parte interessato abbia ragionevoli motivi di sospettare che l'imbarcazione sia coinvolta nel traffico di migranti. Se, inoltre, il sospetto è confermato da prove, il medesimo Stato adotta le "misure opportune", conformemente al proprio diritto interno e al diritto internazionale. Nell'ipotesi in cui si tratti di nave straniera, le misure indicate devono essere autorizzate dallo Stato di bandiera⁹.

³ Trib. di Trapani, Ufficio G.I.P., decreto di sequestro preventivo del 2 agosto 2017, pp. 128-130.

⁴ *Ivi*, pp. 144-145.

⁵ *Ivi*, p. 145.

⁶ Convenzione e Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

⁷ *Ivi*, p. 147. Mentre, infatti, l'art. 27 della Convenzione di Montego Bay del 1982 consente l'esercizio della giurisdizione penale sulla nave straniera in transito nel mare territoriale quando, tra l'altro, il reato sia produttivo di conseguenze anche nel territorio dello stesso Stato o sia tale da turbare il buon ordine del mare territoriale, l'art. 12 della Convenzione di Palermo dispone che gli Stati parte prevedano misure di sequestro e confisca dei beni e degli altri strumenti impiegati per la commissione di reati rientranti nell'ambito di applicazione del medesimo trattato, e quindi puniti con la privazione della libertà personale di durata non inferiore nel massimo a quattro anni, di natura transnazionale e posti in essere da un gruppo criminale organizzato.

⁸ V. in proposito CATALDI, G., *Giurisdizione e intervento in alto mare su navi impegnate nel traffico di migranti*, cit., pp. 1501-1502.

⁹ *Ibidem*. Alla possibilità, anche ad opera di natanti della Marina Militare, di esercitare i poteri di cui sopra al di fuori delle acque territoriali, nei confronti della nave battente bandiera nazionale o di altro Stato, o con bandiera di convenienza o priva di bandiera, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, fa invero riferimento, nell'ordinamento interno, il comma 9-*quater* dell'art. 12 d. lgs. n. 286 del 1998. Il comma 9-*bis* del medesimo articolo attribuisce invece alle navi in servizio di polizia poteri di fermo e ispezione delle imbarcazioni del cui coinvolgimento nel traffico di migranti si abbia fondato motivo di sospettare, all'interno delle acque territoriali o della zona contigua.

Con riferimento al tema oggetto del presente contributo, la rilevanza di tali poteri coercitivi, nella particolare prospettiva dell'adozione in sede cautelare delle misure conseguenti, è stata posta in luce dalle linee guida di intervento in acque internazionali della Direzione Nazionale Antimafia¹⁰; può essere interessante rilevare come in queste ultime si sia ritenuto che l'art. 8 del Protocollo in materia di traffico di migranti per terra, mare e aria faccia riferimento non ad un semplice "diritto di visita", del tipo di quello contemplato dall'art. 110 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, bensì "a poteri tipici dell'esercizio della giurisdizione"¹¹.

Le medesime linee guida, inoltre, hanno fornito indicazioni interpretative in merito alle modalità in cui le "prove" menzionate dall'art. 8 del Protocollo sopra citato¹² devono essere intese, dovendo gli stessi assimilarsi ai "gravi, concreti e obiettivi indizi validi in sede cautelare"¹³.

La sussistenza di tali indizi è stata peraltro intesa come tale da fondare non una mera facoltà, ma un vero e proprio obbligo di adozione da parte delle competenti autorità dello Stato interessato delle misure opportune, e in particolare del sequestro del natante¹⁴. Anche la Corte di Cassazione si è espressa nel senso della legittimità, sulla base degli interventi normativi sopra citati, dell'esercizio di poteri coercitivi di natura personale e reale, sfociati in misure di arresto e di sequestro¹⁵.

3. Le principali forme di cooperazione in ambito europeo

In tema di sequestro preventivo e di confisca – relativi, per i reati di cui si tratta, ai mezzi di trasporto impiegati, ai proventi economici dei delitti, e ancora alle utilità e ai beni oggetto di confisca per equivalente e cd. "estesa" – di particolare rilevanza, in considerazione del carattere transnazionale dei reati in considerazione, sono come si è osservato le forme di cooperazione interne all'Unione Europea, con riferimento tanto alla ricerca ed individuazione dell'oggetto della misura da applicare, quanto alla cooperazione giudiziaria e al reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e delle decisioni di confisca.

Come è noto, infatti, l'Unione ha scelto di dotarsi di una politica comune dell'immigrazione¹⁶.

Si possono quindi prendere in considerazione, in primo luogo, le forme di collaborazione esistenti sui piani del controllo delle frontiere e dello scambio di informazioni, funzionali, tra l'altro, alla raccolta di dati ed elementi utili ai fini dell'applicazione di misure cautelari reali. Basti pensare, in proposito, alle esigenze di sorveglianza dell'intera parte di mare interessata dal fenomeno del traffico di migranti, con finalità di individuazione anche del legame esistente tra le diverse imbarcazioni utilizzate nella commissione dei delitti di cui si tratta¹⁷.

In particolare, con il Regolamento (CE) n. 2007/2004, modificato con il Regolamento (UE) n. 1168/2011, è stata introdotta l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere (Frontex); successivamente, con il Regolamento (UE) n. 2016/1624, tale Agenzia è stata sostituita dall'Agenzia europea della guardia di costiera e frontiera.

Alla menzionata Agenzia, come si evince dall'art. 4 del Regolamento da ultimo citato, sono stati attribuiti essenzialmente poteri di monitoraggio dei flussi migratori e analisi del rischio, di controllo delle frontiere, di raccolta di informazioni, di coordinamento delle operazioni marittime – ad esempio di quelle poste in essere dall'Italia, dalla Grecia e dalla Spagna – e delle operazioni alle frontiere esterne terrestri, di coordinamento di operazioni congiunte. Peraltro, secondo quanto enunciato nel considerando n. 46) del citato Regolamento, l'Agenzia

¹⁰ DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA, *Associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento*, 2014-2015.

¹¹ *Ivi*, p. 26.

¹² Si tratta delle "prove" tali da confermare il sospetto di coinvolgimento dell'imbarcazione nel traffico di migranti: v. *supra*, p. 4.

¹³ Cfr. le linee guida della Direzione Nazionale Antimafia sopra citate, p. 26.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ V. Cass. Pen., sez. I, 23 maggio 2014, n. 36052 e id., 23 maggio 2014, n. 36054, secondo cui "l'arresto e il sequestro sono stati correttamente eseguiti secondo le norme interne e, come detto, rispondono alle previsioni del diritto internazionale, che di regola annette all'esercizio della giurisdizione, quale espressione di sovranità, l'adozione dei provvedimenti, appunto, giurisdizionali precautelari e cautelari, di polizia, come previsti dai singoli ordinamenti interni purché non configgenti con principi fondamentali universalmente riconosciuti".

¹⁶ V. art. 79 TFUE.

¹⁷ V. in proposito DI CHIARA, G., *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona*, cit., p. 9.

dovrebbe agire anche su uno dei piani più problematici, come si avrà modo di illustrare, della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia, rappresentata dal coordinamento con le autorità di Paesi terzi, e in particolare di quelli di provenienza dei migranti trasportati, e di messa in contatto di questi ultimi con gli Stati membri dell'Unione.

Inoltre, l'Agenzia può dispiegare squadre della guardia di costiera e frontiera¹⁸.

Il ruolo svolto da Frontex nel controllo delle frontiere ha trovato espressione, in modo particolare, nell'operazione *Triton*, lanciata nel 2014. Mentre la precedente operazione *Mare Nostrum*, intrapresa dall'Italia a seguito del drammatico episodio verificatosi al largo di Lampedusa nella data del 3 ottobre 2013, e da cui derivò la morte di oltre 350 persone, era qualificabile come di natura nazionale, pur essendo la stessa conforme ai principi e alle norme di diritto dell'Unione Europea in materia, l'operazione *Triton* è stata lanciata ed è finanziata dalla stessa Unione. Si è inoltre rilevato come *Triton* non presenti il carattere spiccatamente umanitario che era proprio di *Mare Nostrum*, prevalendo l'istanza di controllo delle frontiere, seppure nel rispetto delle esigenze di protezione delle vite umane coinvolte¹⁹.

A seguito di un nuovo disastro avvenuto nella notte tra il 18 e il 19 aprile 2015, e coinvolgente un peschereccio partito dalla Libia e affondato durante le operazioni di soccorso, con Decisione del Consiglio del 18 maggio 2015 l'ambito territoriale di estensione del mandato conferito a Frontex in relazione all'operazione *Triton* è stato peraltro ampliato dalle originarie 30 alle 138 miglia a Sud delle coste della Sicilia. Con la medesima decisione, è intervenuto altresì il lancio della nuova operazione militare *EUNAVFOR MED*, che sarà approfondita più avanti.

Con riferimento allo scambio di dati e informazioni, di particolare interesse in questa sede quale presupposto dell'adozione di misure cautelari reali, il considerando n. 42) del Regolamento del 2016 fa inoltre riferimento alla necessità che l'Agenzia sviluppi e renda operativi sistemi di informazione che agevolino uno scambio regolare, rapido ed efficace di notizie tra gli Stati membri, conformemente alla normativa dell'Unione in materia di protezione dei dati; inoltre, l'art. 10 dello stesso atto normativo impone lo scambio di informazioni tempestivo e accurato tra l'Agenzia europea e le autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere, ai fini del migliore esercizio dei compiti stabiliti dall'atto normativo considerato, e l'art. 42 dispone lo sviluppo di un sistema informativo che permetta la circolazione di dati e notizie con tali interlocutori e con la Commissione europea.

In fase di indagini, un supporto agli Stati membri, anche rispetto al reciproco coordinamento e agli scambi con l'Unione Europea e i suoi organismi, proviene anche da Europol, la cui istituzione risale, come è noto, al 2009, e nel cui ambito di competenza rientrano, tra gli altri, l'organizzazione clandestina dell'immigrazione e la tratta di esseri umani, nonché i reati a questi connessi, in applicazione dell'art. 3, par. 2, del Regolamento (UE) 2016/794²⁰.

Peraltro, a seguito del Trattato di Lisbona, Europol dispone di poteri che assumono particolare rilevanza con riguardo alla materia oggetto di considerazione: difatti, dal 10 dicembre 2014 tale organismo ha accesso al Sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II)²¹, che consente alle autorità doganali, di polizia e di controllo delle frontiere lo scambio di informazioni su persone che potrebbero essere coinvolte in reati gravi, nonché su mezzi di trasporto, banconote, documenti che potrebbero essere stati falsificati o rubati. Tale sistema di seconda generazione - dotato di un apparato centrale e di sistemi collocati nei diversi Stati dell'area Schengen, posti in collegamento con quello centrale - rispetto al sistema informativo originario istituito nel 1995, presenta caratteristiche maggiormente avanzate, potendo esservi inseriti anche dati biometrici e relativi a beni quali aeromobili e natanti.

Inoltre, in conformità con la decisione 2008/633/GAI del Consiglio, in materia di "accesso per la consultazione al sistema di informazione visti (VIS) da parte delle autorità designate degli Stati membri e di Europol ai fini della prevenzione, dell'individuazione e dell'investigazione di reati di terrorismo e altri reati gravi", Europol può richiedere l'accesso ai dati contenuti nel sistema VIS, ai fini della prevenzione, individuazione ed investigazione di reati gravi²², tra cui anche il favoreggiamento dell'immigrazione e del soggiorno irregolari. Nel considerando n. 4) della decisione da ultimo citata, infatti, si dà atto del ruolo fondamentale svolto

¹⁸ Cfr. l'art. 3 del citato Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁹ CATALDI, G., *Giurisdizione e intervento in alto mare su navi impegnate nel traffico di migranti*, p. 1500.

²⁰ KOSTORIS, R. E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè 2017, p. 237 e ss.

²¹ *Ivi*, pp. 239-240.

²² *Ibidem*.

da Europol nel coordinamento delle indagini relative a reati transfrontalieri.

Con specifico riferimento al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, nel 2016 Europol ha per di più istituito lo European Migrant Smuggling Center (EMSC). Quest'ultimo, a titolo esemplificativo, nel 2016 ha assistito una Squadra Investigativa Comune costituita dall'Ungheria e dalla Slovacchia nello svolgimento di attività di indagine nei confronti di un'associazione criminale composta da afgani, ungheresi e slovacchi, responsabile dell'illecito trasporto di migranti via terra dal territorio ungherese a quello tedesco²³.

Lo scambio in tempo reale di informazioni ed il controllo incrociato dei dati si sono rivelati fondamentali anche in altri casi, come quello delle indagini svolte, ancora nell'anno 2016, sul traffico di migranti lungo la traiettoria dei Balcani occidentali²⁴.

Peraltro, lo European Migrant Smuggling Center ha al proprio interno anche il JOT Mare (Joint Operational Team Mare), costituito mediante l'unione di esperti provenienti da alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, con finalità di contrasto dei *network* dediti al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare; i suoi componenti sono dotati di specifiche competenze in materia di analisi e scambio di dati e di informazioni, per consentire allo EMSC una più efficace azione in materia di esame di notizie, di verifica incrociata dei dati, di fornitura di supporto tecnico²⁵.

Si deve quindi richiamare il ruolo svolto, nel sistema di cooperazione in esame, da Eurojust, Agenzia istituita, come è noto, con Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, modificata dalla Decisione 2009/426/GAI del Consiglio al fine di rafforzare la cooperazione ed il coordinamento tra le autorità nazionali nella lotta a gravi forme di criminalità transnazionale che interessino l'Unione Europea. Come si evince anche dalla relazione sull'attività svolta da tale organismo nel 2016²⁶, Eurojust fornisce supporto alle indagini in materia di traffico di migranti e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina anche mediante un centro tematico dedicato, coinvolto, tra l'altro, nell'analisi della normativa e della giurisprudenza degli Stati membri – in particolare Italia, Grecia e Francia – e nell'individuazione di proposte di miglioramento e *best practices*.

Ancora nell'anno 2016, di indubbia rilevanza sono state alcune riunioni di coordinamento in materia, a cui Eurojust ha partecipato, e che – come si avrà modo di illustrare più ampiamente in seguito – hanno consentito di porre in luce tanto gli elementi positivi, quanto le criticità riferibili alla cooperazione in ambito europeo in materia di “*smuggling*”. Si tratta, in particolare, della riunione tenutasi nel febbraio 2016 e denominata “*Judicial challenges arising from illegal immigrant smuggling* (Sfide giudiziarie derivanti dal traffico di immigrazione clandestina)”, nonché dell'incontro operativo con rappresentanti di Francia, Regno Unito, Belgio e Paesi Bassi svoltosi nell'aprile 2016 sul tema del traffico di immigrazione irregolare nell'area del Mare del Nord. Per quanto interessa in questa sede, nel corso di tale ultima riunione è stata posta in luce dagli Stati partecipanti l'esigenza di miglioramento dello scambio informativo a supporto delle indagini finanziarie, relative ai capitali che costituiscono il provento dell'attività criminosa²⁷.

4.

EUNAVFOR MED

Un particolare approfondimento merita, in considerazione del tema proprio del presente lavoro, la sopra menzionata missione *EUNAVFOR MED*, diretta, come indicato nella Decisione (PESC) 2015/788 del Consiglio dell'Unione Europea, a “smantellare il modello di business delle reti del traffico e della tratta di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale (*EUNAVFOR MED*) adottando misure sistematiche per individuare, fermare e mettere fuori uso imbarcazioni e mezzi usati o sospettati di essere usati dai passatori o dai trafficanti”²⁸.

Tale operazione è caratterizzata dall'individuazione di una pluralità di fasi.

La prima, avviata il 22 giugno 2015, ha avuto ad oggetto essenzialmente attività di *intelligence* e di sorveglianza dell'alto mare. A seguito della conclusione di questa prima fase, è stata

²³ Europol supports Hungarian-Slovakian Team in Dismantling Migrant Smuggling Network, in www.europol.europa.eu.

²⁴ 39 Migrant Smugglers Arrested during Sirocco-2 Action Day along Western-Balkan Route, in www.europol.europa.eu.

²⁵ V. www.europol.europa.edu/

²⁶ EUROJUST, *Relazione annuale 2016*, in www.europol.europa.eu, p. 32.

²⁷ *Ivi*, p. 33.

²⁸ Art. 1 della Decisione (PESC) 2015/788 del Consiglio del 18 maggio 2015.

prevista la confluenza di tale attività di *intelligence* nell'ambito del "Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015-2020)", in particolare nella forma della cooperazione con JOT Mare, alla cui attività si è precedentemente fatto cenno²⁹.

La seconda fase, maggiormente operativa, prevede invece l'esercizio di poteri di ispezione, fermo, sequestro e dirottamento di natanti sospettati di coinvolgimento nelle attività di traffico di migranti. In particolare, la prima parte di tale fase, rinominata *Sophia*, che ha avuto inizio il 7 ottobre 2015, contempla l'esercizio dei poteri suindicati in alto mare, in conformità con il diritto internazionale applicabile, e specificamente con la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 e il Protocollo in materia di traffico di migranti allegato alla Convenzione di Palermo del 2000. La seconda parte della medesima fase ha invece ad oggetto ancora i poteri di ispezione, fermo, sequestro e dirottamento delle navi, consentiti in alto mare come nelle acque territoriali o interne dello Stato costiero, seppure nel rispetto delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite applicabili o dell'autorizzazione dello Stato interessato³⁰.

È quindi intervenuta, subito dopo l'avvio della prima parte della seconda fase dell'operazione, la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 2240 del 2015, che ha autorizzato gli Stati membri dell'ONU al compimento di operazioni nel Mar Mediterraneo, e specificamente al largo delle coste della Libia. Per quanto è di interesse in questa sede, si è rilevato come le previsioni dei par. 7 e 8 della medesima Risoluzione abbiano avvicinato il "diritto di visita" previsto nei confronti di imbarcazioni sospettate di coinvolgimento nel traffico di migranti a quello stabilito dal diritto internazionale relativamente alle navi pirata.

Difatti, il par. 7 della Risoluzione ha autorizzato gli Stati membri dell'ONU, per il periodo di un anno dall'approvazione dell'atto, alla visita e all'ispezione, in acque internazionali al largo delle coste libiche, di imbarcazioni rispetto a cui sussista un ragionevole sospetto di coinvolgimento nel trasporto illegale di migranti o nel traffico di esseri umani a partire dalla Libia, anche senza il consenso dello Stato di bandiera, in deroga alle previsioni della citata Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, purché gli Stati che esercitino i poteri suindicati o le organizzazioni internazionali di appartenenza abbiano previamente posto in essere un tentativo "di buona fede" di conseguimento di tale consenso.

Inoltre, il par. 8 del provvedimento ha autorizzato gli Stati membri e le relative organizzazioni regionali di appartenenza, ancora per il periodo di un anno dall'entrata in vigore dell'atto, al sequestro dei natanti nei cui confronti sia stato esercitato il "diritto di visita", qualora sia stato confermato il sospetto di impiego per la commissione di reati di trasporto illecito di migranti e tratta di esseri umani.

La valenza pratica delle previsioni dei par. 7 e 8, tuttavia, è stata ridimensionata, in ragione del più frequente coinvolgimento nei reati in considerazione di imbarcazioni prive di bandiera, nei cui confronti la Risoluzione, ai par. 5 e 6, ha esortato l'esercizio dei poteri di visita e sequestro in conformità con le norme di diritto internazionale applicabili³¹.

In una terza fase dell'operazione *EUNAVFOR MED*, si è quindi prevista, conformemente alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite applicabili o al consenso dello Stato costiero interessato, l'adozione di tutte le misure necessarie, nel territorio del medesimo Stato, nei confronti delle imbarcazioni sospettate di essere impiegate per il traffico e la tratta di esseri umani, anche mediante la loro eliminazione³².

Dell'operazione appena illustrata sono stati posti in luce elementi apprezzabili, individuati tra l'altro nella cooperazione di una pluralità di Stati e delle agenzie dell'Unione Europea in un ambito tradizionalmente caratterizzato dalla limitazione degli interventi a quelli posti in essere dall'Italia, come anche alcuni limiti³³.

Questi ultimi sono in particolare individuati, in primo luogo, nel fatto che le operazioni previste sono state riferite alla sola tratta libica, non essendosi prese in considerazione altre rotte, quasi quella egiziana, interessate dal fenomeno del traffico dei migranti; peraltro, anche le disposizioni della sopra menzionata Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni

²⁹ Cfr. LICASTRO, G., *EUNAVFOR MED – operazione Sophia: brevi e mirati spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, pp. 1-2.

³⁰ *Ivi*, pp. 2-3; v. anche RAGAZZI, F., *Nuove esperienze nell'indagine e nella repressione del traffico di migranti: dalla dimensione nazionale a un approccio europeo*, in www.europeanrights.edu, 2016, pp. 11-12.

³¹ ASPIDI, A., *La risoluzione 2240 del consiglio di sicurezza e l'impatto su EUNAVFOR MED*, in croie.luiss.it.

³² V. artt. 1 e 2 della rettifica parziale della Decisione (PESC) 2015/788, del 28 maggio 2015.

³³ V. RAGAZZI, F., *Nuove esperienze nell'indagine e nella repressione del traffico di migranti: dalla dimensione nazionale a un approccio europeo*, cit., p. 12.

Unite sono state giudicate, come si è accennato, di portata piuttosto limitata³⁴.

Si è altresì evidenziato come le operazioni di cui alla missione in esame rivestano carattere essenzialmente militare e temporaneo, in una materia di primario rilievo penale, senza che siano state risolte difficoltà quali soprattutto, per quanto di interesse in questa sede, proprio la determinazione della sussistenza della giurisdizione dei diversi Stati membri dell'Unione, secondo regole definite e reciprocamente accettate³⁵. In proposito, è peraltro intervenuto il Rapporto conclusivo del Gruppo di lavoro sul traffico di migranti, operante a Vienna dal 18 al 20 novembre 2015, che ha raccomandato agli Stati di stabilire la giurisdizione, "in conformità con la legge internazionale, su condotte di tratta dei migranti in acque internazionali che coinvolgono imbarcazioni senza bandiera, inclusi episodi in cui il trasporto dei migranti a riva da parte dei soccorritori è il risultato di azioni deliberate dei trafficanti mirate al sollecito del soccorso dei migranti"³⁶.

Infine, si è ritenuto necessario agire sul miglioramento, in termini di rapidità ed efficienza, della trasmissione di informazioni dalle forze di polizia o dalle agenzie dell'Unione Europea coinvolte, quali Europol e l'Agenzia europea della guardia di costiera e frontiera³⁷.

5. Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca: cenni

È infine necessario prendere in considerazione, seppure brevemente, un importante strumento di cooperazione in ambito europeo in materia anche di traffico di migranti, quello del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca.

Diversi sono stati gli atti normativi adottati nel tempo in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di sequestro e confisca³⁸.

Con riguardo all'ordinamento europeo, se, sulla base della Decisione quadro 2001/500/GAI, gli Stati membri erano stati obbligati a prevedere forme di confisca per i reati sanzionabili con pena detentiva superiore nel massimo ad un anno, e ad accordare alle richieste di assistenza relative all'individuazione, alla ricerca, al sequestro e alla confisca di beni inoltrate da altri Stati membri la medesima priorità riconosciuta nell'ambito delle procedure nazionali³⁹, si deve rilevare come la prima vera forma di reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro, probatorio e preventivo finalizzato alla confisca, si sia avuta con la decisione quadro 2003/577/GAI. Tale atto, infatti, costituisce la prima forma di attuazione, nel settore degli interventi coercitivi *in rem*, del principio del reciproco riconoscimento sancito nel vertice del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, con superamento del tradizionale modello fondato sulla cooperazione intergovernativa e quindi sullo strumento della rogatoria internazionale⁴⁰.

La Decisione in esame, invero, è stata adottata al fine di dare vita ad un meccanismo semplificato di cooperazione concernente la fase cautelare del sequestro o del "blocco" del bene, da intendersi come tali da ricomprendere ogni provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria al fine di impedire, in via provvisoria, le operazioni di distruzione, trasformazione, spostamento o alienazione dei beni. Con riferimento a questi ultimi, l'art. 2, lett. d), della Decisione precisa che deve trattarsi di cose materiali o immateriali, mobili o immobili, che siano ritenute dall'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione quali costituenti il prodotto del reato, ovvero come beni di valore equivalente al prodotto, o ancora come oggetto o strumento dell'illecito⁴¹.

³⁴ *Ivi*, p. 13; v. anche LICASTRO, G., *EUNAVFOR MED – operazione Sophia: brevi e mirati spunti di riflessione*, cit., p. 3.

³⁵ RAGAZZI, F., *Nuove esperienze nell'indagine e nella repressione del traffico di migranti: dalla dimensione nazionale a un approccio europeo*, cit., p. 14.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ LICASTRO, G., *EUNAVFOR MED – operazione Sophia: brevi e mirati spunti di riflessione*, cit., pp. 6-7.

³⁸ Si possono menzionare, in particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope adottate a Vienna il 20 dicembre 1988 e ratificata con legge n. 328 del 1990; la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, stipulata a Strasburgo l'8 novembre 1990 e ratificata con legge n. 328 del 1993; la Convenzione di Palermo del 2000: v. MARANDOLA, A., *Considerazioni minime sulla Dir. 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato fra gli Stati dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1, pp. 1122-1123.

³⁹ FURCINITI, G., FUSTAGLI, D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, Padova-Assago, CEDAM-Wolters Kluwer 2016.

⁴⁰ *Ivi*, p. 101.

⁴¹ KOSTORIS, R. E., *Manuale di procedura penale europea*, cit., pp. 425-426.

Pertanto, si è rilevato come, con riferimento al sequestro preventivo, il principio del mutuo riconoscimento sia stato riferito alle decisioni concernenti l'applicazione della misura finalizzata alla confisca diretta o per equivalente, ma non anche alle forme di confisca "allargata", quale quella prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 12-*sexies* d. l. n. 306 del 1992, convertito in legge n. 356 del 1992⁴². Si è pertanto individuata l'emersione di un'incongruenza rispetto alla disciplina del mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca di cui alla Decisione quadro 2006/783/GAI, che ha esteso la nozione di bene fino a ricomprendervi le cose che possono formare oggetto dei poteri "estesi" di confisca previsti dall'art. 3 della Decisione quadro 2005/212/GAI⁴³.

Con specifico riferimento alla materia oggetto del presente lavoro, rilevante è la previsione, da parte della Decisione quadro in esame, di una deroga al principio della "doppia incriminabilità" – che richiede che nello Stato di esecuzione della decisione sia consentito il sequestro in relazione ai fatti per cui si procede, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica – per alcuni reati, elencati all'art. 3, tra cui la partecipazione ad un'organizzazione criminale, purché sanzionati nello Stato di emissione con pena privativa della libertà personale non inferiore nel massimo a tre anni⁴⁴.

Alla Decisione quadro è stata data attuazione da parte dello Stato italiano, con oltre dieci anni di ritardo, mediante il d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, tale da trovare applicazione tanto rispetto al sequestro probatorio, quanto relativamente al sequestro preventivo finalizzato alla confisca. Il legislatore italiano ha scelto di delimitare la nozione di confisca rilevante ai fini dell'applicazione della nuova disciplina: all'art. 2 del citato decreto legislativo si precisa che i provvedimenti interessati sono quelli aventi ad oggetto il corpo del reato, le cose pertinenti al reato e le cose che possono formare oggetto di confisca ai sensi dell'articolo 240 c.p.

Con il decreto in esame, il legislatore italiano ha inteso disciplinare essenzialmente il processo di riconoscimento ed esecuzione in Italia delle decisioni adottate all'estero, affidate al Procuratore della Repubblica, e tali, nell'ipotesi di sequestro finalizzato alla confisca, da fare salvo il rispetto della disciplina del sequestro preventivo finalizzato alla confisca contenuta nel codice di procedura penale italiano, ad esempio attraverso la previsione della trasmissione della richiesta, da parte del Procuratore, al Giudice per le indagini preliminari (art. 5 del decreto citato). Si estende inoltre ai provvedimenti di riconoscimento ed esecuzione la disciplina delle impugnazioni reali di cui agli articoli 324, 322-*bis* e 325 c.p.p., con il limite dell'impossibilità che le stesse si fondino su motivi di merito⁴⁵.

Sono quindi essenzialmente conservate le garanzie proprie del procedimento applicativo della cautela reale nel nostro ordinamento, rese necessarie dalla rilevanza degli interessi incisi dai provvedimenti di cui si tratta.

Da ultimo, la Direttiva 2014/42/UE prosegue sulla strada del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca dei beni, modificando e ampliando quanto previsto dalle precedenti Decisioni quadro 2001/500/GAI e 2005/212/GAI, che tuttavia rimangono in vigore per le categorie di reati a cui la nuova Direttiva non è applicabile, con rilevati problemi di tassatività e certezza del diritto⁴⁶. È inoltre fatta salva la citata Decisione quadro 2003/577/GAI.

Per quanto concerne l'oggetto del presente lavoro, la Direttiva del 2014 è applicabile ai reati contemplati dalla Decisione quadro 2008/841/GAI sulla lotta contro la criminalità organizzata, nonché dalla Direttiva 2011/36/UE, in materia di tratta di esseri umani e protezione delle vittime. Tale ultimo atto normativo concerne tuttavia, più che il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, il vero e proprio *trafficking in human beings*⁴⁷. Nondimeno, la rilevanza delle previsioni della Direttiva in esame anche nella materia oggetto di interesse in

⁴² FURCINITI, G., FUSTAGLI, D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, cit., pp. 104-105.

⁴³ *Ivi*, pp. 105-106.

⁴⁴ *Ivi*, p. 107.

⁴⁵ CUCCHIARA, M. F., ROCCATAGLIATA, L., *Verso un'efficace amministrazione della giustizia nell'Unione europea. L'ordinamento italiano recepisce sette Decisioni Quadro per il rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Giurisprudenza penale*, 2016, pp. 6-8; FURCINITI, G., FUSTAGLI, D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, cit., pp. 117-118.

⁴⁶ MARANDOLA, A., *Considerazioni minime sulla Dir. 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato fra gli Stati dell'UE*, cit., p. 124.

⁴⁷ L'art. 2 della Direttiva 2011/36/UE fa invece riferimento a fatti che implicano "il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento".

questa sede può derivare dalla frequente caratterizzazione del reato di *smuggling* quale delitto scopo di associazioni per delinquere, spesso a carattere transnazionale.

La Direttiva, ponendo in luce la centralità dei provvedimenti di sequestro e confisca ai fini della prevenzione e repressione della criminalità a carattere transnazionale⁴⁸, prevede l'introduzione da parte degli Stati membri di forme di confisca aventi ad oggetto i proventi del reato, invero definiti in maniera particolarmente ampia⁴⁹, e all'art. 7 impone agli Stati membri la previsione di misure che consentano il congelamento dei beni in vista della successiva decisione di confisca⁵⁰.

La cooperazione in materia di sequestro preventivo e confisca si lega strettamente a quella concernente le indagini in campo economico-patrimoniale, concernenti quei proventi dei reati commessi che sono frequentemente oggetto di trasferimento in Stati esteri e di condotte volte alla dissimulazione della provenienza illecita degli stessi, quali forme di intestazione fittizia o schermature di tipo societario⁵¹.

Si può quindi menzionare, in materia, la Decisione quadro 2007/845/GAI, volta a rafforzare la cooperazione e lo scambio informativo tra le competenti autorità degli Stati membri in merito al reperimento di proventi del reato e altri beni suscettibili di confisca⁵².

La Decisione quadro ha, tra l'altro, previsto l'istituzione da parte degli Stati membri di uffici nazionali per il recupero dei beni, con finalità di rinvenimento di proventi e altri beni connessi a reati, per cui siano ammessi provvedimenti di sequestro, congelamento o confisca adottati da un'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale, o anche civile nei limiti consentiti dal diritto dello Stato considerato⁵³. È stata quindi disposta, con riferimento alle procedure applicabili ai fini dello scambio informativo di cui sopra, l'applicazione della Decisione quadro n. 2006/960/GAI del Consiglio⁵⁴.

Si può solo accennare, in questa sede, ad alcuni profili significativi di tale disciplina e della sua attuazione: in particolare, il ruolo di Europol e di Eurojust, a cui si è precedentemente fatto riferimento, torna ad essere rilevante in tale ambito in ragione della raccomandazione della Commissione, contenuta nelle relazioni accompagnatorie, relativa alla possibilità per gli *Asset Recovery Offices* di avvalersi dell'ausilio della prima delle due Agenzie per il coordinamento e la collaborazione sul piano dello scambio informativo, e della seconda per la cooperazione giudiziaria.

A fronte della scelta, da parte di taluni Stati membri, di istituzione di due uffici, con competenze l'uno essenzialmente in materia di scambio di dati e rinvenimento dell'oggetto delle misure, e l'altro di esecuzione dei provvedimenti di sequestro e confisca, lo Stato italiano si è orientato verso l'istituzione, nel 2001, di un unico Ufficio Nazionale per il Recupero dei Beni, incardinato nel Ministero dell'Interno – Direzione Centrale della Polizia Criminale⁵⁵. Si tratta di forme di cooperazione che consentono non solo l'individuazione e la localizzazione, ma anche la ricostruzione delle vicende giuridiche e fattuali concernenti i beni considerati e la detenzione, il possesso e la proprietà degli stessi⁵⁶.

⁴⁸ V. il considerando n. 1) della Direttiva: "Il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di stampo mafioso, è il profitto economico. Di conseguenza, le autorità competenti dovrebbero disporre dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi da reato. Tuttavia, la prevenzione e la lotta efficaci contro la criminalità organizzata dovrebbero essere conseguite neutralizzando i proventi da reato e dovrebbero essere estese, in alcuni casi, a qualsiasi bene derivante da attività di natura criminosa".

⁴⁹ V. MAUGERI, A., *Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *questa Rivista*, n. 2/2017, p. 9.

⁵⁰ Come è noto, a tale atto normativo è stata data attuazione con il d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che, come è noto, ha introdotto nuove forme di confisca nel nostro ordinamento, che tuttavia non interessano i reati oggetto di attenzione in questa sede: v. TRINCHERA, T., *Introdotta nuova ipotesi speciale di confisca per dare attuazione alla Direttiva 2014/42/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 1° dicembre 2016.

⁵¹ V. FURCINITI, G., FUSTAGLI, D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, cit., pp. 219 e ss.

⁵² *Ivi*, pp. 210-211.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Si tratta della Decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge.

⁵⁵ FURCINITI, G., FUSTAGLI, D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, cit., pp. 214-215.

⁵⁶ *Ivi*, p. 218.

6.

Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra illustrato, si intende quindi formulare alcune considerazioni conclusive sul funzionamento e sull'efficacia degli strumenti penalistici esaminati all'interno del contesto europeo.

Interessanti spunti, in proposito, sono emersi anche nella sede dell' "Eurojust meeting on illegal migrant smuggling", tenutosi a L'Aia il 15 giugno 2017, nel cui ambito sono state affrontate questioni centrali nella materia in esame: i problemi legati alla giurisdizione e il rischio di "forum shopping"; la difficile collaborazione con i Paesi di origine e transito dei migranti; il ruolo di EUNAVFOR MED e l'importanza di un adeguato scambio informativo tra gli Stati coinvolti, anche ai fini delle indagini finanziarie, mediante l'ausilio degli organismi dell'Unione Europea.

Più specificamente, lo European External Action Service, servizio responsabile per gli affari esteri dell'UE, ha posto in primo luogo in luce le difficoltà connesse alla collaborazione con i Paesi di origine e di transito dei migranti, solo in parte arginate mediante lo strumento delle Squadre Investigative Comuni.

Significative sono state poi le testimonianze dei rappresentanti di alcuni Stati membri, quali l'Italia, Malta e la Francia. A titolo esemplificativo, il rappresentante italiano ha menzionato un'indagine svolta dalla Procura di Como su un'organizzazione dedicata al trasporto di migranti, attraverso l'Ungheria, sino all'Austria e alla Germania, con la cooperazione, valutata come decisiva, di Eurojust ed Europol. Le principali difficoltà incontrate sono state identificate con le valutazioni sulla sussistenza della giurisdizione italiana e con il rispetto del principio del *ne bis in idem*.

Inoltre, il rappresentante maltese ha concentrato l'attenzione sulle nuove sfide derivanti dall'utilizzo, anche ad opera dei soggetti coinvolti in tali forme di criminalità, di nuovi strumenti tecnologici, e sull'importanza di un'adeguata circolazione delle informazioni, anche attraverso il Sistema Informativo Schengen.

Secondo il rappresentante greco, le principali criticità dovrebbero identificarsi, oltre che con l'insufficiente cooperazione con gli Stati terzi, anche con i problemi legati all'intercettazione delle imbarcazioni impiegate in mare, con i ritardi nello scambio di informazioni e nella circolazione di elementi di prova anche tra gli stessi Stati membri, e con l'uso dell'*Hawala banking* (sistema di trasferimento di valori "parallelo" a quello bancario ufficiale), che rende le indagini finanziarie particolarmente complesse.

Devono pertanto certamente essere ritenuti sussistenti profili positivi della cooperazione in ambito europeo di cui si sono voluti trattenere alcuni elementi fondamentali: si può pensare in particolare all'avvio di operazioni che hanno consentito di affiancare all'attività tradizionalmente svolta dallo Stato italiano quella di altri Stati membri e di agenzie dell'Unione Europea; alla creazione di centri specializzati di analisi e controllo incrociato dei dati e delle informazioni concernenti tale forma di criminalità; all'accresciuta efficienza e alla rapidità nell'esecuzione dei provvedimenti di sequestro e confisca riconducibili ai nuovi strumenti di riconoscimento, che hanno consentito il superamento del tradizionale modello della rogatoria, caratterizzato dall'intervento di autorità centrali non giudiziarie portatrici di interessi anche extra-giuridici, pur con il mantenimento, per il sequestro preventivo, delle garanzie, legate all'esercizio della giurisdizione, proprie del procedimento applicativo della misura.

Per altro verso, permangono certamente criticità, ricollegabili, tra l'altro, ai ritardi nella circolazione delle informazioni tra gli Stati membri, alla difficile collaborazione con gli Stati extraeuropei, e soprattutto ai differenti criteri di determinazione della giurisdizione da parte degli Stati, con i connessi rischi di *forum shopping* e di incertezza su quale Stato sia chiamato ad intervenire, anche in situazioni che richiedono una rapida attivazione.

Dalla “vittoria di Nicosia” alla “navetta” legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali

*From the "Victory of Nicosia" to the Legislative "Dinghy":
new regulatory outcomes for contrasting the Illicit Trafficking
of Cultural Property*

LUCA D'AGOSTINO

*Dottorando di ricerca, LUISS Guido Carli
ldagostino@luiss.it*

BENI CULTURALI, RIFORMA, DISEGNO DI LEGGE,
REATI, CONVENZIONI INTERNAZIONALI

CULTURAL PROPERTY, REFORMING LAW, DRAFT LAW,
CRIMINAL OFFENCES, INTERNATIONAL AGREEMENTS

ABSTRACT

Dopo un breve riepilogo del quadro normativo nazionale ed internazionale sul contrasto ai traffici illeciti di beni culturali, l'autore si propone di verificare la coerenza dell'assetto di disciplina prefigurato nel disegno di legge attualmente in discussione al Senato con gli impegni assunti a livello sovranazionale con la firma della Convenzione di Nicosia, evidenziando, sotto questo profilo, alcuni possibili punti di tensione.

After a brief overview of the Italian and the international legal framework against illicit trafficking of cultural property, the Author strives to verify the coherence of the forthcoming reforming law currently under discussion with the international law, focusing in particular on the provisions of the new Nicosia Convention, highlighting, from this perspective, some possible critical concerns.

SOMMARIO

1. Introduzione – 2. Il quadro internazionale in materia di contrasto ai traffici illeciti di beni culturali – 3. Gli obblighi di criminalizzazione derivanti dalla Convenzione del Consiglio d'Europa firmata a Nicosia il 19 maggio 2017 – 4. La “frammentaria” tutela penale del patrimonio culturale nell'ordinamento italiano e le esigenze di riforma – 5. Il disegno di legge all'esame del Parlamento nella XVII legislatura – 5.1 I meriti del progetto di riforma: un esempio di buona prassi legislativa – 5.2 La definizione di bene culturale – 5.3 La fattispecie di detenzione di bene culturale – 5.4 L'importazione di beni culturali – 6. Osservazioni conclusive.

1.

Introduzione

L'anno in corso ha visto una riacquisita consapevolezza legislativa circa la necessità di utilizzare lo strumento penalistico per contrastare in modo efficace i traffici illeciti di beni culturali e, in generale, le condotte offensive del patrimonio storico-artistico. A tal fine, il Governo ha aperto due fronti di lavoro: un primo, nell'ambito del Consiglio d'Europa, ove l'Italia si è fatta promotrice della presentazione di una *Convention on Offences relating to cultural property*; un secondo, circoscritto ai confini nazionali, tradottosi nell'elaborazione di un disegno di legge per la riforma dei delitti contro il patrimonio culturale.

Gli sforzi profusi sul fronte internazionale hanno portato a una vittoria degna di nota, grazie alla firma della predetta *Convention* (avvenuta a Nicosia il 17 maggio 2017), ora aperta alle firme degli Stati che hanno partecipato ai lavori. Sul versante nazionale, invece, il disegno di legge AC-4220 è stato approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati e trasmesso al Senato della Repubblica¹, ma ha poi registrato un arresto a causa della fine della legislatura. Il coordinamento delle iniziative sui due fronti è un buon esempio di buona prassi legislativa, tanto che si è parlato² di un sistema che sarà rinnovato nell'alveo delle indicazioni provenienti dalle Istituzioni sovranazionali. Il legislatore interno, muovendosi in questa direzione, ha avviato un percorso volto a riformare il sistema in perfetta aderenza con gli impegni assunti in ambiti europeo, ancor prima che questi divengano vincolanti per gli Stati firmatari.

Dopo un breve riepilogo del quadro normativo nazionale e internazionale in materia, il presente contributo si occuperà di verificare la coerenza dell'assetto di disciplina prefigurato nel citato disegno di legge con il quadro normativo sovranazionale, evidenziando infine, sotto questo profilo, alcuni possibili punti di tensione.

2.

Il quadro internazionale in materia di contrasto ai traffici illeciti di beni culturali

Le istituzioni internazionali hanno dimostrato grande interesse per la tutela del patrimonio culturale, promuovendo iniziative dirette ad armonizzare le legislazioni nazionali e promuovere forme di collaborazione tra Stati nel contrasto alle condotte illecite commesse a danno di beni culturali. Condotte che tra loro si intrecciano, dando luogo al fenomeno noto come traffico illecito di beni culturali.

Il coordinamento delle iniziative, tanto legislative quanto di enforcement, diviene così una “imprescindibile necessità”³ strettamente connessa alla dimensione internazionale e transfrontaliera di fenomeno. Il quadro internazionale, invero piuttosto variegato, risulta dalla stratificazione di fonti vincolanti e strumenti di soft law. Non potendo procedere in questa sede a una approfondita disamina, ci si limiterà a gettare lo sguardo ai principali traguardi raggiunti dalle più importanti organizzazioni internazionali.

Per porre le basi di una efficace tutela del patrimonio culturale, appare in primis necessaria una delicata opera di armonizzazione della risposta extrapenale: da qui il proliferare di inizia-

¹ I lavori sul disegno di legge (AS-2864) sono ripresi in Commissione Giustizia lo scorso 19 settembre. Dalle ultime notizie pubblicate sul sito *internet* del Senato della Repubblica si apprende che il disegno di legge è, alla data di stesura del presente contributo, in stato di relazione prima di essere votato in commissione.

² In questo senso la relazione della Professoressa Paola Severino al Convegno “*Nuove prospettive sulla tutela penale dei beni culturali*” organizzato dalla IMT di Lucca, 04 febbraio 2017.

³ L'espressione è mutuata da MANES V., *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in AA. VV. *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 103

tive in tale direzione.

Le Nazioni Unite hanno giocato un ruolo fondamentale per giungere a un inquadramento giuridico universale del bene culturale. L'accordo internazionale indubbiamente più importante in materia è la Convenzione UNESCO del 1970, ratificata dalla quasi totalità degli Stati⁴. L'obiettivo fondamentale della Convenzione è quello di obbligare ciascuno dei firmatari a identificare e proteggere i beni culturali presenti sul proprio territorio, impegnandosi attivamente nella lotta contro il traffico illecito⁵. L'esistenza di un mercato internazionale di tali oggetti richiede una semplificazione delle procedure di restituzione dei beni culturali illecitamente sottratti ai loro rispettivi Paesi d'origine. Da questo punto di vista, l'esistenza di un meccanismo di rimpatrio unanimemente riconosciuto rappresenta un passaggio importante per delineare un modello di commercio restrittivo, che inibisce la formazione di un solido mercato internazionale di beni culturali⁶.

Le Nazioni Unite hanno anche promosso iniziative volte all'adozione di uno specifico strumento pattizio per il contrasto della criminalità transazionale in tema di traffico di beni culturali⁷. Nelle more dell'adozione di una specifica convenzione ONU in materia, la cooperazione in materia penale resta affidata alle disposizioni della Convenzione della Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale⁸.

Con la Risoluzione 66/180 del 2011 l'Assemblea Generale ha di recente invitato gli Stati Membri a implementare forme di cooperazione rafforzata per contrastare in modo più efficace il traffico illecito di beni culturali.

Nello stesso anno il Consiglio economico e sociale (UN-ECOSOC)⁹ ha sollecitato l'United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC) a sviluppare delle linee guida per la prevenzione e la repressione dei traffici illeciti di beni culturali¹⁰. Sulla base di queste raccomandazioni è stato costituito un Gruppo di Esperti sulla protezione contro il traffico di beni culturali (Expert Group on Protection against Trafficking in Cultural Property) con l'incarico, conferito dalla Commissione delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e la Giustizia Penale (CCPCJ), di redigere le predette linee guida. Tale strumento di soft law muove dall'intento di assicurare una stretta integrazione tra intervento amministrativo e penalistico, valorizzando la centralità del momento preventivo¹¹. L'Assemblea Generale con la risoluzione 69/196 del 18 dicembre 2014 ha finalmente ufficializzato le International Guidelines for Crime Prevention and Criminal Justice Responses with Respect to Trafficking in Cultural Property and Other Related Offences¹², gettando così le basi per una solida cooperazione tra Stati nel contrasto al traffico illecito di beni culturali.

Rivolgendo ora lo sguardo all'Unione Europea, l'art. 167, par. 2, TFUE (già art. 127 del Trattato di Maastricht) individua tra gli obiettivi della politica culturale quello della «conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea». Tra gli atti normativi di diritto secondario spicca il Regolamento del Consiglio 2009/116/CE avente a oggetto la disciplina dell'esportazione dei beni culturali, a seguito del quale è stata istituita la licenza europea di esportazione. Più di recente, è stata emanata la Direttiva 2014/60/UE con l'obiettivo di disciplinare su basi comuni la restituzione dei beni culturali usciti illecitamente da

⁴ Come si apprende dal sito istituzionale dell'UNESCO (<http://whc.unesco.org>), sono parti della Convenzione ben 193 Stati, con statistiche aggiornate allo scorso 31 gennaio.

⁵ In argomento, BELTRAMETTI S., *Dati e analisi sul traffico illecito di beni culturali*, in *Aedon*, 2013, 1, § 2

⁶ Tali esigenze sono alla base della *Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati*, firmata a Roma il 24 giugno 1995. La Convenzione, è stata ratificata soltanto da 41 Stati tra cui l'Italia, non ha avuto un successo paragonabile a quella delle Nazioni Unite. Essa si propone di ostacolare le pratiche illegali nel commercio di beni culturali, cercando di colmare il gap dovuto alla differenza tra le disposizioni nazionali sull'acquisto di proprietà e sul trasferimento dei beni culturali. A determinate condizioni, consente al legittimo proprietario, sia esso un collezionista privato, una pubblica istituzione o uno Stato, di rientrare in possesso di un bene culturale rubato o esportato illecitamente all'estero.

⁷ Ci si riferisce alla adozione nel 1990 di un *Model Treaty for the prevention of crimes that infringe on the cultural heritage of peoples in the form of movable property*, la cui necessità è stata peraltro ribadita nel 2009 in occasione del *Meeting of the expert group on protection against trafficking in cultural property*, promosso dall'UNODC. Il testo del documento è disponibile sul sito <https://www.unodc.org>

⁸ La Convenzione, adottata a Palermo nel 2000 e ratificata (con dato aggiornato allo scorso agosto) da 188 Paesi, è il più importante Trattato di diritto penale internazionale.

⁹ Con le *risoluzioni 2010/19 e 2011/42*, aventi ad oggetto, tra l'altro, l'implementazione di misure di coordinamento tra l'UNESCO e l'INTERPOL per una efficace repressione del traffico illecito di beni culturali.

¹⁰ In argomento, CASTAÑEDA DE LA MORA C., *The work of the United Nations Office on Drugs and Crime in the area of illicit trafficking in cultural property*, in MANACORDA S. VISCONTI A., *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, p. 14; VISCONTI A., *Le prospettive internazionali di tutela penale: strategie sanzionatorie e politico-criminali*, *ibidem*, p. 140.

¹¹ VISCONTI A., *Le prospettive internazionali di tutela penale: strategie sanzionatorie e politico-criminali*, *cit.*, p. 143

¹² Il documento è disponibile sul sito dell'UNODC (v. [questa pagina web](#)).

territorio di uno Stato membro e di rinnovare il framework precedente di cui alla Direttiva 1993/7/CEE. L'Italia ha dato attuazione alla Direttiva con il D. Lgs. 7 gennaio 2016 n. 2, il quale ha modificato gli artt. 73 e seguenti del D. Lgs. 42/2004 coordinando il testo di legge con le nuove disposizioni e correggendo i richiami ai testi normativi non più in vigore.

Sul fronte penalistico, la dottrina¹³ ha individuato una tendenza ad includere il traffico illecito di beni culturali tra le forme di criminalità per le quali si procede a forme di cooperazione giudiziaria in materia penale. Rispetto ad esse si pone però il problema di individuare con esattezza quali reati rientrino nella definizione di "traffico illecito", ricorrente nella normativa eurounitaria. Dal punto di vista delle iniziative legislative in materia penale, si deve rilevare che, pur rientrando il fenotipo criminoso in esame tra quelle "sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni" (art. 83 par. 1, TFUE), il traffico illecito di beni culturali non è ricompreso nella lista di cui al secondo sottoparagrafo della norma che fa riferimento al solo traffico illecito di armi e di stupefacenti. Cionondimeno, vi sono buoni motivi per ritenere che l'Unione Europea conservi una potestà normativa anche in questo ambito. Anzitutto per l'evidenza che i traffici illeciti in oggetto vedono coinvolta, in prima linea, la criminalità organizzata, ricompresa tra le sfere di criminalità di cui al predetto elenco. In secondo luogo perché l'armonizzazione delle legislazioni in materia di esportazione e restituzioni di beni culturali, delle quali si è detto, fa scattare la c.d. annex competence in materia penale¹⁴.

Inoltre, in funzione dell'evoluzione del fenomeno criminale, il Consiglio potrebbe adottare una decisione che individui tra le sfere di criminalità che rispondono ai criteri di gravità e transnazionalità, anche i reati di traffico di beni culturali¹⁵.

Uno sforzo notevole nel tentare il ravvicinamento delle legislazioni penali di contrasto alle offese contro il patrimonio culturale è stato compiuto dal Consiglio d'Europa, al quale si deve l'adozione del primo strumento normativo vincolante volto ad assicurare uno standard uniforme di tutela. La Convenzione di Delfi del 1985 individua una serie di azioni e omissioni¹⁶ (art. 3, par. 1, che rinvia alla Appendice III) che costituiscono offese al patrimonio culturale. Tali condotte¹⁷ dovranno essere munite di sanzioni efficaci e dissuasive, anche di natura penale (art. 12). L'accordo è però rimasto sulla carta, non essendo stato ratificato da nessuno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, e nemmeno dai firmatari della Convenzione.

3. Gli obblighi di criminalizzazione derivanti dalla Convenzione del Consiglio d'Europa firmata a Nicosia il 19 maggio 2017

Dopo il primo fallimentare tentativo di armonizzare la risposta penale contro le offese al patrimonio culturale, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno finalmente elaborato una "Convention on Offences relating to cultural property", aperta alla firma in occasione del summit tenutosi a Nicosia lo scorso 4^o maggio.

La Convenzione è il frutto del lavoro di una Commissione intergovernativa nominata al fine di raggiungere una soluzione di compromesso tra le diverse esigenze di repressione delle condotte illecite aventi a oggetto beni culturali. Tra i motivi della fallimentare esperienza

¹³ VISCONTI A., *La tutela penale del patrimonio culturale mobile: esigenze di riforma alla luce degli impulsi internazionali*, in AA. VV. *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 169, al cui lavoro si rinvia per gli opportuni riferimenti normativi.

¹⁴ Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive (art. 83, par. 2, TFUE).

¹⁵ La procedura è disciplinata dal terzo sottoparagrafo dell'art. 83, par. 1, TFUE. Il Consiglio deve deliberare all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

¹⁶ Più precisamente le seguenti: «*Thefts of cultural property; Appropriating cultural property with violence or menace; Receiving of cultural property where the original offence is listed in this paragraph and regardless of the place where the latter was committed; Acts which consist of illegally appropriating the cultural property of another person, whether such acts be classed by national law as misappropriation, fraud, breach of trust or otherwise; Handling cultural property obtained as the result of an offence against property other than theft; The acquisition in a grossly negligent manner of cultural property obtained as the result of theft or of an offence against property other than theft; Destruction or damaging of cultural property of another person*». Si prevede inoltre una lista di condotte facoltative, che gli Stati possono dichiarare di includere tra le offese al patrimonio culturale con l'effetto di far 'scattare' i meccanismi di cooperazione con gli altri Stati firmatari.

¹⁷ Per una breve disamina si rinvia al contributo di VISCONTI A., *La tutela penale del patrimonio culturale mobile: esigenze di riforma alla luce degli impulsi internazionali*, cit., p. 168

dell'85 spicca, anzitutto, la disomogeneità del disvalore penale che assume il traffico illecito di beni culturali nei Paesi di import (anche detti market countries) e nei Paesi di export (definiti source countries). Sebbene alcune condotte offensive del patrimonio culturale fossero avvertite come meritevoli di sanzione penale da tutti gli Stati firmatari (si pensi al furto e al danneggiamento), ve ne erano altre – tra cui l'importazione e lo scavo illeciti, la ricettazione, l'acquisto o la detenzione ingiustificata – la cui rilevanza penale veniva fortemente osteggiata da alcuni Paesi storicamente "importatori" (Regno Unito, Russia, Svizzera, Danimarca etc.). Il deludente trascorso ha fornito l'input necessario per riaprire il dibattito nel segno di una maggiore consapevolezza delle difficoltà esistenti, aprendo le porte all'utilizzo di strumenti di ravvicinamento delle legislazioni nazionali più flessibili e meno invasivi. I lavori della Commissione, protrattisi per oltre un anno, sono stati accompagnati da un negoziato serio e ponderato delle singole disposizioni, con l'intento di ottenere la più ampia condivisione della proposta. Il testo della nuova Convenzione è stato quindi elaborato lasciando aperta la possibilità per gli Stati di apporre una clausola di riserva all'obbligo di criminalizzare determinate condotte, dichiarando di volerle punire con sanzioni di carattere non penale. Si tratta di una facoltà invero piuttosto limitata, che non incide in modo significativo sull'impegno degli Stati di dover assicurare uno standard comune di criminalizzazione delle condotte offensive del patrimonio culturale.

Esaminando da vicino i singoli obblighi derivanti dalla Convenzione, risulta infatti evidente la volontà di affidare al diritto penale – e non a quello sanzionatorio in senso lato – il compito di reprimere le condotte criminose aventi a oggetto beni culturali. Dopo aver chiarito la nozione di bene culturale, la Convenzione contempla un ampio ventaglio di condotte.

L'art. 3 (theft and other forms of unlawful appropriation) pone l'obbligo per gli Stati di assicurare l'applicabilità delle disposizioni nazionali che sanzionano il furto e le altre forme di appropriazione indebita alle condotte riguardanti beni culturali mobili¹⁸. Dalla Relazione illustrativa¹⁹ si apprende che, pur potendo una simile estensione sembrare scontata – dal momento che lo stesso concetto di "bene mobile" renderebbe applicabili le fattispecie penali in questione, indipendentemente dalla sua valenza "culturale" – essa è in realtà necessaria per attivare i canali di cooperazione internazionale e le disposizioni sul rientro dei beni culturali sottratti.

Il successivo art. 4 (Unlawful excavation and removal) si riferisce a tre diverse condotte: lo scavo illecito commesso al fine di ricercare e rimuovere beni culturali in violazione delle leggi del Paese ove esso è effettuato; illecita rimozione e ritenzione dei beni illegittimamente "scavati"; illecita ritenzione dei beni medesimi qualora lo scavo sia condotto in conformità alle leggi nazionali²⁰. La disposizione è stata pensata per stigmatizzare le condotte di scavo non autorizzato commesse dai treasure hunters nei Paesi-fonte di beni culturali, che si pongono come anello iniziale della circolazione illecita di beni culturali. Trattandosi di reato avvertito con minore allarme nei Paesi che storicamente importano beni culturali, il secondo paragrafo della disposizione prevede la possibilità per i firmatari di riservarsi di sanzionare le relative condotte non con lo strumento penale.

Tale soluzione di compromesso si rinviene anche per le condotte di illegal importation (art. 5) aventi a oggetto beni: rubati in un altro Stato; "scavati" in violazione della legge dello Stato in cui lo scavo ha avuto luogo; esportati in violazione delle leggi dello Stato che li ha classificati, designati o specificamente indicati come beni "culturali" ai sensi dell'art. 2 della

¹⁸ «Each Party shall ensure that the offence of theft and other forms of unlawful appropriation as set out in their domestic criminal law apply to movable cultural property».

¹⁹ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property*, p. 7, disponibile sul sito istituzionale del Consiglio d'Europa al seguente link <https://www.coe.int/en>

²⁰ «Each Party shall ensure that the following conducts constitute a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally:

- a) *the excavation on land or under water in order to find and remove cultural property without the authorisation required by the law of the State where the excavation took place;*
- b) *the removal and retention of movable cultural property excavated without the authorisation required by the law of the State where the excavation took place;*
- c) *the unlawful retention of movable cultural property excavated in compliance with the authorisation required by the law of the State where the excavation took place».*

Convenzione²¹. Le condotte di import figuravano tra le offese contro il patrimonio culturale già nella Appendice III alla Convenzione di Delfi del 1985, costituendo un ostacolo non secondario alla ratifica dell'accordo da parte di alcuni Stati-fonte. Per questo motivo la strada dell'armonizzazione sul fronte penale ha dovuto cedere il passo ad una forma più flessibile di ravvicinamento delle legislazioni.

Diversamente, non vi sono stati ostacoli di rilievo nell'includere le condotte di esportazione illecita²² (art. 6) e di acquisto²³ (art. 7) tra quelle che dovranno costituire reato, registrandosi una unanimità di vedute sulla necessità di punire la distrazione di beni culturali dal Paese in cui questi si trovano o di evitare che la compravendita di questi ultimi si svolga sul mercato nero. Più precisamente, la condotta di "acquisto" è punita quando ha a oggetto beni culturali mobili che siano stati rubati, scavati illecitamente, importati o esportati in violazione della legge del Paese di destinazione o di origine, qualora il reo abbia conoscenza della provenienza delittuosa del bene. Si richiama inoltre l'attenzione sulla necessità di prevedere sanzioni penali anche per l'acquirente che "avrebbe dovuto conoscere" (should have known; aurait dû avoir connaissance de) la provenienza delittuosa del bene (art. 7, par. 2).

Alle stesse condizioni, gli Stati dovranno punire, ex latere venditoris, anche la commercializzazione di beni culturali (placing on the market)²⁴, valutando anche qui l'opportunità di estendere il presidio penale anche ai fatti commessi potendo conoscere la provenienza delittuosa del bene (art. 8).

La distruzione e il danneggiamento di beni culturali²⁵ rientrano tra le condotte meritevoli di sanzione penale soltanto se commesse con dolo. È irrilevante, ai fini della integrazione del reato, la proprietà pubblica o privata del bene culturale e tantomeno la circostanza che il reo abbia agito al fine di mobilitarlo, in tutto o in parte, per poi renderlo disponibile sul mercato.

La parte sostanziale della Convenzione²⁶ si conclude con disposizioni di carattere generale in tema di giurisdizione (art. 12) e con la disciplina in tema di concorso di persone nel reato e di tentativo (art. 11).

Di particolare pregio è l'estensione della responsabilità alle persone giuridiche (art. 13), quando uno degli illeciti previsti dalla Convenzione sia stato commesso a loro vantaggio da una persona fisica che abbia agito per proprio conto o in qualità di organo dell'ente ("legal persons can be held liable for criminal offences referred to in this Convention, when committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person"), purché occupi una posizione apicale, basata su un potere decisorio, di rappresentanza, o di controllo dell'ente medesimo ("who has a leading position within that legal person, based on: a power of representation of the legal person; an authority to take decisions on behalf of the legal person; an authority to exercise control within the legal person"). La responsabilità collettiva dovrà inoltre essere assicurata nel caso in cui la commissione del reato sia stata causata da un deficit di controllo da parte dei soggetti in posizione apicale (par. 2). Si prevede che, ferma la libertà degli Stati di plasmare il paradigma punitivo in base alla propria tradizione giuridica, l'applicazione delle sanzioni a carico dell'ente dovrà avvenire senza alcun

²¹ «Each Party shall ensure that, when committed intentionally, the importation of movable cultural property, the importation of which is prohibited pursuant to its domestic law on the grounds that it has been:

- a) stolen in another State;
- b) excavated or retained under circumstances described in Article 4 of this Convention; or
- c) exported in violation of the law of the State that has classified, defined or specifically designated such cultural property in accordance with Article 2 of this Convention;

constitutes a criminal offence under its domestic law where the offender knew that the cultural property had been stolen, excavated or exported in violation of the law of that other State».

²² «Each Party shall ensure that the exportation of movable cultural property, if the exportation is prohibited or carried out without authorisation pursuant to its domestic law, constitutes a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally».

²³ «Each Party shall ensure that the acquisition of movable cultural property that has been stolen in accordance with Article 3 of this Convention or has been excavated, imported or exported under circumstances described in Articles 4, 5 or 6 of this Convention constitutes a criminal offence under its domestic law where the person knows of such unlawful provenance».

²⁴ «Each Party shall ensure that the placing on the market of movable cultural property that has been stolen in accordance with Article 3 of this Convention or has been excavated, imported or exported under circumstances described in Articles 4, 5 or 6 of this Convention constitutes a criminal offence under its domestic law where the person knows of such unlawful provenance».

²⁵ «Each Party shall ensure that the following conducts constitute a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally:

- a) the unlawful destruction or damaging of movable or immovable cultural property, regardless of the ownership of such property;
- b) the unlawful removal, in whole or in part, of any elements from movable or immovable cultural property, with a view to importing, exporting or placing on the market these elements under the circumstances described in Articles 5, 6 and 8 of this Convention».

²⁶ Gli artt. 17 e seguenti della Convenzione formano la parte più propriamente procedurale, ove viene disciplinato il coordinamento investigativo e la cooperazione internazionale in materia penale.

pregiudizio per la responsabilità penale dell'autore del fatto (par. 3 e 4).

Esaurito l'esame delle disposizioni della Convenzione di Nicosia e passati in rassegna i nuovi obblighi di incriminazione che incombono sull'Italia, vediamo qual è l'assetto vigente di disciplina nel nostro Paese in modo da meglio valutare l'impatto che le previsioni europee avranno sull'ordinamento domestico.

4.

La "frammentaria" tutela penale del patrimonio culturale nell'ordinamento italiano e le esigenze di riforma

La tutela penale dei delitti contro il patrimonio culturale si ritrova in due corpi normativi fondamentali: il codice penale e il Codice dei beni culturali (D. Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42).

La tutela codicistica ruota attorno a poche fattispecie dalla ridotta efficacia deterrente²⁷. La scarsa attenzione che il Legislatore ha dedicato alla materia si è tradotta, secondo l'opinione espressa da autorevole dottrina, in una tendenziale "frammentazione e disomogeneità"²⁸ del quadro normativo vigente.

L'unico delitto che ha ad oggetto beni culturali è il danneggiamento doloso, punito più gravemente quando riguarda "cose di interesse storico o artistico" (art. 635, comma 2, n. 1). Nel codice penale sono poi contenute le ipotesi contravvenzionali di cui agli artt. 733 (Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale) e 734 (Distruzione e deturpamento di bellezze naturali), collocate – in modo peraltro assai discutibile – nel capo concernente le contravvenzioni contro l'attività sociale della pubblica amministrazione.

La parte quarta del D. Lgs. 42/2004 contiene invece una appendice sanzionatoria molto articolata prevedendo, al titolo II, ben dodici figure di reato (artt. 169-180, di cui sei contravvenzioni e quattro delitti), costruiti come illeciti formali di pericolo caratterizzati dalla trasgressione delle disposizioni amministrative in materia di gestione e di trasferimento dei beni culturali. Non solo le ipotesi contravvenzionali, ma anche la maggior parte dei delitti (violazioni in materia di alienazione illecita esportazione, violazioni in materia di ricerca archeologica), si sostanziano nella mancata acquisizione della previa autorizzazione o nell'omissione delle denunce dovute in base alla legge. La tutela penale assolve dunque a un ruolo del tutto residuale; essa sembra essere stata concepita in funzione della finalità prevenzionistica garantita dalla disciplina pubblicistica sulla circolazione dei beni culturali. In questo sottosistema normativo, la necessità di sanzionare i comportamenti inosservanti dei precetti di legge sorge a prescindere dal verificarsi di un danno concreto al patrimonio stesso, come se la norma tutelasse «immediatamente e direttamente la funzione amministrativa e solo indirettamente il bene culturale»²⁹. La dottrina³⁰ ha espresso profonda insoddisfazione per l'assenza, nell'attuale sistema, di un insieme organico di fattispecie criminose idoneo a porre in risalto la centralità del valore culturale del patrimonio storico e artistico, a prescindere dall'importanza economica dei singoli beni e dalla violazione di disposizioni di carattere amministrativo³¹.

Il sistema sanzionatorio in esame è inoltre caratterizzato da un tendenziale immobilismo, dato peculiare perché in controtendenza rispetto alle vicissitudini legislative di altre leggi penali complementari. Le figure di reato previste dal Codice dei beni culturali, infatti, sono per lo più ricalcate sulle fattispecie in precedenza contemplate dalla legge n. 1089/1939. La sta-

²⁷ Per un quadro più esaustivo sulla fisionomia dell'intervento penale in materia di beni culturali si rinvia a MANTOVANI F., *Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1976, p. 55 ss.; BELLACOSA M., *Patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale (tutela penale del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; DEMURO G.P., *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, p. 60 ss.; CARPENTIERI P., *La tutela penale dei beni culturali in Italia e prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in MANACORDA S. VISCONTI A., *Beni culturali e sistema penale*, Milano, 2013, p. 32 ss.

²⁸ Le espressioni sono mutuata da MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in AA. VV. *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano, 2015, p. 6

²⁹ In questi termini CARPENTIERI P., *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma*, cit. p. 33 il quale osserva come nel quadro attuale il bene culturale sia protetto in modo soltanto occasionale.

³⁰ DEMURO G.P., *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., p. 41; ID., *Verso la riforma dei reati contro i beni culturali: approvato dal Consiglio dei Ministri un disegno di legge delega per l'introduzione nel codice penale delle più gravi forme di aggressione al patrimonio culturale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 193 ove l'Autore lamenta una scarsa adeguatezza del sistema di tutela dei beni culturali al rango costituzionale attribuito agli stessi dall'art. 9 Cost.

³¹ La sanzione penale sembra relegata, nell'attuale sistema, in una posizione del tutto secondaria. In tale scenario, come acutamente osservato da MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., p. 7, la tutela rimane prevalentemente appannaggio dello strumento amministrativo, secondo una scelta di politica criminale che, a nostro avviso, è sicuramente discutibile.

ticità del sistema di tutela penale è imputabile, almeno negli ultimi anni, al fallimento di due progetti di riforma. Nel corso della XV legislatura il Governo presentò un disegno di legge delega (AC-2806) per la riforma della disciplina sanzionatoria penale in materia di reati contro il patrimonio culturale³², assegnato per l'esame in commissione, ma poi caduto nel dimenticatoio col finire della legislatura. Il proposito di riforma fu ripreso con un successivo disegno di legge delega, presentato questa volta al Senato a firma del Ministro Galan il 21 novembre 2011 (AS-3016), senza sostanziali novità rispetto alla precedente proposta. Assegnato in sede referente insieme al "gemello" DDL Rutelli (AS-962, Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria penale in materia di reati contro il patrimonio culturale), il disegno fu trasfuso nel testo unificato elaborato dalla Commissione Giustizia del Senato avente ad oggetto, oltre ai reati contro il patrimonio culturale, anche alcuni delitti in materia ambientale. Il testo rielaborato dal Senato, pur mantenendo inalterata l'importazione della delega legislativa, operava, anzitutto, un generale riassetto delle cornici edittali; a differenza del disegno di legge originario configurava il furto di beni culturali come ipotesi aggravata del reato base previsto dal codice penale; riformulava l'autonoma fattispecie di danneggiamento di beni culturali includendovi alcune ipotesi pretermesse dal disegno di iniziativa governativa; introduceva la contravvenzione di possesso ingiustificato di metal detector.

Anche questa iniziativa parlamentare, tuttavia, rimase arenata non avendo ottenuto l'approvazione di nessuno dei rami del Parlamento e neppure il parere favorevole della commissione beni culturali³³.

I timidi tentativi di riforma, tutti caduti nel vuoto, hanno alimentato il dibattito scientifico sul tema, spingendo gli studiosi a rimarcare³⁴ la crescente "domanda di tutela" del patrimonio culturale, originata dalla consapevolezza, sempre più diffusa, della sua irriproducibilità e della significativa incidenza delle sue alterazioni sui diritti delle generazioni future. Si rimarcava peraltro come l'intervento riformatore, sicuramente necessario³⁵, andasse tuttavia realizzato con la dovuta ponderazione onde evitare la tentazione di un ricorso 'emotivo' all'arma della pena.

5. Il disegno di legge all'esame del Parlamento nella XVII legislatura

L'adozione a livello sovranazionale di una Convenzione sulla tutela penale del patrimonio culturale rappresenta per l'Italia, oltre ad un importante traguardo politico, l'esito vittorioso, come ricordato, degli sforzi profusi in seno alla Commissione incaricata dal Consiglio d'Europa. Ciò a conferma della priorità assegnata al tema nell'agenda governativa, testimoniata dalla presentazione di un disegno di legge (AC-4220) di iniziativa governativa.

Difatti, mentre ancora si discuteva in merito all'elaborazione del testo della Convenzione, il Governo aveva aperto un secondo fronte di lavoro per riformare il sistema sanzionatorio

³² Tra i principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega è opportuno richiamare, in particolare, i seguenti: prevedere tra le circostanze aggravanti del reato di danneggiamento di cui all'articolo 635 c.p. il fatto che esso abbia ad oggetto un bene culturale, con aumento della pena della reclusione e della multa; prevedere una fattispecie di reato di danneggiamento colposo, con riduzione della pena; prevedere tra le circostanze aggravanti del delitto di furto, di cui all'articolo 625 c.p., e del delitto di furto in abitazione, di cui all'articolo 624-bis c.p., il fatto che esso abbia ad oggetto beni culturali; trasformare in delitto la violazione di disposizioni in materia di ricerche archeologiche di cui all'art. 175 del Codice dei beni culturali, prevedendo l'aumento di pena per l'ipotesi del fatto commesso con l'uso di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli; prevedere una figura speciale del delitto di ricettazione, di cui all'articolo 648 c.p. avente ad oggetto beni culturali, includendo tra le condotte punibili l'illecita detenzione, a qualunque titolo, dei beni culturali o delle cose medesime, quando il detentore ne conosca la provenienza; confermare i delitti di alienazione illecita di beni culturali, di cui all'articolo 173, comma 1, del Codice dei beni culturali, aumentando la misura della pena detentiva; confermare i delitti di uscita illecita di beni culturali dal territorio nazionale, di cui all'articolo 174, commi 1 e 2, aumentando la misura della pena detentiva; stabilire che è ordinata la confisca delle cose illecitamente detenute, se non siano nella proprietà di persona estranea al reato, oltre che in caso di condanna, anche nel caso in cui l'autore del delitto non sia imputabile o punibile oppure manchi una condizione di procedibilità riferita al delitto ovvero il delitto medesimo sia estinto; prevedere una figura speciale del delitto di riciclaggio, di cui all'articolo 648-bis c.p., avente ad oggetto operazioni compiute in relazione a beni culturali, stabilendo le pene della reclusione, in misura non superiore, nel massimo, a dodici anni, e della multa, in misura non superiore, nel massimo, a 30.000 euro.

³³ Lo si apprende dal sito istituzionale del Senato (v. [questa pagina web](#)). In argomento anche CARPENTIERI P., *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma*, cit. p. 44

³⁴ Così MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., p. 9-10. In argomento anche DEMURO G.P., *Verso la riforma dei reati contro i beni culturali*, cit., p.194

³⁵ MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, ibidem

degli illeciti contro il patrimonio culturale, elaborando all'uopo un nuovo disegno di legge³⁶.

Dopo poco più di un mese dal summit di Nicosia, la Camera dei Deputati ha approvato, con significativi emendamenti, il testo di iniziativa legislativa, prontamente trasmesso al Senato ove è proseguita la discussione. Nel corso dei lavori si è poi proceduto a trasformare l'originario ordito della delega secondo una trama razionale connotata da una razionale riorganizzazione dell'assetto punitivo.

L'obiettivo della riforma è quindi quello di operare una profonda riforma della materia, ridefinendo l'assetto di disciplina su basi organiche nell'ottica di un tendenziale inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Consapevole della funzione di "orientamento culturale"³⁷ propria della tutela codicistica – peraltro seguendo la strada recentemente percorsa nel riformare i delitti in materia ambientale³⁸ – il disegno in questione inseriva nel codice penale un autonomo "Titolo VIII-bis" dedicato ai "delitti contro il patrimonio culturale".

L'art. 1 del disegno di legge approvato dalla Camera contempla una nutrita serie di condotte che andrebbero a costituire fattispecie autonome di reato.

Il furto di beni culturali³⁹ (art. 518-bis) è punito con la reclusione da due a otto anni; in presenza di una o più delle circostanze aggravanti nell'art. 625 c.p., o di quelle individuate dal Codice dei beni culturali, la pena della reclusione va dai quattro ai dodici anni.

L'appropriazione indebita di beni culturali (art. 518-ter) riproduce, con aumento di pena, la fattispecie comune di cui all'art. 646 c.p. e la relativa aggravante qualora il possesso dei beni fosse a titolo di deposito necessario.

Anche il successivo delitto di ricettazione di beni culturali (art. 518-quater) ripropone il precetto contenuto nell'art. 648 c.p., minacciando una forbice sanzionatoria assai ampia (da 3 a 12 anni di reclusione), applicabile anche nel caso in cui l'autore del delitto da cui i beni culturali provengono non è imputabile o non è punibile, ovvero quando manca una condizione di procedibilità. Parimenti, il riciclaggio di beni culturali (art. 518-quinquies), descritto negli stessi termini dell'ipotesi di cui all'art. 648 bis, viene punito con la reclusione da cinque a quattordici anni; la pena è aumentata nel caso in cui l'autore abbia agito nell'esercizio di una attività professionale.

Del tutto nuova, invece, è l'incriminazione della mera "detenzione" di bene culturale (art. 518-sexies), descritta come la condotta di chi, fuori dei casi di ricettazione «detiene un bene culturale sapendo della sua provenienza illecita», sanzionata con la pena della reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa fino a euro ventimila.

Il nuovo titolo prevede poi alcuni reati-ostacolo che, sulla falsariga degli artt. 170 ss. del D. Lgs. 42/2004 attualmente vigenti, apprestano una tutela preventiva del patrimonio culturale

³⁶ Tra le novità contenute nel Disegno originariamente presentato spiccava l'introduzione del delitto di distruzione, danneggiamento, deturpamento o imbrattamento di beni culturali o paesaggistici (art. 1, comma 3, lett. a), punibile anche a titolo di colpa e procedibile d'ufficio, in considerazione del preminente interesse pubblico alla prevenzione e repressione di queste condotte di reato; l'introduzione di una nuova figura di delitto di furto, denominata "furto di bene culturale" (lett. b) descritta per *relationem* rispetto alla condotta tipica del furto. Si prevedeva poi una circostanza aggravante per il delitto di devastazione e saccheggio di cui all'articolo 419 del codice penale (lett. c), «nel caso in cui le condotte delittuose abbiano ad oggetto beni culturali e luoghi della cultura individuati nell'articolo 101 del codice di settore e cioè i musei, le biblioteche, gli archivi, le aree archeologiche, i parchi archeologici e i complessi monumentali».

Erano poi delineate ipotesi aggravate (con aumento della pena fino alla metà) anche con riferimento ai delitti di ricettazione (lett. d) e di riciclaggio (lett. l) "qualora il comportamento delittuoso abbia per oggetto un bene culturale". La volontà del legislatore di apprestare una tutela anticipata dei beni culturali emergeva, infine, dalla previsione del reato di possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli (lett. e), qualora il soggetto possessore si trovi in aree o zone di interesse archeologico, in parchi archeologici o in aree interessate da lavori in corso per la verifica preventiva dell'interesse archeologico.

³⁷ Così definita da MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., p. 18 a proposito del dibattito circa la collocazione sistematica dei reati contro i beni culturali. L'Autore ritiene possibili due opzioni: continuare ad investire sulla legislazione di settore, perfezionando l'appendice sanzionatoria al D. Lgs. 42/2004; provvedere ad un'opera di risistemazione ed integrazione delle fattispecie del codice penale. Questa seconda alternativa contribuirebbe a rafforzare la rilevanza e la centralità del bene giuridico, ma si espone al rilievo di una eccessiva dispersione delle fattispecie tra delitti e contravvenzioni inserite in diversi titoli del codice penale, così frustrando le esigenze di sistematicità che dovrebbero ispirare l'intervento riformatore. Investire sulla legislazione di settore, invece, presenta il pregio di coagulare in un unico testo il sistema sanzionatorio (composto di delitti, contravvenzioni, e illeciti amministrativi). Tale scelta permetterebbe inoltre all'interprete di operare un rinvio intra-sistematico alle disposizioni definitorie del Codice dei beni culturali, riempiendo di contenuto gli elementi normativi della fattispecie e preservando così una definizione unitaria dei relativi concetti.

³⁸ Il tema della "riserva di codice" è peraltro uno dei punti nodali della Riforma Orlando. Sul punto basti ricordare che, nelle more della stesura del presente articolo, l'8 febbraio 2018, il Consiglio dei ministri ha approvato in via definitiva il decreto legislativo recante "Disposizioni di attuazione del principio di delega di riserva di codice nella materia penale, a norma dell'articolo 1, comma 85, lett. q) della legge 23 giugno 2017, n. 103".

³⁹ La dottrina, tradizionalmente, riconduceva il furto di beni culturali all'ipotesi aggravata di cui al n. 7 dell'art. 625 c.p., tutte le volte in cui la condotta non configurasse un semplice impossessamento punibile di cui all'art. 67 della legge n. 1089/1939. Sui rapporti tra le due fattispecie si veda BELLACOSA M., *Patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale*, cit., p. 4

sanzionando la violazione della disciplina amministrativa sulla circolazione dei beni culturali. L'art. 518-septies dietro la generica rubrica "Violazioni in materia di alienazione di beni culturali" prevede tre distinte ipotesi: l'alienazione non autorizzata; l'omessa presentazione nel termine di trenta giorni, degli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione⁴⁰ di beni culturali, e l'alienazione nella pendenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione da parte della Ministero dei beni culturali. La disposizione successiva sanziona l'uscita e l'esportazione illecite di beni culturali, descritta come la condotta di chi trasferisce all'estero beni culturali senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione. Alla medesima pena soggiace chi non fa rientrare nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, beni culturali dei quali l'uscita e l'esportazione siano state previamente autorizzate.

Si prevede poi l'inserimento di autonome fattispecie di danneggiamento di beni culturali o paesaggistici. L'art. 518-novies punisce con la reclusione da uno a cinque anni due diverse categorie di condotte: la prima, sulla falsariga dell'art. 635 c.p., contempla ipotesi di danneggiamento diretto sulla falsariga dell'art. 635 c.p.⁴¹; la seconda è imperniata su condotte di distrazione di beni culturali, descritte come il fatto di chi fa di tali beni un uso incompatibile con il loro carattere storico o artistico o pregiudizievole per la loro conservazione. La riforma qualifica dunque come autonomi delitti, le aggravanti e le contravvenzioni attualmente previste dal codice penale (artt. 635, comma 2, n.1; 733; 734 c.p.) e subordina la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna.

La riforma irrompe nella sistematica tradizionale dei delitti che offendono il patrimonio, prevedendo la punibilità a titolo di colpa del danneggiamento di beni culturali (art. 518-decies)⁴². Altre novità di rilievo riguardano la previsione di fattispecie autonome di devastazione e saccheggio aventi ad oggetto beni culturali ovvero istituti e luoghi della cultura (art. 518-undecies), e di contraffazione di opere d'arte (art. 518-duodecies).

Si inaspriscono infine le pene dell'attuale delitto di contraffazione di cui all'art. 178 del Codice dei beni culturali. Al tempo stesso si esclude la punibilità di colui che produce, detiene, vende o diffonde opere, copie o imitazioni dichiarando espressamente la loro non autenticità.

Per contrastare efficacemente il traffico illecito di beni culturali il legislatore codifica, altresì, il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di beni culturali (art. 518-quaterdecies), punito con la reclusione da due a otto anni. La fattispecie punisce chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto o vantaggio, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, trasferisce, aliena, scava clandestinamente e comunque gestisce illecitamente beni culturali. In relazione a questo delitto la riforma prevede la competenza della procura distrettuale e persino la possibilità di svolgere attività sotto copertura.

Il nuovo titolo VIII-bis si chiude con due disposizioni di carattere generale. La prima, sulla scia di un leitmotiv ormai ricorrente, prevede la confisca penale obbligatoria, anche per equivalente, delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto, il profitto o il prezzo, in caso di condanna o patteggiamento per uno dei delitti previsti dagli articoli precedenti (art. 518-septiesdecies). La seconda, per evidenti

⁴⁰ La norma fa riferimento al trasferimento della "detenzione", anziché del "possesso". Il lessico utilizzato dal Legislatore richiama quello della precedente fattispecie di illecita detenzione (art. 518-sexies), ma non pare perfettamente coerente con le definizioni concettuali relative ai delitti contro il patrimonio. Sul punto basti osservare che l'impiego del termine "possesso", inteso in senso penalistico dalla migliore dottrina come signoria sulla cosa al di fuori della sfera di controllo del proprietario o di chi può legittimamente esercitare un potere giuridico maggiore (per tutti, ANTONISEI F, *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, Vol. I, p. 32), sarebbe di gran lunga preferibile. Non infatti sembra che la semplice *traditio* del potere di fatto sulla cosa, all'interno della sfera di sorveglianza del dominus – e quindi la "detenzione" in senso civilistico – possa in alcun modo essere equiparata, quanto a disvalore penale, alle condotte di alienazione descritte dalla norma. La *ratio* dell'assoggettamento a sanzione penale delle alienazioni abusive risiede nel pericolo della dispersione del bene culturale mobile. Un tale pericolo esiste anche nel caso di trasferimento a terzi del solo possesso del bene al di fuori della sfera di controllo del *dominus*; viceversa è assente fintanto che il bene stesso di trovi presso l'avente diritto.

⁴¹ «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende non fruibili beni culturali o paesaggistici è punito [...]».

⁴² «Chiunque, con una o più azioni, commette per colpa taluno dei fatti di cui all'articolo 518-novies è punito con la reclusione fino a due anni». Già diversi anni addietro la dottrina aveva denunciato i gravosi limiti applicativi della fattispecie di danneggiamento comune, anche nella forma aggravata, con riferimento alle condotte commesse a danno del patrimonio culturale, riferendosi in particolare ai fatti di danneggiamento colposo e al danneggiamento di cosa propria. Sul punto PRIVA G., *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 117 ss.; BELLACOSA M., *Patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale*, cit. p. 4

ragioni di politica criminale⁴³, sancisce l'applicabilità delle disposizioni penali a tutela dei beni culturali anche ai fatti commessi all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale (art 518-octiesdecies).

L'intervento riformatore tocca infine anche alcune ipotesi contravvenzionali. All'abrogazione delle fattispecie di danneggiamento inserite tra le contravvenzioni concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione (artt. 733 e 734 c.p.), fa da contraltare l'introduzione di un nuovo reato di possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli (art. 707-bis c.p.)⁴⁴.

Last but not least, l'art. 3 del disegno di legge amplia il catalogo dei reati presupposto della responsabilità delle persone giuridiche, inserendo nel d. lgs 231/2001 gli articoli 25-terdecies e 25-quaterdecies, a mente dei quali l'ente sarà chiamato a rispondere, con sanzioni graduate in base alla gravità del reato presupposto, quando i delitti contro il patrimonio culturale siano stati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio⁴⁵.

5.1.

I meriti del progetto di riforma: un esempio di buona prassi legislativa?

Al disegno di legge in esame va riconosciuto il merito di aver finalmente provveduto ad una ricollocazione sistematica delle fattispecie penali a tutela del patrimonio culturale. La scelta di inserire un nuovo Titolo VIII-bis è sicuramente degna di nota e ci pare del tutto condivisibile.

A seguito della riforma, la disciplina penale a tutela del patrimonio culturale presenterebbe la seguente fisionomia: nel codice penale sarebbero contenute tutte le fattispecie delittuose, rectius gli illeciti di danno o di pericolo concreto idonei ad offendere l'oggetto immediato della tutela, cioè il bene culturale; nel codice dei beni culturali rimarrebbero alcune fattispecie contravvenzionali (artt. 169-172 e 175), cioè i reati ostacolo a tutela della disciplina amministrativa dettata dal d. lgs 42/2004. In questo quadro bipartito l'unica eccezione sarebbe costituita dalla contravvenzione di possesso ingiustificato di metal detector (art. 707-bis c.p.), la cui collocazione tra i reati di sospetto sembra in linea con la tradizione codicistica.

Vale la pena di osservare che una soluzione siffatta riuscirebbe a superare i timori, espressi dalla dottrina⁴⁶, di una dispersione poco organica di illeciti tra il codice penale e la legislazione di settore. L'assetto complessivo di disciplina risulterebbe infatti in linea con la ratio di fondo della riforma, consistente nella elevazione del patrimonio culturale a bene giuridico di rango primario nell'assetto di valori incarnato nel codice penale. La risistemazione sembra quindi attuata con una precisa logica, volta a "centralizzare" nel codice le offese più gravi, lasciando alla legislazione di settore le fattispecie di contorno punite in forma di contravvenzioni o illeciti amministrativi.

Degna di plauso è anche la scelta del legislatore di irrigidire il trattamento sanzionatorio non solo attraverso un generale aumento delle pene edittali, ma anche mediante la creazione di autonome fattispecie di reato in luogo della previsione di circostanze come tali soggette al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.

⁴³ Disposizione più che opportuna, tenuto conto che il nostro è un Paese "di export" di beni culturali; inoltre non è raro che alcune condotte di appropriazione indebita e/o furto si verifichino quando detti beni si trovino all'estero in occasione di esposizioni o mostre.

⁴⁴ Per sfuggire alle censure di violazione del generale principio di materialità o di creazione di un reato c.d. di mero sospetto, il Legislatore specifica che il possesso ingiustificato degli attrezzi dovrà realizzarsi all'interno dei seguenti luoghi: aree e parchi archeologici (art. 101, comma 2, lettere d) ed e) del D. Lgs. 42/2004); zone di interesse archeologico (art. 142, comma 1, lettera m); aree sottoposte a verifica preventiva dell'interesse archeologico (art. 28, comma 4, del Codice dei beni culturali; art. 25 del D. Lgs. 60/2016).

⁴⁵ Più precisamente, l'art. 25-terdecies prevede che l'ente sarà responsabile in relazione alla commissione dei seguenti delitti: violazioni in materia di alienazione di beni culturali e danneggiamento colposo (comma 1); appropriazione indebita di beni culturali ed esportazione illecita (comma 2); danneggiamento e contraffazione di beni culturali (comma 3); furto, ricettazione e illecita detenzione di beni culturali (comma 4). Nel caso di condanna per uno di questi delitti si applicano all'ente le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2 del D. Lgs. 231/2001 per una durata non superiore a due anni. Il successivo art. 25-quaterdecies prevede le ipotesi più gravi di responsabilità collettiva per i fatti di riciclaggio, devastazione e saccheggio e per le attività organizzate per il traffico illecito di beni culturali. In relazione alla commissione di questi reati all'ente sarà applicata la sanzione pecuniaria da cinquecento a mille quote. Viene inoltre specificato che, se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di uno di questi delitti, si applicherà la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'art. 16, comma 3, del D. Lgs. 231/2001.

⁴⁶ MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit. p. 18

Tra le fattispecie di nuova introduzione, va accolta con favore⁴⁷ la introduzione di una figura di danneggiamento colposo di beni culturali (art. 518-decies) che concorre peraltro a sottolineare l'importanza del bene giuridico sotteso⁴⁸.

Parimenti, è degna di lode la previsione dell'autonoma rilevanza penale delle attività organizzate per il traffico illecito di beni culturali (art. 518-quaterdecies). In tal modo si costruisce una fattispecie in grado di sanzionare quelle forme di criminalità organizzata che si manifestano sempre più frequente in questo ambito e che sono tra i responsabili principali del "crocevia criminoso"⁴⁹ sul mercato nero dei beni culturali.

Da ultimo, un traguardo significativo è rappresentato dall'inclusione dei delitti contro il patrimonio culturale tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente, scelta, quest'ultima, inizialmente non contenuta nel disegno di legge delega presentato dal Governo. Non di rado infatti le attività di import-export illecito di beni culturali si svolgono nell'ambito di compagini societarie lecite (si pensi alle case d'asta), ovvero destinate principalmente al traffico illecito, magari mascherate con attività di copertura di vario genere⁵⁰.

Ebbene, dando uno sguardo d'insieme al progetto di riforma e confrontandolo con la Convenzione di recente adozione da parte del Consiglio d'Europa, ci pare che il legislatore italiano abbia dato prova di grande accortezza e capacità nel dar vita a un sistema sanzionatorio in linea con gli impegni internazionali, prima ancora che questi divengano vincolanti, e tale da coprire tutte le condotte che gli Stati saranno chiamati a perseguire penalmente una volta che la Convenzione sarà entrata in vigore. E ciò vale tanto per le ipotesi di responsabilità individuale, quanto per quelle riferibili all'ente.

Insomma nel corso dell'esame del testo da parte della Commissione Giustizia della Camera si è assistito a un aggiustamento di tiro che sembrerebbe dovuto a una precisa volontà di coordinare l'iniziativa interna con quella maturata a livello europeo. Se così fosse, e l'esame dei lavori parlamentare parrebbe darne conferma, saremmo in presenza di un ottimo esempio di coordinamento delle politiche normative intraprese su diversi fronti.

5.2. *La definizione di bene culturale*

Pur nel quadro di un giudizio d'insieme estremamente positivo, non manca però qualche zona d'ombra nel disegno all'esame dello scorso Parlamento.

Anzitutto, il testo licenziato dalla Camera non contiene alcuna norma che definisca cosa si intenda, a fini penali, per "bene culturale". Il disegno di legge presentato dal Governo, viceversa, riportava all'art. 1, comma 2, la relativa nozione, richiamando per relationem le disposizioni del d. lgs. 42/2004⁵¹.

La dottrina penalistica⁵² in materia ricorda come la definizione di bene culturale sia legata a due visioni tra loro apposte: una sostanziale, secondo cui il bene culturale è tale in rerum natura e l'atto amministrativo svolge una funzione meramente dichiarativa; una formale, in base alla quale, al contrario, la dichiarazione ha efficacia costitutiva della 'culturalità'⁵³ condizionando l'applicazione della legge penale. Questa seconda opzione offre maggiori garanzie sul piano dei principi del diritto penale, laddove la prima tutela in modo più incisivo il bene culturale, a prescindere dal previo riconoscimento da parte di un atto amministrativo.

La legislazione di settore sottopone a regimi giuridici differenti le cose di appartenenza pubblica (o di soggetti privati non perseguenti scopi di lucro) e quelle in appartenenza privata.

⁴⁷ In questo senso v. P. SEVERINO, nel corso dell'Audizione in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nella seduta del 02 maggio 2017; il resoconto stenografico della seduta è disponibile online sul sito <http://www.camera.it/> nella sezione dedicata al disegno di legge AC-4220.

⁴⁸ Nell'impianto del codice la punibilità a titolo di colpa è riservata alle sole fattispecie delittuose poste a salvaguardia di beni giuridici fondamentali, come la personalità dello Stato, l'incolumità pubblica e quella individuale.

⁴⁹ L'espressione è utilizzata da MANES V., *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, cit., p. 89

⁵⁰ Il legislatore dimostra di aver preso in considerazione questa seconda eventualità, prevedendo nel disegno, al secondo comma dell'art. 25-quaterdecies del D. Lgs. 231/2001, la sanzione capitale della interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

⁵¹ «*Ai fini della presente legge e del decreto o dei decreti legislativi di cui al comma 1: a) per "beni culturali" si intendono le cose e i beni sottoposti a tutela ai sensi e per gli effetti delle disposizioni della parte seconda del decreto legislativo n. 42 del 2004*». La norma richiamata, anche se non puntualmente, dovrebbe essere l'art. 10 del Codice dei Beni Culturali.

⁵² CARPENTIERI P., *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, cit., p. 35; MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit. p. 21

⁵³ Sulla natura giuridica della "culturalità" del bene, quale elemento normativo della fattispecie penale v. BELLACOSA M., *Patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale*, cit. p. 3 al quale si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici.

Per le prime opera una sorta di presunzione di culturalità per cui, al ricorrere dei requisiti di storicità⁵⁴, esse entrano nel patrimonio culturale fino alla eventuale verifica negativa di interesse culturale. Per i beni appartenenti ai privati, invece, è necessaria una previa dichiarazione da parte della Soprintendenza e la relativa notifica agli interessati.

Ciò posto, si è discusso circa l'incidenza della previa dichiarazione dell'interesse culturale sulla configurabilità oggettiva⁵⁵ del reato. La giurisprudenza prevalente⁵⁶ è schierata a favore della visione sostanziale, richiamando anche la formula di chiusura contenuta nell'art. 2, comma 2, del Codice dei beni culturali⁵⁷.

La questione non dovrebbe essere affrontata guardando solo al diritto interno; dovrebbe anzi essere risolta valorizzando le esigenze di uniforme applicazione della legge penale anche a condotte commesse fuori dai confini nazionali.

Nella comunità internazionale esiste una nozione comune di bene culturale mutuata dalla Convenzione UNESCO del 1970. Non a caso l'art. 2 della Convenzione di Nicosia ne richiama la definizione, intendendo per bene culturale "qualsiasi oggetto, che sia, in campo religioso o secolare, classificato, definito o comunque specificamente indicato dagli Stati di importanza archeologica, preistorica, etnologica, storica, letteraria, scientifica e che appartenga ad una delle categorie indicate"⁵⁸. Si tratta di una previsione generica ed elastica, resa inevitabile dal fatto che alcune source countries (come il Regno Unito o la Russia) non hanno istituito sistemi nazionali di designazione specifica dei beni di interesse culturale, che dunque possono essere individuati soltanto per l'appartenenza a macrocategorie⁵⁹. Sarebbe forse preferibile legare la definizione "penalistica" di bene culturale a quella fornita dalla Convenzione UNESCO, anziché richiamare le previsioni di diritto interno contenute nella normativa di settore. In questo modo si potrebbe ottenere un sicuro beneficio: l'utilizzo di un elemento normativo di fattispecie di ancoraggio internazionale – peraltro di così ampia condivisione – eliminerebbe alla radice ogni problema scaturente dall'applicazione della legge penale italiana a condotte che, il più delle volte sono commesse, in tutto o in parte, all'estero⁶⁰.

5.3. *La fattispecie di detenzione di bene culturale*

Le ulteriori note critiche si indirizzano verso l'introduzione del delitto di mera detenzione di beni culturali (art. 518-sexies, nel testo approvato dalla Camera).

Attualmente il Codice dei beni culturali punisce come delitto l'impossessamento illecito di beni culturali (art. 176), descritto come il fatto di «si impossessa di beni culturali indicati nell'articolo 10 appartenenti allo Stato ai sensi dell'art. 91». La fattispecie di distingue da quella di furto comune poiché essa prevede come presupposto del fatto che le cose siano state ritrovate dal soggetto attivo all'esito di una qualche attività di ricerca. Infatti, il richiamato articolo 91 dispone che «le cose indicate nell'articolo 10, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato». La norma sembra quindi non incriminare il possesso in sé, ma l'impossessamento conseguente a ritrovamento: non punisce il mero possessore, ma, per dirla in gergo, il "tombarolo".

Diversamente, il delitto di futura introduzione punisce, assai più genericamente, una statica situazione possessoria. La condotta è descritta come il fatto di chi "detiene un bene culturale sapendo della sua provenienza illecita".

⁵⁴ Cinquant'anni per i beni mobili, settant'anni per i beni immobili, previa morte del loro autore (artt. 12 del Codice dei beni culturali).

⁵⁵ Si tratta, in realtà, di un tema che 'incrocia' quello dell'elemento soggettivo del reato posto che, come correttamente osservato, l'atto amministrativo esplica anche una funzione importante di conoscibilità del divieto di legge e indice sulla proiezione soggettiva del dolo. Cfr. CARPENTIERI P., *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, cit., p. 35.

⁵⁶ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali di rinvio a DEMURO G.P., *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit. p. 155 e a MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit. p. 21.

⁵⁷ «Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà».

⁵⁸ «In respect of movable property, any object, situated on land or underwater or removed therefrom, which is, on religious or secular grounds, classified, defined or specifically designated by any Party to this Convention or to the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, as being of importance for archaeology, prehistory, ethnology, history, literature, art or science, and which belongs to the following categories [omissis]».

⁵⁹ Tali le considerazioni espresse dalla Prof.ssa Paola Severino nella citata Audizione in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati.

⁶⁰ Si ricorda che l'art. 518-duodevices (Fatto commesso all'estero) di cui all'art. 1, comma 1, lett a) ultima parte del disegno di legge attualmente in discussione, prevede che «Le disposizioni del presente titolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale».

Tale fattispecie rischia di ampliare eccessivamente i margini di punibilità anche alle situazioni possessorie già in atto, rispetto alle quali non si verifichi alcuna interversione dell'animus possidendi o alcun mutamento della situazione di fatto⁶¹. Sembra che il legislatore nazionale abbia voluto estendere la condotta di "retention" degli oggetti "scavati" – descritta dall'art. 4, par. 1, lett. c) della Convention⁶² – a tutte le situazioni possessorie aventi ad oggetto beni culturali, determinando non solo un eccessivo arretramento della soglia di rilevanza penale, ma anche il rischio di una inversione dell'onere della prova sulla circostanza di aver acquistato il bene in data antecedente all'entrata in vigore della nuova incriminazione.

La punibilità della mera detenzione del bene culturale – come se si trattasse di un'arma o di una sostanza stupefacente⁶³ – rappresenta una scelta di criminalizzazione forse eccessiva, nel contesto di un titolo che contempla altre ipotesi di reato in grado di assorbire il disvalore penale delle condotte realmente offensive del patrimonio culturale⁶⁴. La norma avrebbe, inoltre, una portata incriminatrice assai ampia, tale da potere essere applicata tanto al ricettatore professionista, nei confronti del quale non si riesca a provare che costui acquistato o ricevuto il bene conoscendone la provenienza delittuosa, quanto al semplice quivis de populo trovato in possesso in un vaso etrusco ereditato da un parente. Insomma, si tratterebbe di un reato "di sospetto" che appare poco conforme alle esigenze di frammentarietà del diritto penale.

Da punto di vista del principio tempus regit actum, è evidente il rischio di tensioni rispetto all'applicazione dell'art. 2 c.p. in quanto si finirebbe col pretendere dall'imputato la prova liberatoria di aver acquistato la disponibilità del bene culturale in data recedente all'entrata in vigore della futura legge.

Pronunciandosi in tema di impossessamento illecito di beni archeologici la giurisprudenza del passato aveva stabilito una presunzione di illiceità del possesso del privato che non sapesse fornire la prova della legittima provenienza del bene. L'evoluzione giurisprudenziale successiva⁶⁵ ha fortunatamente superato questo indirizzo interpretativo, ma rimane comunque un atteggiamento indulgente verso una deriva quasi oggettiva della responsabilità del privato, cui si abbina un evidente impoverimento del dolo⁶⁶. Ecco che gli stessi dilemmi si riproporrebbero, peraltro accentuati, per la fattispecie di nuovo conio, rispetto alla quale non è neppure necessario che il detentore abbia attivamente partecipato alla presa di possesso del bene. Così l'illiceità della detenzione verrebbe ad essere incastonata entro un rigido schema presuntivo, quasi che il possesso del bene fosse da solo sintomatico di un dolus in re ipsa.

5.4.

L'importazione di beni culturali

Un ultimo punto di tensione riguarda la responsabilità per le condotte di import illecito. Il "nuovo" titolo VIII-bis non prevede alcuna specifica fattispecie volta a punire l'importazione illecita di beni culturali⁶⁷. Un'ipotesi del genere non è contenuta neppure all'interno del d.lgs. 42/2004 ove si contempla la sola fattispecie di uscita o esportazioni illecite (art. 174).

Non è chiaro se si tratti di una mera dimenticanza oppure di una consapevole scelta di politica legislativa nel senso di affidare la repressione delle condotte di import al reato di ricettazione di beni culturali, sul presupposto della provenienza delittuosa degli stessi (export illecito dal paese di origine). In tal caso, permarrebbe l'intrinseca problematicità di una norma che fonda l'illiceità penale della condotta di importazione sul mancato rispetto delle norme in tema di esportazione applicabili nel Paese di provenienza del bene culturale, particolarmente evidente sul piano della proiezione del dolo relativo alla conoscenza di tali norme da parte di chi importa.

L'inserimento di una specifica fattispecie criminosa riguardante l'importazione illecita di beni culturali è una soluzione che il legislatore della riforma dovrebbe prendere in seria consi-

⁶¹ Anche questo profilo è emerso nel corso delle audizioni in Commissione Giustizia. Cfr. Resoconto stenografico della seduta del 04 maggio 2017, Audizione del Prof. Stefano Manacorda, p. 28

⁶² L'attuale delitto di impossessamento illecito di bene culturale di cui all'art. 176 del D. Lgs. 42/2004 sembra aderire perfettamente alla necessità di criminalizzare la *retention* di beni culturali, senza ampliare in modo eccessivo i margini di punibilità.

⁶³ Si richiama nuovamente il Resoconto stenografico, nella parte dell'audizione della Prof.ssa Severino, p. 8

⁶⁴ Come il furto e l'appropriazione indebita (art. 518-*bis* e *ter*); l'acquisto, la ricezione, l'occultamento (art. 518-*quater*); sostituzione o trasferimento (art. 518-*quingies*).

⁶⁵ Per tutte, Cass. Pen., sez. III, 7 giugno 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 151 ss.

⁶⁶ L'espressione è di MANES V., *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, cit., p. 101

⁶⁷ Lo nota anche MANACORDA S., *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., p. 14

derazione, anche alla luce dell'inclusione dell'illegal importation⁶⁸ fra le condotte che gli Stati saranno chiamati a criminalizzare una volta entrata in vigore la Convenzione di Nicosia.

6. Osservazioni conclusive

Grazie al “cambiamento di rotta” registratosi nel corso dell'esame in commissione del disegno di legge, la Camera dei Deputati ha gettato le basi per una razionale ricollocazione sistematica delle fattispecie penali a tutela del patrimonio culturale.

Dando uno sguardo d'insieme al progetto di riforma, emergono due aspetti sicuramente positivi: la scelta di inserire un nuovo Titolo VIII-bis all'interno del codice penale, e la creazione di un sistema sanzionatorio in linea con gli impegni internazionali, tale da coprire tutte le condotte che gli Stati saranno chiamati a perseguire penalmente una volta che la Convenzione sarà entrata in vigore.

Questo eccellente esempio di coordinamento legislativo rischia tuttavia di cadere nel vuoto con il termine della legislatura.

Spetterà dunque al nuovo Parlamento il delicato compito di portare a compimento l'iter legislativo, con l'auspicio che, in questo passaggio, rimanga inalterato l'impianto di fondo del progetto di riformatore, e che si possa cogliere l'occasione per rivedere alcune disposizioni, facendo fronte alle criticità pocanzi evidenziate.

⁶⁸ L'art. 5 della Convenzione si riferisce alle condotte di importazione aventi ad oggetto beni rubati in un altro Stato, scavati in violazione della legge dello Stato in cui lo scavo ha avuto luogo o esportati in violazione delle leggi dello Stato che li ha classificati, designati o specificamente indicati come beni culturali. Tali condotte dovranno costituire *«a criminal offence under its domestic law where the offender knew that the cultural property had been stolen, excavated or exported in violation of the law of that other State»*.

Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto

Illegal Waste Trafficking in the Mediterranean area: Phenomenology and Measures of Contrast

MARTA PALMISANO
Dottoranda in Diritto Penale
Università di Palermo
marta.palmisano@unipa.it

TRAFFICO, RIFIUTI, MEDITERRANEO,
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA, ECOMAFIA, AMBIENTE

TRAFFICKING, WASTE, MEDITERRANEAN AREA,
ORGANIZED CRIME, ECOMAFIA, ENVIRONMENT

ABSTRACT

Il presente studio affronta il delicato tema dei traffici illeciti di rifiuti, con specifico riguardo all'area Mediterranea, al fine di individuare efficaci strumenti di prevenzione e repressione del fenomeno *eco-mafioso*. A tal proposito si prendono le mosse da un'analisi preliminare delle dinamiche attraverso cui quest'ultimo si manifesta, dei modelli operativi, dei soggetti coinvolti e dei ruoli ricorrenti. Quindi, dopo aver analizzato il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, tradizionalmente previsto dall'art. 260 d.lgs. 152/2006 e oggi riprodotto dall'art. 452 *quaterdecies* c.p. e averlo posto in relazione con gli artt. 416 e 416 *bis* c.p., si passano in rassegna l'aggravante "*eco-mafiosa*" e "*ambientale*", introdotte con la l. 68/2015 per perseguire le forme di criminalità ambientale che interagiscono con associazioni criminose. La normativa e le politiche criminali vigenti vengono esaminate in chiave critica per verificarne l'effettiva idoneità a cogliere la complessa dinamica attraverso cui il fenomeno si manifesta e a colpirlo nei suoi tratti distintivi e nel suo preciso atteggiarsi. In tale contesto, preso atto delle criticità che il panorama normativo presenta e considerate le similitudini con la struttura delle associazioni per delinquere, viene valutata l'opportunità di introdurre nell'ordinamento italiano la fattispecie associativa *ad hoc* dell'"*associazione per delinquere contro l'ambientale*".

This study focuses on the delicate issue of illegal waste trafficking, in particular in the Mediterranean area, to identify effective tools to prevent and repress the *Ecomafia* phenomenon. In order to do that, a preliminary analysis of the operating models must be carried out, as well as of the phases through which it develops, of the aims it pursues and of the subjects that take part in it. In this regard, arising from the natural starting point in the Italian body of law, the Article 260, d. lgs. 2006, no. 152, today reproduced by the Article 452 *quaterdecies* penal code, as combined in some cases with the Articles 416 and 416 *bis* penal code, the study will then consider the aggravating circumstances "*eco-mafiosa*" and "*environmental*", introduced by the Law 22 May 2015, no. 68, in order to contrast the hypothesis of environmental crimes, whenever they interact with criminal associations. The research will address the effectiveness of the current legislation to properly neutralize the entire dynamic since its origine and in its distinct features. In this context, having noted the level of criticality that the regulatory overview presents in dealing with a phenomenon of such magnitude and complexity, and having considered several similarities with the criminal association structure, one wonders about the opportunity to introduce a specific associative hypothesis, to regulate the "*association to commit environmental crimes*".

SOMMARIO

1. Profili introduttivi – 2. La criminalità ambientale e il fenomeno delle cd. “ecomafie” – 3. La centralità del Mar Mediterraneo e i numeri delle inchieste: le cd. “navi dei veleni” – 3.1. Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: analisi del fenomeno e modus operandi – 4. Gli strumenti normativi di contrasto: in particolare, l’attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, oggi art. 452 *quaterdecies* c.p.) – 4.1. Il difficile rapporto tra il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti e gli artt. 416 e 416 *bis* c.p. – 4.2. Analisi dell’aggravante “eco-mafiosa” ex art. 452 *octies* c.p. e dell’aggravante “ambientale” ex art. 452 *novies* c.p. – 5. Riflessioni in merito ad un’eventuale fattispecie di “associazione per delinquere contro l’ambiente” – 6. Considerazioni conclusive.

1. Profili introduttivi

Il contributo si propone di affrontare il delicato tema del traffico illecito dei rifiuti, fenomeno che assume oggi una portata di notevole estensione e che coinvolge questioni connesse con la criminalità organizzata, la sicurezza, l’economia internazionale e il traffico di armi, finendo altresì con l’incidere su beni collettivi fondamentali quali la salute e gli equilibri ecologici.

Nel dettaglio, si intendono individuare idonei ed efficaci strumenti di prevenzione e repressione del fenomeno, concentrando in particolare l’attenzione sui traffici localizzati nell’area Mediterranea, la quale si è storicamente distinta per la vivacità e la ricchezza dei flussi commerciali.

A questo proposito, dopo aver brevemente analizzato il fenomeno e il *modus operandi* delle organizzazioni criminali in questo ambito, con particolare riguardo alle *ecomafie*, ed aver sommariamente ricostruito il quadro normativo all’interno del quale si inserisce il fenomeno oggetto di studio, si intende concentrare l’attenzione sulla fattispecie delittuosa che disciplina l’attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti di cui all’art. 260 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Testo Unico Ambientale, o TUA), oggi sostituito e letteralmente trasposto nell’art. 452 *quaterdecies* c.p.¹, proponendo altresì un confronto con le fattispecie associative di cui agli artt. 416 c.p. e 416 *bis* c.p.

Nell’esaminare gli strumenti penali oggi azionabili per contrastare il fenomeno eco-mafioso, si procederà altresì ad un’analisi delle disposizioni, di recente inserimento, di cui agli artt. 452 *octies* c.p. e 452 *novies* c.p., le quali introducono, rispettivamente, un’aggravante cd. “eco-mafiosa” ed un’aggravante cd. “ambientale”.

A tal proposito, si rifletterà sull’idoneità della normativa vigente a cogliere i tratti distintivi del fenomeno eco-mafioso, anche alla luce dell’assenza, nell’ordinamento italiano, di una fattispecie associativa *ad hoc* in materia ambientale.

In questo contesto, preso atto della difficoltà di ricondurre alle fattispecie oggi esistenti l’ampia gamma di comportamenti, dinamiche e ruoli che si intrecciano fra loro e si inseriscono nell’ambito del complessivo fenomeno, ci si porrà l’interrogativo in merito all’opportunità di introdurre nel sistema penale italiano una tale disposizione, finalizzata ad incriminare “l’associazione per delinquere contro l’ambiente”, o se tale eventuale ulteriore previsione possa determinare una inutile proliferazione di fattispecie penali.

2. La criminalità ambientale e il fenomeno delle cd. “ecomafie”

Tra i settori che maggiormente hanno attirato l’attenzione della criminalità organizzata, interessata ad ogni forma di illecito arricchimento, hanno assunto rilevanza centrale, nel corso

¹ L’art. 3, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, vigente a partire dal 6 aprile 2018, inserisce nel codice penale l’art. 452 *quaterdecies*, il quale riproduce letteralmente l’art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo Unico Ambientale). La nuova collocazione del reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti nell’ambito del codice penale risponde al principio della riserva di codice, introdotto nel nuovo art. 3 *bis* c.p. dall’art. 1 del d.lgs. 21/2018. Dal 6 aprile 2018, pertanto, tutti i richiami normativi all’art. 260 TUA devono intendersi riferiti all’art. 452 *quaterdecies* c.p. Anche numerosi ragionamenti sviluppati nel corso degli anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito all’art. 260 TUA possono intendersi estesi al nuovo art. 452 *quaterdecies* c.p. il quale, seppur nella nuova veste codicistica, ricalca per intero la disposizione di cui all’art. 260 TUA.

degli ultimi decenni, le attività che incidono sull'ambiente, e tra queste le cd. "ecomafie"².

Con questo neologismo coniato dall'associazione ambientalista Legambiente, si suole fare riferimento a quelle associazioni criminali dedite alla commissione di illeciti perpetrati ai danni dell'ambiente³ e, in particolar modo, dedite al traffico e allo smaltimento illecito dei rifiuti. A ben vedere, il termine evoca e comprende due concetti diversi, ma tra loro collegati: da un lato, "la dimensione sistemica del reato ambientale", dall'altro lato, "l'economia "sporca" per le infiltrazioni insite nel metodo mafioso"⁴.

Orbene, occorre in primo luogo premettere che tale fenomeno, nel corso degli anni, ha subito una trasformazione da una dimensione cd. "occasionale-individuale" ad una cd. "organizzata-complessa"; invero, si tratta di attività criminose che, manifestandosi attraverso modalità organizzative tipiche delle associazioni a delinquere di stampo mafioso, si presentano oggi estremamente articolate. Ne consegue la diffusione di reti che collegano, da una parte, le organizzazioni criminali tra loro e con la criminalità tradizionalmente intesa, anche in un'ottica transnazionale e, dall'altra, con istituzioni e soggetti operanti all'interno dell'economia "legale". In particolare, il settore dei rifiuti si caratterizza sempre più per la compresenza di una pluralità di figure specializzate, in un intreccio di ruoli e competenze, ciò garantendo la solidità delle stesse organizzazioni criminali anche attraverso il coinvolgimento di organi "affaristico-imprenditoriali" nazionali e transnazionali. L'espressione *ecomafia* sembra infatti suggerire proprio l'intreccio, in un "settore protetto"⁵, tra una molteplicità di soggetti, imprenditori, produttori, trasportatori, tecnici di laboratorio, pubblici funzionari, con altre figure più "opache"⁶, come intermediari commerciali e mediatori, fino a veri e propri esponenti di organizzazioni geneticamente criminali, specie di stampo mafioso⁷.

Tra le principali cause che favoriscono lo sviluppo di tale fenomeno non possono sottacersi la complessità della legislazione e le lacune normative, il continuo stato di emergenza, i fatti corruttivi, i rapporti collusivi nell'ambito dell'attività delle P.A., e, soprattutto, la mancanza di adeguati controlli⁸.

Tali fattori sono esaltati dall'aspetto "transnazionale" assunto dal fenomeno⁹, il quale infatti favorisce la possibilità di ricercare sui mercati internazionali maggiori opportunità di arricchimento, riducendo nel contempo il rischio di risalire agli autori degli illeciti. La connessione tra organizzazioni operanti in Paesi diversi, inoltre, oltre a determinare problemi in ordine

² Sul tema v. anche V. PLANTAMURA, *Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 73; E. LO MONTE, *Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. PATALANO, Torino, 2003, 254 ss.; C. BONGIORNO, *La lotta alle ecomafie tra tutela dell'ambiente e dell'ordine pubblico: un equilibrio precario attraverso l'(ab)uso di concetti elastici*, in *questa Rivista*, n.3-4/2012, p. 126 ss.;

³ Il termine *ecomafia* può essere infatti inteso anche in senso estensivo, ricomprendendovi qualunque attività illecita perpetrata ai danni dell'ambiente; si pensi, ad esempio, ai reati ambientali in materia di abusivismo edilizio, alla gestione illecita nell'ambito delle energie rinnovabili, alle truffe ai danni dello Stato e dell'Ue per il conseguimento di erogazioni pubbliche, alle aggressioni ai danni del patrimonio culturale, artistico ed archeologico (archeomafie), etc.

⁴ Per tale evocativa distinzione cfr. A. BALSAMO, *Gli strumenti di contrasto delle ecomafie nella prospettiva Europea*, (a cura di), B. ROMANO, *I reati ambientali alla luce del Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2013, p. 237.

⁵ Secondo il rapporto di *Transcrime, Progetto PON sicurezza 2007-2013, Gli investimenti delle mafie*, 90 ss., il settore dei rifiuti rientrerebbe nella categoria dei "settori protetti", settori connotati da lunghi iter burocratici, obblighi di autorizzazioni e concessioni, all'interno dei quali le P.A. sono in grado di svolgere un ruolo centrale.

⁶ G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, 291.

⁷ Tale fenomeno criminoso si presenta "evanescente" rispetto ad ogni prospettabile impianto di *enforcement*, dal momento che sembra seguire lo sviluppo delle società moderne, individuando con anticipo i nuovi settori sui quali investire "impadronendosi" degli snodi fondamentali dei settori più lucrativi e finendo per alterare le regole del mercato; F. BARRESI, *Mafia ed economia criminale. Analisi socio-criminologica di un'economia "sommersa" e dei danni arrecati all'economia legale*, Roma, II Ed. 2007, 65 ss.

⁸ La relazione della DDA del 2016 e il rapporto 2016 della Commissione ecomafie in Sicilia ricostruiscono la "presenza di un sistema di illegalità diffuso e radicato". In merito alle infiltrazioni della criminalità organizzata di stampo mafioso nel settore dei rifiuti si legge: "Traffici di rifiuti di così ampie dimensioni sono stati resi possibili, evidentemente, dalla mancanza di adeguati controlli da parte degli organi preposti [...] L'infiltrazione avviene prevalentemente attraverso il controllo degli appalti e delle attività accessorie rispetto al settore dei rifiuti vero e proprio. Secondo la DNA "l'interesse della criminalità organizzata alla politica economica e sociale nasce dalla possibilità di accedere alle risorse finanziarie di cui dispone la P.A. e dall'opportunità di investimento dei capitali di provenienza illecita nell'economia legale della cosa pubblica. Secondo la Commissione d'inchiesta sul sistema dei rifiuti in Sicilia, 2016 "prima ancora che l'ambiente, ad essere inquinato è l'intero sistema di gestione dei rifiuti".

⁹ M. LETIZI, *Il business dello smaltimento dei rifiuti e la criminalità organizzata. Attività di intelligence e costruzione di un modello di analisi strategica*, in M. LETIZI, *Comportamento criminale, ecomafie e smaltimento dei rifiuti: strumenti e proposte per un approccio analitico*, Soveria Mannelli, 2003, 3 ss.

all'individuazione del *locus commissi delicti*¹⁰, agevola anche il rischio del c.d. *forum shopping*¹¹, consentendo ai gruppi criminali di “eleggere” gli Stati nei quali appare meno rischioso condurre l'attività illecita, in ragione di carenze normative, politiche legislative inadeguate o più flessibili, assenza di adeguate forme di controllo.

Lo sviluppo del fenomeno del traffico e dello smaltimento illecito dei rifiuti, è altresì legato all'importo dei costi di gestione delle imprese, i quali subiscono un notevole abbattimento laddove si presenti un'offerta di smaltimento “fittizio” da parte delle consorzierie criminali. Non si può infine sottovalutare la possibilità che tali attività illecite rappresentino il tramite per legalizzare eventuali proventi derivanti da pregresse attività illecite (*money laundering*)¹². Per le suddette ragioni tale settore, assume oggi una portata globale e rappresenta una tra le attività più lucrative al mondo, in crescita da due a tre volte più velocemente del *PIL* globale¹³. All'espansione del fenomeno, tuttavia, non sempre si contrappongono misure di prevenzione e repressione idonee a contrastarlo. Infatti, ad una crescente consapevolezza della dannosità sociale del fenomeno, che può rappresentare una minaccia anche per gli ecosistemi e la salute, spesso non fa seguito un'organica legislazione nel settore penale, in grado di attuare pienamente in Italia i principi adottati a livello europeo.

3.

La centralità del Mar Mediterraneo e i numeri delle inchieste: le cd. “navi dei veleni”

L'importanza di rivolgere l'attenzione ai traffici illeciti nel Mediterraneo affonda le proprie radici nel peculiare ruolo che quest'area ha sempre assunto nella storia delle relazioni commerciali internazionali.

L'area del Mediterraneo, infatti, oltre a rappresentare un importante momento di incontro tra diverse comunità che dagli scambi culturali e commerciali hanno tratto reciproca prosperità, ha storicamente svolto una funzione di anello di congiunzione marittimo dei flussi commerciali che ivi confluiscono e si dipartono da e verso il continente europeo, africano e asiatico.

Tuttavia si tratta anche di un'area che si è caratterizzata per una continua instabilità politica e sociale divenendo nel tempo terreno fertile per le organizzazioni criminali che ivi hanno incrementato le economie illecite, accresciuto i profitti tratti dai traffici illegali, quali quello degli stupefacenti, dei beni culturali, del contrabbando di tabacchi, della tratta di esseri umani, nonché i traffici di armi e rifiuti, attività, queste ultime, spesso peraltro tra loro connesse laddove il traffico di rifiuti abbia rappresentato una forma di pagamento del materiale bellico.

Peraltro, in particolare, lo sviluppo dei traffici illeciti in quest'area è strettamente connessa alla povertà del continente africano, “facile preda” delle organizzazioni criminali anche a causa di legislazioni più permissive, fenomeni corruttivi, carenze di competenze tecniche e strutture di controllo, diffusione di sistemi produttivi a basso costo.

Con riferimento specifico al traffico illecito di rifiuti, tale attività si è manifestata prevalentemente con la spedizione e l'abbandono dei rifiuti nei paesi africani o con l'affondamento nel Mar Mediterraneo di rifiuti pericolosi e radioattivi. Preoccupante riscontro della portata del fenomeno è stato fornito dalla Commissione bicamerale di inchiesta sulle ecomafie che il 14 febbraio 2017 ha avviato la desecretazione dei documenti del Sismi (oggi Aise) dai quali è

¹⁰ Invero, la competenza territoriale per il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti deve essere individuata nel luogo in cui le varie frazioni della condotta, per la loro reiterazione, hanno determinato il comportamento punibile. Sarà dunque competente il giudice del luogo dove si è integrato il requisito della reiterazione. Tuttavia, l'applicazione di siffatta regola si rivela estremamente problematica.

¹¹ Ciò è dovuto anche al fatto che contemporaneamente, accanto al principio di territorialità, gli Stati possano far ricorso ai principi di difesa, personalità attiva ed universalità; per i delitti associativi, specie in un'ottica transnazionale, si parla anche di pluriterritorialità; ciò finisce per creare problemi di *overlapping* di giurisdizioni. Secondo V. PLANTAMURA, *Ecomafia, reati associativi e dritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 74, tra le criticità si aggiunge che la “*consensualità*” che caratterizza il fenomeno determina una maggiore difficoltà nella fase dell'accertamento e nella predisposizione di adeguati meccanismi di prevenzione e repressione. In merito v. anche S. MANACORDA, *Profili problematici delle fattispecie associative*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 192.

¹² L'attività di smaltimento dei rifiuti può quindi rappresentare un reato presupposto del reato di riciclaggio o costituire copertura per riciclare i proventi illeciti derivanti da un altro reato presupposto. M. LETIZI, *Il business dello smaltimento dei rifiuti e la criminalità organizzata. Attività di intelligence e costruzione di un modello di analisi strategica*, cit., 3 ss.; E. LO MONTE, *Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività*, cit., 254.

¹³ Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Prot. 12720/2017/PNA, *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, 12 Aprile 2017, 292.

emersa la notizia di novanta navi affondate dolosamente (cd. navi a perdere)¹⁴ dalla criminalità organizzata, a partire dagli anni '90 (1989- 1995)¹⁵.

Nei documenti riscontrati si parla di traffici internazionali di rifiuti illeciti, triangolazioni con traffici illegali di armi, intrecci tra affari (anche politici) e criminalità organizzata, operazioni di riciclaggio di denaro; il traffico internazionale di rifiuti rappresenta pertanto oggi uno snodo centrale rispetto a più attività illecite.

Da qui la rilevanza e la gravità del fenomeno che arriva ai nostri giorni¹⁶ e che è oggi in piena espansione.

3.1.

Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: analisi del fenomeno e modus operandi

Le modalità di smaltimento e gestione illecita dei rifiuti si presentano complesse e varie.

In particolare, il *dumping* ambientale, vendita all'estero di una merce a prezzi inferiori a quelli praticati sul mercato interno, rappresenta oggi uno dei metodi più diffusi per risolvere il problema del dispendioso smaltimento delle scorie prodotte dalle industrie, senza tuttavia incidere sui bilanci delle aziende.

A questo proposito, il sistema di norme e controlli introdotti dalla Convenzione di Basilea, in materia di movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi, appare inadeguato e viene spesso aggirato dai trafficanti attraverso la tecnica del "giro-bolla". Si tratta di una tecnica di "ripulitura" formale dei rifiuti i quali, attraverso l'ausilio di intermediari e una pluralità di trasporti e passaggi intermedi, consente una declassificazione dei rifiuti sotto altri codici aventi un costo di lavorazione più basso e dunque economicamente più conveniente.

I rifiuti così "ripuliti" e della cui filiera si perdono le tracce vengono poi smaltiti illegalmente, seppur in modo formalmente legale, al fine di eludere la normativa, sottrarsi alle prescrizioni autorizzative, ridimensionare i costi e le procedure che le norme di settore invece impongono, con conseguente alterazione degli equilibri del mercato lecito. Invero, le imprese che si liberano di scarti di produzione rivolgendosi al mercato nero dello smaltimento praticano odiose forme di concorrenza sleale nei confronti delle aziende che operano nella legalità; si pensi che lo smaltimento legale di un container di circa 15 tonnellate di rifiuti pericolosi ha un costo medio di 60 mila euro, mentre la via illegale riuscirebbe ad abbattere i costi aziendali anche fino al 90%. L'operare in dispregio delle prescrizioni normative genera, pertanto, non solo gravi e spesso irreversibili danni all'ambiente, ma causa anche una catena di atti emulativi da parte di altre imprese "indotte" ad operare nell'illegalità a difesa della loro capacità imprenditoriale.

Tra le altre modalità operative finalizzate allo smaltimento illecito di rifiuti si ricordano anche operazioni di fittizia trasformazione dei rifiuti in materie prime, apparenti interventi di recupero, simulazioni di trasporto e smaltimenti occulti accompagnati da formulari solo formalmente validi. L'attività illecita è infatti completata dall'alterazione e falsificazione dei documenti di accompagnamento delle tipologie dei rifiuti, che vengono così avviati a forme di smaltimento non corrette ed in dispregio della normativa. Infine si realizzano false fatturazioni emesse dai produttori nei confronti degli smaltitori per giustificare operazioni inesistenti, così da compensare la pregressa fatturazione relativa alle operazioni di smaltimento non effettuate.

Le organizzazioni criminali beneficiano inoltre della collaborazione di una pluralità di soggetti, funzionari pubblici, tecnici e altresì imprese che operano lecitamente. In particolare, si evidenzia il ruolo chiave svolto dai *centri di stoccaggio*, siti intermedi, nati per facilitare le attività di recupero, che si sono tuttavia trasformati nel tempo in veri e propri "serbatoi" di illegalità all'interno dei quali si procede, a titolo di esempio, ad attività di miscelazione di rifiuti speciali pericolosi con quelli non pericolosi.

Infine, la declassificazione e la falsificazione delle caratteristiche reali e dell'"identità" dei rifiuti, nel transito da un centro di stoccaggio all'altro, incontra spesso la fondamentale com-

¹⁴ Si pensi a titolo di esempio alle celebri navi *Jolly Rosso*, *Rigel* e *Cunsky*.

¹⁵ Sin dagli anni Settanta, infatti, l'Italia fa ricorso al cd. *dumping ambientale* per smaltire rifiuti industriali e i paesi del Mediterraneo rappresentano i principali destinatari delle sostanze più pericolose e costose da smaltire.

¹⁶ Si ricordino, tra le altre, l'operazione "*Green Storm*" del 2015 e l'inchiesta di Torino del 2017, che hanno registrato la sistematicità di traffici internazionali di rifiuti pericolosi nell'area Mediterranea. Le spedizioni di rifiuti verso il continente africano, hanno interessato, in particolare, Somalia, Senegal, Libano, Mogadiscio e Mozambico.

plicità dei laboratori di analisi. Rilevante è anche l'intermediazione di società commerciali che mettono in contatto i produttori di rifiuti con il trasportatore o lo smaltitore. Sullo sfondo figura spesso una P.A. "disattenta" nell'attività di rilascio delle autorizzazioni ambientali ed inefficiente nelle successive fasi di controllo¹⁷.

Nell'ambito dell'intricato meccanismo che agevola il fiorire del mercato illegale che si è cercato di illustrare, numerose sono le occasioni di infiltrazione per i sodalizi criminosi, i quali si pongono come interlocutore imprenditoriale capace di gestire, in regime di incontrastato monopolio, gran parte delle attività che si inseriscono nel ciclo di gestione dei rifiuti.

4.

Gli strumenti normativi di contrasto: in particolare, l'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, oggi art. 452 *quaterdecies* c.p.)

Negli ultimi anni, la necessità di contrastare l'aggravarsi del descritto fenomeno criminoso transnazionale ha portato la comunità internazionale ad individuare strategie concertate e coordinate, che consentano di rafforzare la collaborazione tra gli Stati nell'azione di prevenzione e di repressione¹⁸.

A livello internazionale, la prima fonte di rilievo è rappresentata dalla Convenzione di Basilea, entrata in vigore nel 1992, sul controllo del movimento transfrontaliero di rifiuti pericolosi e il loro smaltimento¹⁹. Centrale importanza assume altresì la Convenzione di Palermo del 2000, ratificata in Italia con la l. 146/2006, contro il crimine organizzato transnazionale, che fornisce altresì una chiara definizione di reato transnazionale. A livello Europeo si ricordano la Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, recepita in Italia con il d.lgs. n. 121 del 2011 e il Regolamento (CE) n. 1013/2006 del 2006 relativo alle spedizioni di rifiuti²⁰.

Infine, a livello nazionale, assume importante rilievo il titolo VI *bis* c.p., dedicato ai *Delitti contro l'ambiente*, introdotto con la riforma intervenuta con l. 22 maggio 2015 n. 68²¹, nonché il d.lgs. 121/2011 attuativo della Direttiva 2008/99/CE, che ha inciso anche sul d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità degli enti²², inserendovi l'art. 25 *undecies* che oggi pertanto richiama espressamente il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti²³.

Da ultimo, assume centrale importanza il d.lgs. 152/2006 (Testo Unico Ambientale o TUA), che recepisce la direttiva 2000/60/CE, modificato dal d.lgs. 205/2010, a sua volta at-

¹⁷ Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti, Doc. XXIII n. 17, *Quadro d'insieme delle principali tematiche oggetto di indagine, prospettive e proposte*, 2006, p. 81 ss.

¹⁸ Per un approfondimento in materia di contrasto al crimine organizzato, in una prospettiva multilivello, v. V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. MILITELLO, L. PAOLI, J. ARNOLD, Milano, 2000, 44 ss.

¹⁹ L'atto prevede la possibilità di imporre la reimportazione di rifiuti qualora siano stati oggetto di un traffico illecito. Nell'ambito della normativa internazionale si ricordino altresì la Conv. di Barcellona del 1976, la Conv. di Montego Bay del 1982, la Conv. di Lomé IV del 1989, la Conv. di Bamako del 1991 e la Conv. di Marpol del 1978.

²⁰ A livello europeo si ricordino altresì, tra le altre, la Direttiva 2008/68/CE sul trasporto di merci pericolose e la Direttiva 2013/30/UE sulla sicurezza delle operazioni in mare.

²¹ Per un approfondimento della recente riforma in materia ambientale e delle criticità da quest'ultima poste v. anche L. SIRACUSA, *La Legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "Ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, 197 ss.; M. CATENACCI, *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 2/2015, 32 ss.; M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente tra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1069 ss.; C. BERNASCONI, *L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla l. n. 68/2015 (Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in <http://www.legislazionepenale.eu> (11 gennaio 2016); C. RUGA RIVA, *I nuovi ecodelitti. Commento alla Legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, *passim*; L. RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015, n. 68*, in www.lexambiente.it; M. TELESCA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015.

²² In tema di responsabilità degli enti in materia ambientale la letteratura giuridica è vastissima. In questo contesto si citano, tra gli altri, M. PELISSERO, *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, 2013, 44 ss.; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, pp. 799 ss.; G. CATELLANI, *Responsabilità da reato delle aziende e ambiente. Modelli organizzativi e gestionali ex d.lgs. 231/2001 e 121/2011*, in *Indicitalia*, Milano, 2013, 3 ss.; A. SCARCELLA, M. CHILOSI, *Art. 25 undecies, Reati ambientali*, in M. LEVIS A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 699 ss.

²³ Si richiamano altresì l'art. 259 TUA che disciplina la fattispecie contravvenzionale di "traffico illecito di rifiuti" (il quale può anche rappresentare un reato-spia del delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti), il d.lgs. 146/2006 modificato dal d.lgs. 205/2010 e il d.lgs. 202/2007. Un esempio di mancato coordinamento tra il TUA e il d.lgs. 231/2001 è fornito dalla formulazione *ex art. 192 co. 4 TUA* che, nel prevedere la responsabilità di amministratori e rappresentanti, rinvia a una norma sanzionatoria inesistente dal momento che la contravvenzione di abbandono di rifiuti non è inserita tra i reati-presupposto *ex d.lgs. 231/2001*.

tuativo della direttiva 2008/98, in materia di gestione dei rifiuti²⁴.

In particolare, rilevanza fondamentale riveste l'art. 260 TUA, il quale disciplinava il delitto di "attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti". L'art. 260 (oggi sostituito ed integralmente riprodotto dall'art. 452 *quaterdecies* c.p.), riproponeva a sua volta la formulazione dell'art. 53 *bis*, introdotto con l. 23 marzo 2001 n. 93 nel d.lgs. 22/1997 (cd. decreto Ronchi), riconfigurando tuttavia la stessa fattispecie come delitto²⁵. Si tratta del primo delitto in tema di ambiente introdotto nell'ordinamento italiano, previsto al fine di contrastare più efficacemente il fenomeno delle "ecomafie"²⁶; si rendeva infatti compatibile il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti con le organizzazioni criminali associative di cui all'art. 416 c.p.²⁷. Successivamente il reato di cui all'art. 260 TUA è stato inserito anche nell'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p., tra le materie di competenza della Direzione distrettuale antimafia, a tracciare normativamente la stretta connessione con i reati tipici della criminalità organizzata di stampo mafioso²⁸.

Con il recentissimo d.lgs. 21/2018 si è provveduto infine a riproporre integralmente la formulazione dell'art. 260 TUA nel nuovo art. 452 *quaterdecies* c.p. - affidando così il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti ad una nuova collocazione codicistica²⁹ - il quale recita quanto segue: "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 è punito con la reclusione da uno a sei anni".

Il reato è abituale³⁰, comune, mono-soggettivo e di pericolo presunto³¹. Il bene giuridico tutelato, se per parte della dottrina e della giurisprudenza è rappresentato dalla tutela della pubblica incolumità, per altra parte è da rinvenire anche nella tutela dell'ambiente. Problematica è invece l'individuazione del soggetto attivo. Invero, benché l'*incipit* "chiunque" possa far pensare alla configurazione di un reato comune, è stato rilevato che ciò potrebbe collidere con il successivo riferimento a "più operazioni ed allestimento di mezzi nell'ambito di attività continuative organizzate", che sembrano richiamare l'art. 2082 c.c. e quindi rivolgersi alla figura dell'imprenditore, con ciò configurandosi un reato proprio³².

A questo riguardo si ritiene di condividere la posizione da ultimo accolta dalla giurisprudenza la quale ha rilevato che, nonostante la centralità assunta dall'elemento organizzativo, l'autore del reato può essere *chiunque*, prescindendo dalla qualifica assunta; si tratterebbe pertanto di reato comune. Per la configurabilità del delitto *de quo*, inoltre, non è richiesta una pluralità di soggetti agenti, trattandosi di fattispecie mono-soggettiva, riconoscendosi tuttavia che, nella prassi, l'illecito spesso assume carattere associativo³³.

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo, la condotta è integrata da più operazioni (*cessio-*

²⁴ L'art 183 TUA fornisce una definizione di rifiuto come "qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi". Tuttavia, la normativa nazionale ed europea, spesso tra loro non coordinate, non specificano cosa debba intendersi per "disfarsi" o per "trasporto" di rifiuti, né classificano chiaramente i rifiuti pericolosi e non. Ciò determina numerosi problemi in sede di applicazione della normativa. Un'univoca definizione di rifiuto non è riconosciuta neanche a livello internazionale. La molteplicità e la disomogeneità delle fonti che regolano la materia ambientale è tale da far parlare di "inquinamento da leggi", G. AMENDOLA, *Ambiente in genere. La normativa italiana contro gli inquinamenti: le ultime vicende*, in www.lexambiente.it, 2013.

²⁵ L. COSTATO, F. PELLIZZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Padova, 2007, p. 732.

²⁶ Per un'analisi della fattispecie di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti v. tra gli altri L. RAMACCI, *Il "nuovo" art. 260 del D.Lgs. n. 152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente&sviluppo*, n. 3/2016, 167 ss.; A. MANNA, *La nuova normativa in tema di rifiuti e la criminalità organizzata*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 173 ss.

²⁷ Tuttavia il nuovo delitto, invece di inserirsi in un *corpus* coerente e opportunamente collocato nella topografia della legislazione penale, costituiva un frammento incapace, da solo, di rispondere alle complesse esigenze di tutela; in questi termini G. DE SANTIS, *Il delitto di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" (art. 260 D.Lgs. 152/2006)*, in www.carabinieri.it/editoria, 2008.

²⁸ Tra gli effetti pratici oggi si rinvengono la possibilità *ex art.* 13 del D.L. 152/91 di disporre le intercettazioni telefoniche e ambientali (art. 266 c.p.p.), la possibilità di avviare le indagini patrimoniali *ex art.* 25 l. 646/1982, fare ricorso alle rogatorie internazionali, contare su tempi di prescrizione più lunghi. Con la l. 68/2015 è stata inoltre prevista la confisca *ex art.* 12 *sexies* della l. 356/92. La l. 136/2010 introduce inoltre tale fattispecie anche tra quelle per le quali è possibile far operare gli agenti sotto copertura ai sensi dell'art. 9 della legge 146/2006.

²⁹ Il medesimo decreto, inoltre, inserisce espressamente l'art. 452 *quaterdecies* c.p. nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

³⁰ Cfr. Cass. sent. n. 46705/2009. Il luogo di consumazione coincide con quello in cui avviene la reiterazione delle condotte illecite (Cfr. Cass. sent. n. 29619/2001).

³¹ Cfr. Cass. sent. n. 46705/2009; Cass. sent. n. 18669/2015; Cass. sent. n. 9133/2017.

³² Sul punto v. anche C. BERNASCONI, M. GUERRA, *Sub art. 260 d. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di F. GIUNTA, Padova, 2007, 415 ss.; S. COSTA, *Le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, i rapporti con l'associazione a delinquere e l'associazione a delinquere di stampo mafioso alla luce della legge 136/2010*, in *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente*, a cura di A. PIEROBON, Santarcangelo di Romagna, 2012, 1589; M. TARZIA, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, in *Leg. Pen.*, n. 2, 2013, 380; A. MARTINI, *I rifiuti*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007, 770 ss.

³³ Cfr. Cass. sent. n. 30847/2008.

ne, ricezione, trasporto, esportazione, importazione o gestione che già risultano sanzionate come contravvenzioni) riferite ad ingenti quantitativi di rifiuti, compiute abusivamente, nel contesto di un'attività continuativa organizzata e con allestimento di mezzi, con il fine di ottenere un profitto ingiusto; l'elenco delle condotte si conclude con la formula di chiusura "comunque gestisce", in funzione residuale³⁴. Vengono pertanto sanzionati i comportamenti non episodici o occasionali che al fine di conseguire un ingiusto profitto facciano dell'illecita gestione di rifiuti la loro redditizia attività. Tuttavia, la fattispecie appare costruita su una serie di locuzioni, quali "più operazioni, allestimento di mezzi e attività continuative organizzate", "ingenti quantitativi", "alta radioattività", che si caratterizzano per un'estrema genericità ed "evanescenza", tale da determinarne una loro difficoltosa applicazione³⁵. Per quanto riguarda il primo elemento strutturale, si è precisato che la condotta tipica può sussistere a fronte di una struttura organizzativa di tipo imprenditoriale, anche quando la stessa 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 svolta³⁶.

Ulteriore requisito richiesto è l'ingente quantitativo di rifiuti, che non può essere individuato *a priori*, attraverso riferimenti esclusivi a dati specifici, quali, quello ponderale, dovendosi invece basare su un giudizio complessivo sulla pluralità di operazioni anche se quest'ultime, singolarmente considerate, potrebbero essere di modesta entità³⁷.

Quanto alla finalità di ingiusto profitto, si è precisato che esso non deve necessariamente consistere in un ricavo patrimoniale, potendosi ritenere integrato anche dal mero risparmio di costi o dal perseguimento di vantaggi di altra natura, senza che sia necessario, ai fini della configurazione del reato, l'effettivo conseguimento di tale vantaggio³⁸.

Infine, per quanto attiene al requisito dell'abusività della condotta un indirizzo giurisprudenziale prevalente ritiene che il carattere "abusivo" di un'attività organizzata di gestione dei rifiuti sia configurabile quando si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, precisando come ciò si verifichi non soltanto in totale mancanza di dette autorizzazioni (definendo, in tali casi, l'attività come "clandestina"), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime e, comunque, non commisurate al tipo di rifiuti ricevuti, aventi diversa natura rispetto a quelli autorizzati³⁹.

Rispetto all'elemento soggettivo, è richiesto il dolo specifico del perseguimento dell'ingiusto profitto. La *ratio* è da rinvenire nella delimitazione della rilevanza penale rispetto a condotte che risulterebbero già offensive e punibili come contravvenzioni, restringendo così l'ambito della punibilità.

4.1.

Il difficile rapporto tra il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti e gli artt. 416 e 416 bis c.p.

Con specifico riferimento alla possibilità di concorso tra il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti di cui all'art. 260 TUA (oggi, come già detto, trasposto e letteralmente riformulato nell'art. 452 *quaterdecies* c.p.) e l'art. 416 c.p.⁴⁰, è stato osservato che, a differenza del primo, la sussistenza del delitto di associazione per delinquere è indipendente dalla concreta realizzazione dei reati-fine, poiché l'art. 416 c.p. sanziona la mera associazione di tre o più persone allo scopo di commettere più delitti⁴¹. Si tratta, peraltro, di reati avven-

³⁴ Cfr. Cass. sent. n. 45598/2005; tra le "operazioni" rientrerebbero anche, secondo la giurisprudenza le attività di intermediazione e commercio (Cfr. Cass. sent. n. 40827/2005).

³⁵ E. LO MONTE, *Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività*, cit., 240.

³⁶ Cfr. Cass. sent. n. 40827/2005; Cass. sent. n. 47870/2011.

³⁷ Cfr. Cass. sent. n. 358/2008; Cass. sent. n. 47229/2012.

³⁸ Cfr. Cass. sent. n. 40827/2005; Cass. sent. n. 4503/2006.

³⁹ "La legge non richiede che il traffico di rifiuti sia posto in essere mediante una struttura operante in modo esclusivamente illecito, ben potendo le attività criminose essere collocate in un contesto lecito. Ciò che rileva è l'esistenza di 'traffico' di rifiuti intenzionalmente sottratto ai canali leciti" (Cfr. Cass. sent. n. 40945/2010; Cass. sent. n. 21030/2015).

⁴⁰ Si richiamano Cass. sent. n. 47602/2012 e Cass. sent. n. 16339/2013, che hanno precisato gli elementi costitutivi del reato: sussistenza di un vincolo associativo tendenzialmente permanente, o comunque stabile, destinato a durare "anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati", indeterminazione del programma criminoso, che distingue il reato associativo dall'accordo nel concorso di persone, esistenza di una struttura organizzativa, sia pur minima, ma idonea e adeguata a realizzare gli obiettivi criminali; la partecipazione all'associazione implica inoltre il riscontro di un "pactum sceleris" e dell'"affectio societatis".

⁴¹ Cfr. Cass. sent. n. 16351/2008; Cass. sent. n. 45057/2008; Cass. sent. n. 25207/2008; Cass. sent. n. 40945/2010.

ti oggettività giuridiche diverse, l'uno ponendosi a tutela dell'ordine pubblico e l'altro della pubblica incolumità e dell'ambiente. Diverso è anche il numero dei soggetti richiesti al fine dell'integrazione dei due reati; invero, a differenza dell'art. 416 c.p. che si configura quale reato a concorso necessario, nel reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti non è richiesto un numero minimo di tre soggetti, né che tra i soggetti attivi sussista un vincolo associativo. Diverso è anche il modo di atteggiarsi del dolo, che nel reato di associazione per delinquere si riflette anche nella realizzazione di un indeterminato programma criminoso comune che prescinde dalla realizzazione dei singoli reati-fine.

Per le ragioni enunciate, può escludersi un rapporto di specialità tra i due delitti che, pertanto, possono concorrere. Ai fini del concorso tra due reati, è necessaria la sussistenza degli elementi costitutivi di entrambi, cosicché *“la sussistenza del reato associativo non può ricavarsi dalla mera sovrapposizione della condotta descritta nell'art. 260 TUA con quella richiesta per la configurabilità dell'associazione per delinquere, richiedendo tale ultimo reato la predisposizione di un'organizzazione strutturale, sia pure minima, di uomini e mezzi, funzionale alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti, nella consapevolezza, da parte di singoli associati, di far parte di un sodalizio durevole e di essere disponibili ad operare nel tempo per l'attuazione del programma criminoso comune, che non può certo essere individuata nel mero allestimento di mezzi e attività continuative organizzate e nel compimento di più operazioni finalizzate alla gestione abusiva di rifiuti indicate dall'art 260 d.lgs. 152/2006”*⁴².

Pertanto, nel caso in cui gli autori dell'illecito siano due o non si rinvenga un *pactum sceleris* finalizzato alla commissione di ulteriori reati sarà contestato il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti in concorso con l'art. 110 c.p.; negli altri casi, il medesimo reato potrebbe assurgere a reato-fine dell'art. 416 c.p.

La possibilità che le due fattispecie concorrano al fine di “colpire” il fenomeno del traffico illecito di rifiuti qualora realizzato nell'ambito di un'organizzazione per delinquere, determina tuttavia notevoli problemi in ordine all'accertamento delle condotte illecite; in questo caso, infatti, dovrà essere provata l'integrazione di tutti gli elementi costitutivi di entrambe le fattispecie⁴³.

Le medesime considerazioni valgono nel caso in cui si vogliano contestare, in concorso, il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti e l'art. 416 *bis* c.p.; in questo caso, tuttavia, ancora più disagiata risulterà la prova in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi delle due fattispecie.

4.2.

Analisi dell'aggravante “eco-mafiosa” ex art. 452 octies c.p. e dell'aggravante “ambientale” ex art. 452 novies c.p.

Al fine di ultimare l'analisi degli strumenti normativi contemplati dal sistema penale italiano in materia di contrasto alle *ecomafie*, appare infine opportuno analizzare brevemente le aggravanti introdotte con la recente riforma, intervenuta con l. 22 maggio 2015 n. 68, la quale ha inserito nel codice penale il nuovo titolo VI *bis* dedicato, specificamente, ai delitti contro l'ambiente. Ci si riferisce, nel dettaglio, all'aggravante cd. “eco-mafiosa” di cui all'art. 452 *octies* c.p. e all'aggravante “ambientale” di cui all'art. 452 *novies* c.p.

Per quanto attiene alla prima aggravante, l'art. 452 *octies* c.p. si riferisce ai casi in cui i reati ambientali siano commessi da associazioni per delinquere, semplici o di tipo mafioso, implicate nei traffici illeciti delle *ecomafie*. Invero, la *ratio* posta a fondamento della suddetta aggravante è da rintracciare nella volontà del legislatore di fornire una risposta più efficace al diffuso fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata, specie di stampo mafioso, nel settore degli illeciti ambientali⁴⁴.

Tuttavia, ci si interroga in merito alla reale efficacia di tale previsione normativa la quale,

⁴² Cfr. Cass. sent. n. 5773/2014.

⁴³ S. COSTA, *Le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, i rapporti con l'associazione a delinquere e l'associazione a delinquere di stampo mafioso alla luce della legge 136/2010*, cit., 1609.

⁴⁴ La presente aggravante sembra inserirsi nell'ambito di un filone di aggravanti, inaugurato dal legislatore con l'introduzione nell'art. 416 c.p. dei commi 6 e 7; v. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., 50; A. SCARCELLA, in AA.VV., *Manuale ambiente 2017*, Milanofiori Assago, 2017, 1231 ss.

nel presentare talune criticità, rischia di generare più problemi che benefici⁴⁵. In primo luogo si evidenzia come l'aggravante "eco-mafiosa" sia stata concepita come una circostanza; tuttavia, se questa era l'intenzione del legislatore, non si comprende del tutto la ragione per cui la stessa sia stata inserita nel nuovo titolo VI *bis* c.p. piuttosto che nel corpo degli artt. 416 c.p. e 416 *bis* c.p., derogando alla naturale collocazione topografica della norma⁴⁶. Questo primo aspetto lascia emergere una prima incongruenza sia in relazione alle ragioni politico-criminali che hanno ispirato la riforma, sia rispetto ad una logica di coordinamento e razionalizzazione delle disposizioni incriminatrici. In secondo luogo, come suggerito anche da parte della dottrina⁴⁷, potrebbero porsi taluni profili di legittimità costituzionale con riferimento al principio di proporzionalità e ai profili di uguaglianza e ragionevolezza, nella misura in cui il legislatore ha introdotto un trattamento sanzionatorio più severo nello specifico caso di associazioni finalizzate alla commissione di delitti ambientali i quali possono risultare meno gravi, nella loro cornice edittale, rispetto ad altri reati tipicamente commessi dalla criminalità organizzata in grado di esprimere più intensi livelli di disvalore.

Rispetto all'art. 416 *bis* si potrebbe inoltre assistere ad una duplicazione dell'aggravamento di pena previsto in dipendenza di un dato fattuale identico, "l'aver agito con metodo mafioso".

Inoltre, prima dell'intervento del d.lgs. 21/2018, un'ulteriore importante considerazione si rinveniva nel fatto che l'aggravante in parola non potesse trovare applicazione qualora l'associazione criminale, anche di stampo mafioso, fosse finalizzata al compimento del delitto di cui all'art. 260 TUA, il quale non era menzionato dalla nuova disposizione che si riferisce infatti ai soli delitti previsti dal titolo VI *bis* c.p.; pertanto, in questi casi, continuava a trovare applicazione l'art. 260 TUA in concorso rispettivamente, ove sussistessero gli elementi costitutivi di entrambe le fattispecie, con gli artt. 416 c.p. e 416 *bis* c.p. A questo riguardo non può sottacersi che la recente riforma, intervenuta col citato d.lgs. 21/2018, colma in parte tale lacuna dell'ordinamento e nell'introdurre il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti nell'art. 452 *quaterdecies* del titolo VI *bis* del codice penale rende applicabile a quest'ultima fattispecie illecita l'aggravante di cui all'art. 452 *octies* c.p.

Tuttavia, se la recente novella consente di superare parzialmente tale ultima criticità, d'altra parte rimangono immutate le ulteriori questioni che già si ponevano rispetto all'art. 260 TUA.

Oltre a quelle già menzionate, infatti, l'aggravante *ex art. 452 octies* c.p. continua a non trovare applicazione in relazione alle singole fattispecie previste dal testo unico ambientale, sia in quanto non richiamate dal predetto articolo, sia in quanto trattasi di ipotesi contravvenzionali, che pertanto non possono rappresentare reati-fine delle associazioni *ex artt. 416 e 416 bis* c.p.

Ancora, non possono sottacersi le criticità che sorgono, con riferimento alla "funzionalizzazione" e "finalizzazione" dell'associazione criminosa alla commissione di reati ambientali; invero, la prova di tale finalità del fatto associativo non è agevole laddove si prescindano dal riferimento ad un bene giuridico preciso e dalla commissione di altri concreti fatti di reato⁴⁸.

Per queste ragioni, per quanto attiene almeno ai casi in cui il reato ambientale sia commesso ad opera di un'organizzazione criminale di stampo mafioso, potrebbe condividersi il parere di attenta dottrina, la quale ha avanzato l'ipotesi di punire il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti attraverso l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. 13.5.1991, n. 152 conv. nella l. 12.7.1991, n. 203 ai sensi del quale "per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 *bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è

⁴⁵ In questi termini v. C. Cass., *Ufficio del massimario*, Rel. n. III/04/2015, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015*, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente", 25; M. DI PIRRO, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, Napoli, 2015, 43; C. BOVINO, R. CODEBÒ, A. SCARCELLA, *Ecoreati. I nuovi delitti contro l'ambiente: Le modifiche al Codice Penale della Legge*, Milanofiori Assago, 2015, 112. Tra gli altri rilievi, tale previsione pone una differenziazione irragionevole tra pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che operino in materia ambientale, rispetto a pubblici ufficiali impiegati in altri settori. Si v. a questo proposito C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., 51.

⁴⁶ In questo senso v. anche C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, 276, secondo il quale, per esigenze di razionalità del sistema, il legislatore avrebbe potuto inserire la circostanza negli artt. 416 e 416 *bis* c.p. Per G. AMARELLI, *A proposito di Carlo Ruga Riva. I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68, Torino, 2015. La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento a lungo atteso*, in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015, 1-14, con l'inserimento negli artt. 416 c.p. o 416 *bis* c.p. "si sarebbe garantita una maggiore coerenza con la linea classificatoria sinora seguita dal legislatore in materia di reati associativi, in base alla quale solo le fattispecie associative autonome "qualificate" sono state inserite in una figura delittuosa ad hoc mentre le mere figure circostanziali associative sono state inserite nell'art. 416 c.p."

⁴⁷ In questi termini v. anche G. AMARELLI, *La riforma dei reati ambientali*, cit., 10; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit. 50; M. O. DI GIUSEPPE, *Le circostanze aggravanti nella nuova legge sugli ecoreati*, in *Il nuovo diritto penale ambientale*, a cura di A. MANNA, Roma, 2016, 111; A. MANNA, V. PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1079; G. DE SANTIS, *Il delitto di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" (art. 260 D.Lgs. 152/2006)*, cit.

⁴⁸ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, II ed., 43.

*umentata da un terzo alla metà*⁴⁹.

Orbene, alla luce del quadro normativo attuale e in ragione delle considerazioni espresse, dalle quali emergono talune criticità in materia di contrasto al fenomeno eco-mafioso, potrebbe ipotizzarsi che l'introduzione delle aggravanti di cui alla riforma del 2015 sembri cercare più di far fronte alle preoccupazioni sociali generate da tale fenomeno, inasprendo il trattamento sanzionatorio in un'ottica "suggestivamente" repressiva e simbolicamente attuata attraverso una sorta di "mini codificazione verde", piuttosto che tenere nella dovuta considerazione le esigenze di efficienza, efficacia e razionalizzazione del sistema giuridico⁵⁰.

Tali riflessioni sembrano peraltro ulteriormente corroborate dal confronto con la successiva circostanza aggravante, la cd. "aggravante ambientale" introdotta con l'art. 452 *novies* c.p.⁵¹.

Si tratta di una nuova circostanza che offre un'ampissima tutela all'ambiente, ma che appare descritta attraverso una formulazione di difficile interpretazione.

Preliminarmente, come evidenziato anche da una parte della dottrina⁵², va osservato che il primo periodo della nuova previsione normativa contempla un'aggravante "teleologica" che sembra tuttavia intercorrere tra un reato-mezzo e un delitto-scopo, escludendo così i reati contravvenzionali previsti dal TUA e da altre leggi speciali. Inoltre, la seconda aggravante di cui al medesimo art. 452 *novies* c.p., sconta un "difetto" tipico delle fattispecie poste a tutela dell'ambiente: la previsione dell'aumento di pena in funzione della mera "violazione di una o più norme" sembra infatti richiamare il quesito se si tratti di tutela di beni o piuttosto di funzioni⁵³. Invero, espressione esemplare della tutela di funzioni sarebbero le fattispecie che incriminano per lo più disubbidienze al precetto amministrativo, tutelando così funzioni amministrative più che veri e propri beni giuridici. Pertanto, la maggiore critica rivolta a questa tecnica di incriminazione muove dal pericolo di un impiego improprio del diritto penale che, piuttosto che tutelare beni preesistenti all'intervento del legislatore, finirebbe per proteggere funzioni amministrative, ciò peraltro determinando talune tensioni rispetto al principio di offensività.

Un'ulteriore contraddizione si riscontra nel fatto che l'aggravante in parola si pone in rapporto di specialità rispetto a quella di cui all'art. 61 co. 1 n. 2 c.p.; tuttavia non si comprende perché il rapporto finalistico sia limitato al solo caso di un reato commesso *al fine di eseguirne* un altro contro l'ambiente (il cui aumento di pena sarebbe da un terzo alla metà), restando invece escluse, e quindi assoggettate ad un aumento di pena solo fino ad un terzo, le altre ipotesi di connessione di cui all'art. 61 co. 1 n. 2, riferite ai casi in cui un reato sia commesso allo scopo di occultarne un altro o al fine di conseguire o assicurare a sé o ad altri il profitto o il prezzo di un altro reato o ottenerne l'impunità.

Il differente trattamento sanzionatorio che ne consegue, non supportato da adeguato fondamento logico, potrebbe pertanto comportare il sorgere di dubbi di legittimità costituzionale⁵⁴.

Infine, anche il generico richiamo ad ogni "altra disposizione di legge posta a tutela dell'ambiente" sembra colorarsi di un'eccessiva vaghezza, che risente dell'ampiezza del concetto di ambiente e della difficoltà di rintracciare il bene giuridico tutelato dalle varie norme che disciplinano il settore ambientale; si pensi alle disposizioni previste in materia edilizia, paesaggistica o in materia di tutela di beni culturali⁵⁵.

Dall'analisi della norma emerge altresì quanto di seguito: nel secondo periodo, per "fatto" sembra intendersi il medesimo "fatto già previsto dalla legge come reato" di cui al primo periodo, "fatto" che tuttavia non deve risultare strumentale alla commissione di un reato ambientale (il quale rimarrebbe infatti assorbito nel primo periodo della disposizione), e non deve integrare

⁴⁹ Anche in questo caso, sopravviverebbe il rischio di una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, poiché tale aggravante risulta oggi applicabile non solo ai soggetti non facenti parte dell'associazione mafiosa che abbiano utilizzato il "metodo mafioso" ma altresì ai soggetti mafiosi che abbiano utilizzato il medesimo metodo; V. PLANTAMURA, *Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia*, cit., 81.

⁵⁰ C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit. 50 ss.

⁵¹ L'art. 452 *novies* c.p. prevede rispettivamente un aumento di pena da un terzo alla metà o di un terzo qualora, al di fuori del più grave contesto associativo, un fatto già previsto come reato sia commesso allo scopo di eseguire uno o più tra i delitti disciplinati dal titolo VI bis c.p., dal d.lgs. n. 152/2006, o da altra disposizione di legge a tutela dell'ambiente, o se dalla commissione del fatto derivi la violazione di una o più norme previste dal citato d.lgs. n. 152/2006 o da altra legge che tuteli l'ambiente.

⁵² C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., 54.

⁵³ Per un approfondimento del dibattito in merito a tale questione v. T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, 672.

⁵⁴ Tale ricostruzione è presente anche, tra gli altri, in A. MERLO, *L'aggravante ambientale*, in *Il nuovo diritto penale ambientale*, a cura di A. MANNA, Roma, 2016, 114.

⁵⁵ In questi termini v. anche C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 205.

gli estremi di altre norme poste a tutela dell'ambiente (pena una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale). Si restringe così, pertanto, l'ambito di applicazione della citata disposizione.

Inoltre le prime due aggravanti di cui all'art. 452 *octies* c.p. rimarrebbero assorbite dall'aggravante *ex* art. 452 *novies* c.p., la quale prevede un aumento di pena fino alla metà tutte le volte in cui un delitto ambientale rappresenti il fine di un altro qualsiasi reato, laddove invece, a mente dell'art. 452 *octies* c.p. è previsto un minore aumento di pena (fino ad un terzo) allorché il medesimo delitto ambientale sia commesso ad opera di un'associazione a delinquere.

In conclusione, oltre a non comprendersi tale divergenza nel trattamento sanzionatorio che, nel caso più grave del reato ambientale commesso dall'associazione a delinquere committerebbe una pena minore, emerge che l'aggravante *ex* art. 452 *octies* c.p. rimarrebbe sempre di applicata, restringendosi così sensibilmente il suo ambito di applicazione in favore dell'aggravante ad effetto speciale, di portata più generale, di cui al primo periodo dell'art. 452 *novies* c.p.

Ancora, in via generale, si precisa che la scelta del legislatore di introdurre le due aggravanti, può determinare un rischio di violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale potendosi finire infatti per sanzionare il medesimo fatto tre volte: per il reato associativo (art. 416 c.p.), per il reato-fine (art. 260 TUA, oggi art. 452 *quaterdecies* c.p.) e ai sensi dell'aggravante.

Infine, una riflessione centrale riguarda il rischio che, in entrambi i casi, il declassamento a circostanza potrebbe comportare, ovvero l'alta probabilità di vedere lo specifico disvalore della fattispecie annullato dal meccanismo del bilanciamento *ex* art. 69 c.p., magari anche attraverso il riconoscimento delle "attenuanti generiche"⁵⁶.

Per evitare il rischio suddetto, qualora si volesse continuare a perseguire la strada avviata dal legislatore con l'introduzione delle predette aggravanti, a parere di chi scrive si potrebbe proporre di "blindare" tali circostanze, in modo che non soggiacciano al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., recuperando così il proprio contenuto di disvalore.

Alla luce delle considerazioni esposte, l'analisi delle fattispecie di recente introduzione sembra evidenziare la tendenza odierna del legislatore ad offrire una tutela "parossistica" dell'ambiente⁵⁷, più simbolica che ispirata a canoni di effettività.

La previsione di circostanze aggravanti per contrastare il complesso fenomeno *eco-mafioso*, peraltro, nonostante possa apparire una prospettiva più concreta, reca con sé la conseguenza svantaggiosa di limitare spesso l'ambito di applicazione al singolo reato, anche qualora lo stesso sia commesso da un gruppo organizzato, non valorizzando così il momento della ricerca di un *disegno organizzativo generale* e non consentendo di ricostruire *la connessione e le articolazioni all'interno di un programma criminale che può essere molto più sofisticato e complesso*⁵⁸.

5. Riflessioni in merito ad un'eventuale fattispecie di "associazione per delinquere contro l'ambiente"

L'analisi della cornice normativa all'interno della quale inquadrare il fenomeno *eco-mafioso* ha messo in luce talune incongruenze degli strumenti di cui oggi il diritto penale si avvale al fine di contrastarlo. Anche l'introduzione della recentissima novella, come anticipato, se da un lato consente di superare parzialmente alcune criticità, riconoscendo per esempio la possibilità di applicare le aggravanti *ex* artt. 452 *octies* e 452 *novies* c.p. al reato di cui all'art. 452 *quaterdecies*, dall'altro mantiene irrisolte talune questioni e lascia indulgere su alcune riflessioni, anche alla luce della riscontrata difficoltà applicativa delle predette aggravanti.

In proposito, si evidenzia preliminarmente che il delitto di attività organizzata di traffico illecito di rifiuti, pur stigmatizzando condotte tipiche delle consorterie criminali, non è costruito secondo il modello tipico delle fattispecie di tipo associativo.

Al riguardo, occorre tuttavia prendere atto della diffusione di una criminalità ambientale, con finalità principalmente economiche, che facendo spesso da *pendant* all'esercizio delle attività imprenditoriali, necessita di strutture organizzate e opera attraverso organismi complessi, spesso avvalendosi di vere e proprie associazioni criminose, anche di stampo mafioso. Pertan-

⁵⁶ In questi termini anche G. DE SANTIS, *Il delitto di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti"* (art. 260 D.Lgs. 152/2006), in *www.carabinieri.it/editoria*, cit.

⁵⁷ G. ROTOLO, art. 452 *novies* c.p., in FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Padova, 2016, 1548.

⁵⁸ A. DI NICOLA, *La criminalità economica organizzata: implicazioni di politica penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1-2, 2002, 276 ss.

to, l'individuazione di strumenti idonei a contrastare tale forma di criminalità "ambientale" deve tenere conto della configurazione sistemica e non episodica del fenomeno, il quale tende oggi a manifestarsi in forma associativa⁵⁹.

Ebbene, anche luce della constatazione che la commissione di tali attività criminose si regge su un'articolata impalcatura e su una struttura organizzativa stabile e ben precisa in cui si intrecciano, in una fitta ed inestricabile rete, una pluralità di ruoli, figure e competenze, appare naturale osservare che, nell'ordinamento italiano, non esiste una norma che sanziona direttamente l'associazione per delinquere (anche di stampo mafioso) finalizzata alla commissione di reati ambientali; invero, il legislatore ha preferito orientare la propria scelta verso la previsione di fattispecie mono-soggettive e di circostanze aggravanti, piuttosto che stigmatizzare le condotte associative attraverso la previsione di una fattispecie *ad hoc* o attraverso l'introduzione delle aggravanti negli artt. 416 e 416 *bis* c.p., quale sede più coerente. Pertanto, alla luce di queste osservazioni, facendo attenzione a non sfociare nel campo del diritto penale del nemico o dei "nemici organizzati"⁶⁰, a parere di chi scrive si ritiene opportuno valutare la possibilità di introdurre direttamente, nel codice penale, una fattispecie associativa di "associazione per delinquere contro l'ambiente", in grado di stigmatizzare anche il fenomeno specifico dei traffici illeciti, qualora realizzato in forma associativa⁶¹.

A tal riguardo, tenendo nella dovuta considerazione gli esiti diversi, nel trattamento sanzionatorio, a seconda che si intervenga sulla pena prevista per la fattispecie associativa o altrimenti sui singoli delitti-scopo, si intendono proporre alcune riflessioni.

In primo luogo, si ritiene che anche in materia di criminalità ambientale possa riconoscersi un'idoneità offensiva del fenomeno sufficiente a giustificare l'anticipazione della tutela ad un momento anteriore alla perpetrazione dei singoli reati-fine, anche in ragione del particolare allarme sociale e della maggiore pericolosità di un gruppo organizzato di persone, in grado di porre in pericolo beni costituzionalmente tutelati, pur prescindendo dall'effettiva realizzazione del programma criminoso⁶².

L'incriminazione dell'associazione garantisce infatti una maggiore protezione di beni dotati di rilievo costituzionale, quali l'ambiente, anticipando la tutela penale ad un momento anteriore alla loro effettiva offesa, senza dover attendere, nel caso specifico, l'accertamento di "più operazioni" nell'ambito di un'"attività continuativa organizzata". A questo proposito, si precisa che l'incriminazione del mero fatto dell'associarsi rivela una precisa opzione del legislatore in relazione al significato offensivo da attribuire alla fattispecie. Invero la realizzazione dei delitti-scopo, non "consuma" il potenziale offensivo e l'attitudine potenzialmente lesiva del fatto associativo, il quale sopravvive ai reati-fine fintantoché l'organizzazione permanga⁶³. Tale circostanza giustifica tradizionalmente l'incriminazione autonoma del delitto di associazione per delinquere. Diversa è invece la costruzione della fattispecie dell'attività di traffico illecito di rifiuti che sanziona l'attività organizzata solo in quanto quest'ultima abbia rappresentato strumento effettivo per la realizzazione di condotte criminose⁶⁴.

A ciò si aggiunga che la specificità del fenomeno, il quale, come si è cercato di illustrare precedentemente, si manifesta solitamente attraverso medesime dinamiche e moduli operativi, con l'ausilio di ricorrenti figure criminose e in ragione del perseguimento delle stesse finalità, potrebbe garantire una certa determinatezza della fattispecie associativa *ad hoc*. Ciò consentirebbe di ritagliare la fattispecie associativa ambientale in relazione ai suoi connotati

⁵⁹ In questi termini v. anche B. ROMANO, *L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. ROMANO, Torino, 2015, 7.

⁶⁰ B. ROMANO, *L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata*, cit. 8 ss.

⁶¹ Anche la recente riforma, infatti, nel trasferire nel codice penale il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, non affronta tale specifica questione.

⁶² Per una ricostruzione storica sui reati associativi v. anche G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, 1985, Milano, 3 ss.; PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 429; R. BETTIOL, *Associazioni politiche illecite: contributo interpretativo*, in *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, 1984, RGM, 264; G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, 1979, 185 ss.; F. BRICOLA, voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir. XI*, 125.

⁶³ Ponendo un confronto con altre fattispecie associative "specifiche", come l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, anche in questi casi si è sostenuto che "è la struttura, anche rudimentale, del sodalizio che designa la figura associativa così da caratterizzarla di dati di assoluta singolarità. Diviene predominante il profilo teleologico: il particolare allarme sociale derivante dalla struttura giustifica, infatti, la previsione di un'autonoma figura di reato contrassegnata dal pericolo per l'ordine pubblico per il cui concretizzarsi la legge non richiede che i "delitti-fine" vengano effettivamente realizzati" (Cfr. Cass. sent. n. 9320/1995).

⁶⁴ G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 393; G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 293.

precipui, riuscendo così a “tipizzare” le organizzazioni criminose in ragione del loro preciso atteggiarsi, del caratteristico momento progettuale e delle condotte poste in essere⁶⁵, perseguendo più efficacemente l’obiettivo di scardinare il complessivo fenomeno eco-mafioso.

Inoltre, la dimensione criminale in materia ambientale, oltre a determinare un grave turbamento dell’ordine pubblico, condivide con le altre fattispecie associative tipiche una caratteristica fondamentale; invero, come si è già tentato di descrivere nei paragrafi precedenti, si tratta di un fenomeno che presenta connotati di notevole complessità, che si manifesta attraverso dinamiche particolarmente articolate, e che vede coinvolti una pluralità di soggetti che forniscono forme diverse di contributo causale, anche di carattere tecnico; tali caratteristiche, che partecipano della specificità del fenomeno criminale in materia ambientale, tanto da poterlo definire “*ad alta specializzazione*”, sembrerebbero sufficientemente caratterizzate tanto da poter condurre alla formulazione di una autonoma fattispecie *ad hoc*.

In questo peculiare contesto, per le ragioni addotte, si ritiene che il reato associativo possa prestarsi, più efficacemente rispetto alle corrispondenti fattispecie mono-soggettive, a cogliere le caratteristiche del fenomeno, *descrivendo penalmente le “macro-strutture criminali”* che organizzano e gestiscono il traffico illecito di rifiuti⁶⁶. Tale considerazione è peraltro ulteriormente avvalorata da un’ulteriore riflessione che si ritiene di condividere. Invero, benché il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti presupponga un’organizzazione imprenditoriale, lo stesso, come anticipato, presenta natura mono-soggettiva. Ne consegue che, non trattandosi di fattispecie a concorso necessario, potrà essere realizzato sia da un solo soggetto che da più persone in concorso eventuale tra loro. Orbene, nessun problema si pone laddove i compartecipi abbiano concorso alla realizzazione di tutti i profili della condotta di cui al reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (in tal caso, infatti, si avrà un concorso di persone *ex art. 110 e ss. c.p.*). Più complessa invece l’ipotesi in cui siano stati realizzati da ciascuno solo alcuni aspetti della condotta, senza la consapevolezza di agire in concorso con altri⁶⁷. Ebbene in questi casi, alla luce del particolare atteggiarsi dell’elemento soggettivo nelle ipotesi di concorso, qualora manchi la “*coscienza e volontà contributiva*” alla realizzazione del delitto *de quo*, non solo non potrà aversi un concorso eventuale di persone, ma neanche una “*applicazione mono-soggettiva*” del predetto reato, essendo stati realizzati dai partecipanti soltanto taluni aspetti della condotta. Residueranno, piuttosto le imputazioni per gli specifici illeciti realizzati (eminentemente di natura contravvenzionale). Quindi, in tali ipotesi, l’autore di singole operazioni abusive, anche qualora abbia operato in via concorrenziale rispetto all’organizzazione criminosa (come nel caso degli addetti ai laboratori) non risponderà del reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (neanche a titolo di concorso), ma gli si potrà al più imputare il singolo illecito mono-soggettivo commesso, a titolo di dolo o di colpa⁶⁸.

Ancora, ai sensi dell’art. 260 TUA (oggi art. 452 *quaterdecies* c.p.), rimarrebbero scoperti tutti i casi in cui una struttura sia predisposta ma sia stata compiuta una sola operazione o nessuna e “*l’esistenza di due sole prime cessioni inerenti rifiuti in quantità contenute ma assistite da una struttura organizzata compiutamente articolata e in grado di poter assicurare in futuro la movimentazione di masse enormi di rifiuti tossici, finirebbe per non costituire altro se non un tentativo di traffico illecito*”⁶⁹.

Infine, per quanto attiene alla possibilità di un concorso tra la fattispecie *ex art. 416 c.p.* e le singole ipotesi criminose previste in materia ambientale occorre considerare che, nonostante il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti sembri richiamare un contesto tipicamente imprenditoriale, tuttavia esso esclude il fattore “*pluralità soggettiva*” come elemento

⁶⁵ G. DE VERO, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, cit. 398.

⁶⁶ Così, anche sia pure con riferimento al traffico di persone, v. C. NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di G. TINEBRA e A. CENTONZE, Milano, 2004, 234.

⁶⁷ Il concorso di persone presuppone infatti, sotto il profilo psicologico, un elemento soggettivo “a struttura complessa”: il dolo deve essere riferibile sia al reato che al concorso in sé. In particolare, il dolo riferito al concorso è costituito, da una parte, dalla conoscenza del fatto che altri stiano ponendo in essere una condotta criminosa e, dall’altra, dalla volontà dell’agente di contribuirvi personalmente.

⁶⁸ Tale riflessione, che si ritiene di condividere, è presente anche in D. ARGENIO, *Attività organizzate per il traffico illecito dei rifiuti*, 2009, 2. La previsione di un’associazione *ad hoc* potrebbe consentire di sanzionare singole condotte ai sensi della fattispecie associativa, magari a titolo di concorso esterno nell’associazione criminosa. In questo modo, potrebbero rientrare nella fattispecie associativa anche condotte propedeutiche o affini al traffico di rifiuti (ad es. i reati in materia di falsificazione; es. Cass. sent. n. 40945/2010) e si eviterebbe l’irragionevolezza del regime sanzionatorio eccessivo e più grave per il cumulo di sanzioni.

⁶⁹ G. DE SANTIS, *Diritto penale dell’ambiente*, cit., 291 ss. L’art. 260 TUA non sembrava del tutto idoneo a stigmatizzare le condotte illecite descritte qualora si inserissero, in modo sistematico, all’interno di una complessiva struttura associativa criminosa.

costitutivo della fattispecie. A questo proposito, sembra potersi dubitare della possibilità di recuperare tale “*contenuto di disvalore*”, utilizzando la fattispecie associativa plurisoggettiva di cui all’art. 416 c.p.⁷⁰, eventualmente in concorso con le singole fattispecie in materia ambientale, imputate a titolo di reati scopo.

Infatti, se si ha riguardo ai singoli reati che possono essere oggetto dell’attività dell’impresa illecita, il ricorso all’art. 416 c.p. sarebbe inibito dalla natura contravvenzionale degli illeciti. Se invece si prende in considerazione il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti risulterebbe disagevole immaginare e distinguere un’organizzazione plurisoggettiva finalizzata alla creazione di una pluralità indefinita di imprese mono-soggettive che realizzino le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti. Invero, dal momento che si tratta di un’attività organizzata, per aversi concorso, il contributo di ciascuno dei concorrenti deve essere riferito non alla singola operazione ma ad una pluralità di condotte di gestione dei rifiuti, ciò comportando altresì notevoli difficoltà in ordine all’accertamento della prova. Si evince come, in questo modo, i casi di concorso tra il reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti e l’art. 416 c.p. rimarrebbero residuali.

Per quanto attiene all’accertamento della responsabilità, merita anche ricordare che la previsione di una fattispecie associativa, oltre a rappresentare l’unico modo per colpire i vertici di un’organizzazione criminale indipendentemente dall’accertamento della loro partecipazione ai singoli delitti-scopo, potrebbe consentire l’utilizzo degli strumenti probatori e di investigazione la cui efficacia è stata già provata con riferimento alle associazioni criminose “classiche”.

Infine, il reato di cui all’art. 260 TUA (oggi art. 452 *quaterdecies* c.p.), per come formulato, sembra poter sfuggire dal campo di applicazione della Convenzione di Palermo del 2000, in materia di criminalità organizzata transnazionale, dal momento che il “*gruppo criminale organizzato*” di cui all’art. 1 della Convenzione richiede la partecipazione di un numero minimo di tre persone.

Alla luce delle argomentazioni proposte si ritiene pertanto necessario approfondire ulteriormente il dibattito odierno e proporre una riflessione meditata in merito agli indubbi vantaggi che l’introduzione del delitto di “*associazione per delinquere contro l’ambiente*” potrebbe comportare nella lotta alle ecomafie, pur volendo tralasciare in questa sede il valore simbolico, pur importante, che una tale previsione potrebbe assumere.

Tuttavia, una presa di posizione in tal senso non è scevra da talune criticità e deve tener conto di alcune questioni che si ritengono di evidenziare, tra le quali talune riferibili, in via generale, a tutti i reati di natura associativa, quali il difetto di tipicità e determinatezza della fattispecie e la conseguente lesione dei principi di tassatività, offensività, materialità e personalità della responsabilità penale.

Al riguardo occorre ricordare che il rispetto del principio di tipicità deve condurre ad ancorare le ipotesi offensive a *tipologie empirico-criminologiche il più possibile determinate*⁷¹. In altre parole, in una dimensione garantistica, il fatto tipico dovrebbe delineare con maggiore precisione possibile il fenomeno che intende stigmatizzare. Invero, senza un “fatto”, predeterminato *ex lege* secondo un modulo di tipicità orientato ai principi di materialità ed offensività, “i meccanismi processuali e la dialettica nella formazione della prova regrediscono ad uno stadio virtuale”, con drastiche conseguenze sul piano delle garanzie oggettive e soggettive che caratterizzano il “giusto processo”⁷². Un’attività di “tipizzazione” che risulta tuttavia tanto più difficile con riferimento a fattispecie associative che si pongano l’obiettivo di colpire ampie categorie criminose.

Ebbene, tali profili problematici si rifletterebbero anche su un’eventuale fattispecie associativa in materia ambientale.

A queste considerazioni devono viepiù aggiungersi le tradizionali criticità che si riscontrano, anche a livello processuale, nel rintracciare la prova degli elementi costitutivi del reato associativo. La previsione di nuove fattispecie associative, infatti, comportando l’introduzione di nuovi elementi specializzanti, potrebbe rendere ulteriormente più gravoso l’accertamento del reato rispetto alla fattispecie base dell’associazione per delinquere, mentre la previsione di nuove specifiche finalità dell’associazione potrebbe ritenersi superflua in quanto assorbita e già compresa nell’ipotesi di cui all’art. 416 c.p.

⁷⁰ A. MARTINI, *Art 260 D. Lgs 152/2006, in Leggi penali complementari*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007, 771.

⁷¹ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1207 ss.

⁷² G. DI VETTA, *Tipicità e prova. Un’analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, *Arch. pen.*, 2017, n. 1, 7; F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 55 ss.

Pertanto, tra le obiezioni che possono avanzarsi rispetto all'introduzione di un'ulteriore fattispecie che ricalchi l'art. 416 c.p. o l'art. 416 *bis* c.p., emerge in primo luogo quella relativa all'effettiva opportunità di una proliferazione delle ipotesi delittuose associative, la cui chiara ed evidente utilità non deve far trascurare le pur compresenti criticità.

A tale considerazione si aggiunga la constatazione della necessità, pena la perdita di significato di una riforma normativa in tal senso, di un inasprimento sanzionatorio dell'associazione per delinquere contro l'ambiente rispetto ai limiti edittali di cui all'art. 416 *bis* c.p.; a ciò tuttavia consegue una valutazione in merito alla ragionevolezza di introdurre *quantum* di pena maggiori⁷³.

Orbene, nonostante le segnalate criticità, evidenziate anche da quella parte della dottrina definita "abolizionista" in quanto contraria alla proliferazione delle fattispecie associative, nel corso degli ultimi anni si è assistito ad una moltiplicazione delle fattispecie associative e ad una tendenza del legislatore a ricercare in tali fattispecie, spesso in conseguenze delle pressioni dell'opinione pubblica⁷⁴, la risposta a fenomeni criminosi di difficile stigmatizzazione. A questo proposito si ricordano alcune proposte di legge attraverso cui è stata promossa l'introduzione del reato di «associazione per delinquere contro l'ambiente» e di una specifica aggravante per l'associazione di tipo mafioso di cui all'articolo 416 *bis* c.p., qualora la stessa operi nel settore ambientale⁷⁵. Tali proposte non sono state convertite in legge; tuttavia, la loro analisi può rappresentare utile elemento ai fini di una riflessione in merito agli strumenti più idonei ed efficaci per far fronte al fenomeno dei traffici illeciti dei rifiuti, fenomeno associativo di enorme gravità e proliferazione, quantitativa e qualitativa.

6. Considerazioni conclusive

Orbene, ricapitolando brevemente, nel corso della trattazione si è posta particolare attenzione all'analisi del fenomeno e del *modus operandi* delle *ecomafie*, con specifico riguardo alle attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti nell'area Mediterranea, la quale si è tradizionalmente distinta per la ricchezza dei traffici che l'hanno attraversata e per la funzione di crocevia che ha storicamente assolto nei rapporti culturali, sociali politici e commerciali tra i tre diversi continenti che ivi si affacciano.

La comprensione degli specifici meccanismi, delle dinamiche, delle strutture e dei ruoli che si intrecciano nell'ambito di tali attività di gestione illecita, rappresenta infatti il punto di partenza per formulare un'ipotesi di incriminazione che sia in grado di abbracciare e colpire il complesso fenomeno eco-mafioso, senza tuttavia sacrificare le esigenze di tipicità, determinatezza e certezza del diritto. Per questo motivo, dopo aver esaminato il frastagliato panorama normativo vigente, con particolare riguardo al delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti e ai suoi rapporti con le fattispecie associative *ex* artt. 416 e 416 *bis* c.p., sono state analizzate le due circostanze aggravanti di cui agli artt. 452 *octies* e 452 *novies* c.p., introdotte con la riforma n. 68/2015 al fine di un più efficace contrasto alla criminalità ambientale. A questo proposito, tra le criticità registrate, si è sollevata la questione del pericolo che il declassamento a circostanza potrebbe comportare, ossia la probabilità di soccombere nell'ambito di un eventuale meccanismo di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. Tuttavia, con specifico riguardo a questa riflessione, data la particolare gravità del reato a cui tali aggravanti accedono, si è avanzata l'ipotesi di "blindare" tali circostanze, in modo che non soggiacciano a tale giudizio di bilanciamento. Emerse le insufficienze del sistema odierno, e preso atto dell'opzione del legislatore in favore dell'inserimento delle predette circostanze nell'ambito del titolo IV *bis* c.p., ci si è interrogati in merito all'introduzione nel sistema penale di una fattispecie *ad*

⁷³ A questo riguardo si prospetterebbero due possibilità. Prevedere delle pene lievemente maggiori rispetto a quelle previste *ex* artt. 416 e 416 *bis* c.p., ma rischierebbe di sfuggire la funzione di una nuova fattispecie *ad hoc*, o delle pene notevolmente più elevate ma, oltre a considerare la ragionevolezza di un trattamento sanzionatorio così rigoroso, dovrebbero altresì elevarsi le mene previste per le corrispondenti fattispecie mono-soggettive; invero i reati associativi predispongono una tutela anticipata del bene protetto dalle corrispondenti fattispecie mono-soggettive e, pertanto, una eccessiva differenza di trattamento determinerebbe il rischio di una contraddizione nel sistema di tutela dei beni; V. PLANTAMURA, *Ecomafia, reati associativi e dritto penale dell'economia*, cit., 78.

⁷⁴ M. VALIANTE, *L'associazione criminosa*, Milano, 1997, 10.

⁷⁵ Ci si riferisce, in particolare, al d.l. n. 3282/1998, presentato nel corso della XIII legislatura, alla proposta di legge n. 2533/2009 presentata nel corso della XVI legislatura e, da ultimo, al d.l. n. 1283/2014, nel corso della XVII legislatura. La *ratio* delle tre proposte è da rinvenire nella presa d'atto dell'insufficienza dei sistemi di prevenzione e repressione rispetto ai crescenti fenomeni criminali in materia ambientale (realizzati sempre di più su base associata), con particolare riferimento al settore della gestione illecita dei rifiuti.

hoc, cd. “associazione per delinquere contro l’ambiente”, che contenga tutti gli elementi costitutivi tipici del delitto di associazione per delinquere cui si aggiungerebbe l’elemento specializzante della natura dei reati-fine. Del resto, con riferimento alle *ecomafie*, non sembrerebbe possibile concepire strumenti di contrasto diversi da quelli adottati in materia di lotta alla criminalità organizzata tradizionale, seppur con le dovute modulazioni, poiché le organizzazioni criminali sono le medesime e gli stessi sono i moduli operativi.

Tale inedita figura associativa, peraltro, potrebbe consentire di far fronte ad una serie di esigenze che la disciplina attuale non è in grado di risolvere. In primo luogo, data l’idoneità offensiva del fenomeno e il grave allarme sociale che determina, la previsione di una fattispecie *ad hoc* potrebbe consentire un’anticipazione della tutela ad un momento che precede la perpetrazione dei singoli reati-fine, sanzionando e reprimendo *ab origine* l’intrinseca pericolosità di una struttura criminosa organizzata operante in materia.

Inoltre, alla luce delle peculiarità che caratterizzano il fenomeno del traffico illecito dei rifiuti, le quali hanno consentito già nel corso della trattazione di delineare *modus operandi* e ruoli predeterminati, e in considerazione del preciso bene giuridico tutelato, la formulazione di un delitto associativo in materia ambientale potrebbe avvenire attraverso una puntuale descrizione della fattispecie, superando le criticità che invece connotano le fattispecie associative classiche.

Invero, la principale ragione che indurrebbe ad introdurre una fattispecie associativa *ad hoc* sarebbe legata alla necessità di riuscire a colpire un fenomeno che si presenta multiforme e articolato, ma che tende a manifestarsi sempre attraverso le stesse modalità operative, in ragione del perseguimento delle medesime finalità e con una ripartizione di ruoli al suo interno che riproduce dinamiche ricorrenti.

Tuttavia, si conviene in merito alla difficoltà di formulare una fattispecie onnicomprensiva del fenomeno che sia in grado di tipizzarlo efficacemente e con adeguata precisione, garantendo allo stesso tempo il rispetto dei principi di offensività, materialità e determinatezza, i quali conducono necessariamente ad ancorare le ipotesi offensive a tipologie empirico-criminologiche il più possibile determinate. A questo proposito, nonostante esuli dagli obiettivi del presente lavoro una definizione dettagliata dei contenuti che un’eventuale fattispecie associativa dovrebbe contenere, si ritiene di evidenziare che una puntuale formulazione dovrebbe consentire di tipizzare con precisione le norme in modo da cogliere il fenomeno nel suo preciso atteggiarsi, senza tuttavia scadere in disposizioni eccessivamente descrittive o dotate di “chiara propensione casistica”, in cui si fondono “elementi naturalistici, normative e rinvii sociologici”⁷⁶.

Tali questioni implicano peraltro problemi di natura processuale, anche alla luce della necessità di correlare i paradigmi di incriminazione con i modelli processuali di accertamento della responsabilità⁷⁷. Invero, senza un “fatto” sufficientemente tipizzato, nel rispetto dei principi di materialità, offensività e determinatezza, i meccanismi processuali di formazione della prova regrediscono ad uno stadio virtuale, ponendo in pericolo le garanzie del singolo, oggettive e soggettive. Si deve pertanto evitare che la ricostruzione del modello tipico si riveli meramente strumentale a semplificare l’accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie⁷⁸; ipotesi paradigmatica in tal senso sembrerebbe offerta dalla fattispecie associativa di cui all’art. 416 *bis* c.p.⁷⁹.

L’introduzione di una fattispecie autonoma del reato di associazione per delinquere contro l’ambiente non è tuttavia, a parere di chi scrive, l’unico ipotizzabile strumento di contrasto al traffico illecito di rifiuti.

Invero, qualora la strada prospettata non dovesse risultare percorribile, potrebbe ulteriormente proporsi di colpire le attività organizzate di traffico illecito dei rifiuti nelle varie fasi che

⁷⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 70.

⁷⁷ F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletti*, Milano, 1991, 55 ss.; F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, V, 2a, 74 ss.; G. DI VETTA, *Tipicità e prova*, cit., 6; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 94 ss.; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 72 ss.; V. MAIELLO, *Diritto penale e processo: necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285 ss.; S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 95 ss.; PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 228 ss.; G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1163 s.

⁷⁸ A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Legislazione Penale*, n. 3, 2013, 845.

⁷⁹ E. BASILE, *Gli incerti confini dell’associazione per delinquere nel contesto della criminalità d’impresa*, in *Giur. comm.*, 2014, 511 ss.; G. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, 579 ss.

lo compongono.

In particolare, si potrebbe puntare ad una descrizione più precisa delle diverse forme di partecipazione al ciclo di gestione, ponendo una maggiore attenzione alla descrizione tassativa delle fattispecie mono-soggettive di cui, in particolare, al capo IV del d.lgs.152/2006, le quali ripercorrono i singoli profili della condotta in cui si sviluppa l'intero ciclo di gestione dei rifiuti. Ci si riferisce, nel dettaglio, alle ipotesi di abbandono di rifiuti *ex art. 255 TUA*, all'attività di gestione di rifiuti non autorizzata *ex art. 256 TUA*, alla disciplina in materia di bonifica dei siti *ex art. 257*, alla violazione degli obblighi di comunicazione, tenuta dei registri obbligatori e formulari *ex art. 258 TUA* (ad eccezione del comma 4), al traffico illecito di rifiuti *ex art. 259 TUA*. In questo modo, i soggetti coinvolti nelle attività organizzate di traffico illecito potrebbero essere puniti a titolo di concorso nelle singole fattispecie che compongono l'intera fase di gestione dei rifiuti.

Tuttavia, un effettivo passo in avanti nella lotta alla criminalità organizzata ambientale potrebbe attuarsi solo laddove tali fattispecie, oggi di natura contravvenzionale, siano elevate al rango di delitti. In questo modo infatti, oltre alle naturali conseguenze in materia di regime prescrizionale e di tentativo, qualora le condotte si inseriscano in un contesto associativo criminoso, anche di stampo mafioso, potrebbero più agevolmente imputarsi agli autori degli illeciti le singole fattispecie mono-soggettive in concorso, *ex art. 110 c.p.*, con gli artt. 416 e 416 *bis c.p.* Una volta acquisita la qualifica di delitti, infatti, tali fattispecie potrebbero concorrere in qualità di reati-fine delle fattispecie associative dell'associazione per delinquere *ex art. 416 c.p.* e dell'associazione di tipo mafioso *ex art. 416 bis c.p.*

Per concludere, è indubbio che l'azione di contrasto ad un fenomeno di così ampie dimensioni necessiti, in una prospettiva multilivello, di una pluralità di azioni, che possano perseguire efficacemente le finalità di prevenzione e repressione senza sacrificare le garanzie di libera circolazione delle merci, in un'ottica di "trasporto sostenibile".

Con specifico riguardo all'area Mediterranea, caratterizzata da una continua instabilità politica e sociale ed in cui la povertà del continente africano, legislazioni più permissive, fenomeni corruttivi e carenze di controlli hanno favorito l'espansione del fenomeno eco-mafioso, molteplici sono gli obiettivi che possono prefiggersi. Tra questi, la razionalizzazione e il coordinamento della normativa e della cooperazione giudiziaria tra le diverse sfere geografico-statali, il potenziamento dei controlli e delle politiche trasversali di prevenzione e contrasto, la semplificazione e armonizzazione delle legislazioni, la promozione di un'effettiva trasparenza, l'affinamento degli strumenti investigativi, il monitoraggio dei flussi e di tutte le fasi di gestione dei rifiuti⁸⁰, l'adozione di politiche marittime integrate tra i Paesi coinvolti che si affacciano nel Mediterraneo, la previsione di sanzioni adeguate, anche alla luce delle disposizioni di cui alla direttiva 2008/99/CE⁸¹.

In questo contesto una funzione importante potrebbe essere svolta anche dall'osservazione delle politiche criminali e delle azioni di lotta alla criminalità organizzata intraprese in quest'area in altri settori, ad esempio in materia di tratta di persone, sfruttamento delle migrazioni, traffico di sostanze stupefacenti, beni culturali, merci contraffatte e tabacchi lavorati esteri.

Inoltre, date le dimensioni globali assunte oggi dal fenomeno e in considerazioni delle conseguenze dannose che ne derivano, le quali sono in grado di travalicare confini geografici e temporali, un'efficace opera di prevenzione e contrasto non può prescindere dalla predisposizione di politiche sinergiche tra gli Stati coinvolti, in un'ottica di cooperazione internazionale.

⁸⁰ L'esigenza di tracciare il percorso di vita del rifiuto ha portato il legislatore a ricostruire un sistema informatizzato di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI) *ex art. 188 bis TUA*.

⁸¹ Peraltro, la criminalità ambientale è una criminalità "di profitto", pertanto un'adeguata opera di contrasto deve necessariamente dotarsi di sanzioni che aggrediscano i patrimoni illeciti.

Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea

The Profit Aim in the Crime of Smuggling of Migrants: Critical Analysis of European Legislation

JAVIER ESCOBAR VEAS

*Ph.D. candidate in Business and Social Law presso l'Università Luigi Bocconi
Universidad Mayor, Chile
javier.escobar@phd.unibocconi.it*

TRAFFICO DI MIGRANTI,
FAVOREGGIAMENTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE,
CONVENZIONE DI PALERMO, CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

SMUGGLING OF MIGRANTS,
FACILITATING OF ILLEGAL IMMIGRATION,
PALERMO CONVENTION, ORGANIZED CRIMINALITY

ABSTRACT

Il presente articolo analizza criticamente la legislazione europea sul reato di traffico di migranti. Secondo l'opinione dell'autore, il legislatore comunitario e la maggioranza dei paesi europei hanno ritenuto che questo specifico illecito, regolamentato anche a livello internazionale dalla Convenzione di Palermo, coincidesse con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Questa indebita sovrapposizione tra diverse fattispecie di reato genera molteplici e complessi problemi. Nella prima parte dell'articolo si analizzano i requisiti del reato di traffico di migranti nel diritto internazionale, con particolare riferimento al fine di profitto. Nella seconda parte si evidenziano le ragioni per cui non è possibile concepire questo delitto come avente la medesima funzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In conclusione, l'articolo propone di distinguere chiaramente gli elementi costitutivi delle due figure criminose e i rispettivi ambiti di applicazione.

The present paper critically analyzes the European legislation on smuggling of migrants. According to the author's opinion, the communitarian legislator and the majority of the European countries have confused this specific crime, regulated by international law in Palermo Convention, with the felony of facilitating illegal immigration. This undue overlap between different types of crime generates multiple and complex problems. In first place, the article studies the requirements of smuggling of migrants in international law. In second place, it examines the reasons why is not possible to conceive this crime and the felony of facilitating illegal immigration as functional equivalents. Finally, the paper proposes to distinguish clearly the elements of both crimes and their respective application ambits.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il delitto di traffico di migranti nella Convenzione di Palermo. – 2.1. Il bene giuridico protetto. – 3. Osservazioni critiche sull'attuale legislazione dell'Unione Europea e su quella di alcuni Stati membri. – 3.1. La normativa europea sul traffico di migranti. – 3.2. Le principali questioni problematiche causate dall'attuale quadro legislativo europeo. – 4. La nostra proposta *de iure condendo*: costruire un modello che distingua e gradui la risposta punitiva tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e il traffico di migranti.

1. Introduzione.

Negli ultimi anni l'immigrazione clandestina, e purtroppo anche il fenomeno del traffico di migranti (*smuggling of migrants*¹), sono assai aumentati e sono divenuti uno dei problemi più importanti e più complessi a livello internazionale², soprattutto in Europa, continente in cui il numero di migrazioni irregolari ha raggiunto livelli mai raggiunti prima. Secondo i dati di Europol, nel 2015 approssimativamente un milione di migranti sono arrivati illegalmente in Europa, e più del 90% di loro ha fatto ricorso a canali di migrazione irregolari³.

Il traffico di migranti, considerata la sua relazione con la criminalità organizzata transnazionale⁴, ha rappresentato una perenne preoccupazione per la comunità internazionale; di conseguenza, quest'ultima, consapevole della gravità del fenomeno, all'inizio del decennio scorso ha introdotto una regolamentazione *ad hoc* contenuta in uno dei tre protocolli della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale (c.d. Convenzione di Palermo)⁵. In particolare, il secondo protocollo alla Convenzione è dedicato al "Traffico di migranti via terra, via mare e via aria" (gli altri due protocolli sono dedicati – rispettivamente – alla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, e alla fabbricazione e ai traffici illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni).

Questi tre strumenti di diritto internazionale, in vigore dal 2004, impongono diversi obblighi agli Stati Parte. Nel caso del Protocollo per combattere il traffico di migranti, l'obbligo più importante è quello di introdurre lo specifico reato di traffico di migranti secondo le disposizioni e le regole contenute nel Protocollo medesimo⁶.

Il processo di criminalizzazione, tuttavia, non ha avuto lo stesso sviluppo né risultato nei vari Stati Parte. Ad esempio, mentre in Sudamerica gli Stati hanno introdotto il reato di traffico di migranti descrivendolo in termini quasi identici a quelli usati nel Protocollo della Convenzione di Palermo⁷, l'Unione Europea e la maggioranza dei suoi Stati membri hanno seguito un percorso diverso. Infatti, dopo un ampio dibattito⁸ hanno previsto e introdotto nei rispettivi ordinamenti giuridici un reato di "favoreggiamento dell'immigrazione irregolare", figura diversa dal traffico di migranti.

Secondo la nostra opinione, il legislatore comunitario e la maggioranza dei paesi europei hanno confuso lo specifico reato di traffico di migranti con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Ciò ha generato molteplici e complessi problemi, e quanto accaduto in Italia ne è forse l'esempio più paradigmatico. Questa confusione è principalmente dovuta al fatto che il fine di profitto non è stato previsto come elemento della fattispecie, ma è stato relegato a semplice circostanza aggravante.

Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è, in effetti, un reato criminologicamen-

¹ Come si spiegherà nei paragrafi seguenti, non siamo d'accordo con gli autori italiani che equiparano il reato di *smuggling of migrants* con la figura di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

² R. PISILLO, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 4, 2004, 723.

³ EUROPOL, *Migrant Smuggling in the EU*, 2016, 5.

⁴ EUROPOL, *Migrant Smuggling*, cit., 2-7; UNODC, *Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010; A. HARTATI, *Criminalization of the Smuggling of Migrants in Accordance with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, in *Indonesian Journal of International Law*, vol. 11, n. 1, 22-23; A. PACURAR, *Smuggling, Detention and Expulsion of Irregular Migrants. A Study on International Legal Norms, Standards and Practices*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, n. 2, 259.

⁵ Per le note di carattere storico sulla Convenzione di Palermo, v. C. BROLAN, *An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, n. 4, 581-583.

⁶ Articolo 6; A. HARTATI, *Criminalization of the Smuggling of Migrants*, cit., 28-29.

⁷ Ad esempio, Colombia, Cile, Argentina e Perù.

⁸ Per una critica al modello europeo, v. A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, n. 3; A. SPENA, *A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?*, in *Criminal Law and Philosophy*, vol. 11, n. 2.

te assai diverso dal traffico di migranti; e neppure si può affermare che i due reati abbiano funzioni equivalenti. La sovrapposizione tra i due illeciti ci porta ad affermare che, attualmente, l'Europa e la maggioranza dei suoi Stati Parte non prevedono in realtà un reato autonomo di traffico di migranti.

Nel 2015, a proposito dello “EU Action Plan against Migrant Smuggling (2015-2020)”⁹, la Commissione Europea ha affermato, tra l'altro, la necessità di modificare e rafforzare gli strumenti normativi per combattere questo fenomeno. Ma in quale direzione dovrebbero indirizzarsi tali riforme?

L'obbiettivo del presente articolo è analizzare criticamente la legislazione europea, ponendo particolare attenzione alla scelta operata dal legislatore italiano per sanzionare penalmente il fenomeno del di traffico di migranti. Nella prima parte analizzeremo i requisiti del reato di traffico di migranti nel diritto internazionale, con specifico riferimento all'elemento del fine di profitto. Nel prosieguo evidenzieremo le ragioni per cui non è possibile concepire questo delitto come avente la medesima funzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In conclusione, si cercherà di distinguere chiaramente gli elementi costitutivi di ciascuna figura criminosa e i rispettivi ambiti di applicazione.

2. Il delitto di traffico di migranti nella Convenzione di Palermo.

L'illecito di traffico di migranti costituisce, senza dubbio, uno dei più gravi crimini nel contesto internazionale. Ma cosa dobbiamo intendere per “traffico di migranti”?

L'articolo 3 del Protocollo definisce il traffico di migranti in questi termini: “procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente”.

Dalla definizione contenuta nell'articolo 3 appena citato emergono i tre elementi essenziali del reato di traffico di migranti¹⁰.

1. Il primo elemento è quello rappresentato dal *procurare* l'ingresso illegale di una persona. Su questo primo requisito, parte della dottrina ha sottolineato che il comportamento sanzionato non è costruito come una forma di complicità nella condotta del migrante¹¹. Questo rilievo acquisisce ancora maggior peso se si considera la definizione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare contenuta nella Direttiva 2002/90 dell'Unione Europea. Difatti, mentre il Protocollo utilizza una formula che presuppone che l'ingresso del migrante nel territorio nazionale sia il risultato dell'azione di un'altra persona (“*procurare* l'ingresso”), la Direttiva adotta nell'articolo 1 un'espressione che sottolinea la funzione ausiliare della condotta dell'autore del reato di favoreggiamento rispetto a quella del migrante (“*aiuta* una persona (...) ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato”)¹².

2. Il secondo elemento consiste nel fatto che l'ingresso avvenga *in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina* o residente permanente.

3. Il terzo elemento, infine, si compendia nel fatto che l'autore del reato ponga in essere la condotta delittuosa *al fine di ricavare*, direttamente o indirettamente, *un vantaggio finanziario o materiale*. Sulla base di questo peculiare elemento soggettivo, l'illecito di traffico di migranti si configura soltanto se l'autore ha realizzato la condotta con il fine di profitto¹³. La previsione di

⁹ European Commission, *EU Action Plan against Migrant Smuggling (2015-2020)*, 2015.

¹⁰ UNODC, *A short introduction to migrant smuggling*, 2010, 4; A. HARTATI, *Criminalization of the Smuggling of Migrants*, cit., 30.

¹¹ A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration in the EU: from complicity to exploitation?*, in S. CARRERA - E. GUILD (a cura di), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 37.

¹² A questo proposito si vedano i rilievi di A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration*, cit., 37; A. ALJEHANI, *The Legal Definition of the Smuggling of Migrants in Light of the Provisions of the Migrant Smuggling Protocol*, in *Journal of Criminal Law*, vol. 79, n. 2, 124-126. Il requisito della condotta, pur rappresentando un elemento di discriminazione tra il reato di traffico di migranti e quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, non potrà essere studiato nel dettaglio perché non costituisce l'oggetto del presente studio.

¹³ UNODC, *A short introduction*, cit., 5; UNODC, *The Concept of “Financial or Other Material Benefit” in the Smuggling of Migrants Protocol*, 2017, 8; V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación de la Trata, el Tráfico Ilegal y la Inmigración Clandestina de Personas*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, 328-329; A. ALJEHANI, *The Legal Definition*, cit., 126.

questo requisito aveva chiaramente lo scopo – secondo l'intenzione degli estensori della Convenzione di Palermo – di non sanzionare la condotta di familiari, affiliati ad organizzazioni non governative, gruppi religiosi, o di altre persone che, per ragioni non lucrative, aiutassero il migrante ad entrare nello Stato di destinazione¹⁴.

Il fondamento di questa limitazione può facilmente spiegarsi: quando i migranti non hanno le risorse economiche sufficienti per affrontare i costi di una migrazione regolare, ma non hanno intenzione di desistere dal loro proposito di abbandonare la terra d'origine per trasferirsi a vivere in altro paese, mettono loro stessi in una situazione di pericolo, almeno sotto due profili. In primo luogo, la vulnerabilità economica del migrante aumenta esponenzialmente, dal momento che deve pagare grandi somme o perfino ipotecare i suoi beni¹⁵. In secondo luogo, questa stessa vulnerabilità genera il rischio che il migrante, avendo l'obiettivo di migliorare le sue condizioni finanziarie, consideri lo sfruttamento della propria persona come l'unica alternativa percorribile, entrando così nel mercato del traffico di esseri umani¹⁶. Il trafficante approfitta della situazione di vulnerabilità del migrante e se ne serve come potenziale fonte di arricchimento (*money-making*)¹⁷.

Il disvalore della condotta del trafficante, pertanto, non si esaurisce nella violazione della normativa nazionale sul controllo dei flussi migratori¹⁸, ma si incentra principalmente sullo sfruttamento dello straniero e sull'approfittamento della sua vulnerabilità¹⁹.

Quanto detto sin qui è sufficiente – a nostro avviso – per distinguere il traffico di migranti dal favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, cioè l'ipotesi in cui terze persone, animate da ragioni non lucrative, aiutano il migrante ad entrare nel paese straniero²⁰.

Pertanto, l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (come quella prevista, ad esempio, dall'articolo 12 comma 1 del Testo unico sull'immigrazione italiano, o dall'articolo 318 *bis* del codice penale spagnolo) è ipotesi che dovrebbe essere tenuta ben distinta dal traffico di migranti, non potendosi considerare le due fattispecie equivalenti sul piano funzionale, come ritiene invece la maggioranza della dottrina italiana²¹. A ben vedere, il reato di favoreggiamento non trova alcuna descrizione o regolamentazione a livello internazionale (non è previsto dalla Convenzione di Palermo), ma è piuttosto una "creazione" di matrice europea, in particolare, della Direttiva 2002/90.

2.1. *Il bene giuridico protetto.*

Una volta analizzati gli elementi costitutivi di questo specifico reato così come previsto nello strumento normativo internazionale, bisogna adesso individuare quale è il bene giuridico protetto da questa incriminazione, questione che è oggetto di vivace dibattito a livello

¹⁴ In questo senso si vedano, tra gli altri, A. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 4, 996; ONU, *Interpretive notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Conventions against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, § 88 e 92; UNODC, *A short introduction*, cit., 5; UNODC, *Corruption and the Smuggling of Migrants*, 2013, 7. In senso contrario, però, alcuni autori, nonostante la espressa previsione contenuta nella Convenzione di Palermo, non includono questo requisito nella definizione del reato di traffico di migranti: cfr., ad esempio, R. PISILLO, *Strumenti comunitari*, cit., 726.

¹⁵ G. ANTONOPOULOS – J. WINTERDYK, *The Smuggling of Migrants in Greece*, in *European Journal of Criminology*, vol. 3, n. 4, 452; T. OBOKATA, *Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, n° 2, 400.

¹⁶ T. OBOKATA, *Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective*, cit., 400.

¹⁷ Un interessante studio empirico sul cosiddetto "market of smuggling" è stato condotto da K. KOSER, *Why migrant smuggling pays*, in *International Migration*, vol. 46, n. 2.

¹⁸ A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration*, cit., 37.

¹⁹ G. ANTONOPOULOS – J. WINTERDYK, *The Smuggling of Migrants in Greece*, cit., 456.

²⁰ A. DAUNIS, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, 6.

²¹ In questo senso, L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of Migrants e Trafficking in Persons: la disciplina italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, 7; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, n. 4, 1451; I. SALVADORI, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna. Spunti per una riflessione comparata*, in E. ROSI - F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, 135; F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti*, in E. ROSI - F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013; A. CAPUTO, *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero*, in A. CAPUTO - G. FIDELBO (a cura di), *Reati in Materia di Immigrazione e di Stupefacenti*, vol. IX, in F. PALAZZO - C. E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, 10-11.

dottrinale.

Al riguardo, si possono distinguere tre diverse tesi:

a. Secondo una prima tesi, l'interesse tutelato dalla norma in esame sarebbe la "politica migratoria statale". In altre parole, il bene giuridico coinciderebbe con l'interesse statale al controllo e alla ordinata gestione dei flussi migratori, al fine di regolare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio²².

b. In base ad una seconda tesi, invece, l'interesse tutelato dalla norma sarebbe la protezione dei diritti dei migranti. Questa tesi individua cioè il bene protetto nei diritti (libertà, sicurezza, patrimonio, ecc.) di cui è titolare lo stesso migrante oggetto del traffico²³. I migranti sarebbero considerati, in questa prospettiva, un gruppo soggettivo particolarmente vulnerabile.

c. Infine, secondo una terza tesi, il reato avrebbe natura plurioffensiva. Una parte della dottrina ritiene che il legislatore abbia previsto l'incriminazione del traffico di migranti allo scopo di tutelare entrambi gli interessi: tanto la politica migratoria dello Stato, quanto i diritti dei migranti²⁴.

Quest'ultima è – a nostro avviso – la tesi da ritenersi preferibile, in quanto più aderente alla previsione normativa del reato di "traffico di migranti" contemplata dal diritto internazionale, previsione normativa che abbiamo compiutamente descritto nel precedente paragrafo.

Infatti, tenendo conto della natura necessariamente transnazionale della condotta punita dal reato in questione²⁵, non si può negare che il traffico di migranti comprometta innanzitutto l'interesse primario dello Stato al controllo dei flussi migratori. D'altra parte, la lesione di tale interesse non è sufficiente per ritenere integrato il reato, dal momento che anche la tutela dei diritti dei migranti ha rilevanza ai fini dell'incriminazione. Questa conclusione è particolarmente evidente se si considera il fondamento del reato in esame e il suo elemento soggettivo qualificato (dolo specifico) rappresentato dalla finalità di profitto.

A nostro parere, il traffico di migranti, oltre a essere un delitto di danno posto a tutela del potere statale al controllo e all'ordinata gestione dei flussi migratori, configura altresì un reato di pericolo astratto posto a tutela dei diritti soggettivi del migrante: l'incolumità fisica e il suo patrimonio²⁶. Tale pericolo si scorge – ad esempio – nella particolare situazione di vulnerabilità del migrante, nelle condizioni in cui comunemente avviene il trasporto e nel suo sfruttamento patrimoniale (il trasportatore vede nel migrante una fonte di reddito). Il traffico di migranti costituisce, pertanto, una figura delittuosa plurioffensiva²⁷.

3. Osservazioni critiche sull'attuale legislazione dell'Unione Europea e su quella di alcuni Stati membri.

Negli ultimi venti anni la disciplina europea in tema di immigrazione, e in particolare quella relativa alla repressione dell'immigrazione irregolare, è stata più volte oggetto di ri-

²² A. DAUNIS, *Sobre la urgente necesidad*, cit., 16., I. Salvadori, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna*, cit., 145; M. MARTÍNEZ, *¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, n. 10, 8; B. GARCÍA, *La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, n. 3, 849-850; M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in E. ROSI - F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, 171 ss; C. MORSELLI, *Diritto e Procedura Penale dell'Immigrazione*, Napoli, 2011, 108-109; B. GARCÍA, *La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, n. 3, 845-846; F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di "clandestinità"*, cit., 255-256.

²³ J. R. SERRANO-PIEDecasas, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in P. LAURENZO (a cura di), *Immigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, 332; M. J. RODRÍGUEZ, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, 58.

²⁴ V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación*, cit., 329; P. LAURENZO, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003, n. 12, 74; Tribunal Supremo español, sentenze N° 1.092/2007, 27 dicembre 2007; 1.087/2006, 10 novembre 2006.

²⁵ V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación*, cit., 328 ss.

²⁶ V. MAYORDOMO, *Nueva Regulación*, cit., 329.

²⁷ Questa impostazione è peraltro coerente con la previsione dell'articolo 2 del Protocollo alla Convenzione di Palermo, secondo cui lo scopo del Protocollo medesimo «è di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati parte a tal fine, tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino». Questo fine "di tutela dei diritti del migrante" non sarebbe compatibile con una ricostruzione che concepisca come bene giuridico esclusivo la politica migratoria statale.

forma. I paesi europei, soprattutto quelli – come l'Italia²⁸ – che si sono trasformati da paesi di emigrazione in paesi di immigrazione, hanno ripetutamente riformato la loro legislazione penale sull'immigrazione, prevedendo nuove fattispecie e aumentando le pene stabilite²⁹.

Nel presente paragrafo descriveremo brevemente l'evoluzione della legislazione europea sul reato di traffico di migranti, e metteremo in evidenza i principali problemi generati dalla attuale normativa. A nostro parere, il processo legislativo europeo ha condotto ad uno snaturamento del reato di traffico di migranti. In effetti, il legislatore comunitario e quello della maggioranza dei paesi europei hanno sovrapposto tale fattispecie criminosa con quella – diversa e assai meno grave – di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, allontanandosi, in questo modo, dal modello delineato a livello internazionale, e che trova la sua regolamentazione nel Protocollo della Convenzione di Palermo.

3.1. *La normativa europea sul traffico di migranti.*

In un primo momento, la legislazione europea ha adottato un modello simile a quello contenuto nel Protocollo della Convenzione di Palermo. L'articolo 27 comma 1 della Convenzione di Schengen, infatti, introduceva un obbligo di criminalizzazione del delitto di traffico di migranti³⁰, esprimendosi in questi termini: "Le Parti contraenti si impegnano a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri". Con questa norma, la Convenzione di Schengen descriveva il reato di traffico di migranti prevedendo gli stessi tre elementi che sono richiesti dall'articolo 3 della Convenzione di Palermo: (a) procurare l'ingresso illegale; (b) in uno Stato del quale il migrante non è cittadino; (c) a fine di profitto.

Tuttavia, il legislatore europeo si è presto discostato da questo modello. Così, mentre i paesi non europei, dopo la ratifica del Protocollo della Convenzione di Palermo, hanno cominciato a introdurre nei rispettivi ordinamenti il reato di traffico di migranti seguendo il modello indicato dal Protocollo (ad esempio, i paesi sudamericani come il Cile³¹, la Colombia³², l'Argentina³³ e il Perù³⁴), cioè come illecito a dolo specifico, distinto da altre forme di aiuto all'immigrazione irregolare, l'Europa ha promulgato la Decisione Quadro 2002/946 e la Direttiva 2002/90 con le quali ha introdotto il diverso delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, prevedendo l'obbligo per gli Stati membri di introdurre questa fattispecie criminosa nei rispettivi ordinamenti nazionali.

Questa nuova incriminazione non prevede come requisito della fattispecie base il *fine di profitto*. L'articolo 1, paragrafo 1, lettera a) della Direttiva dispone infatti che è fatto obbligo per gli Stati europei di prevedere sanzioni adeguate "nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa

²⁸ M. DE GIORGIO, *Delitti di favoreggiamento dell'immigrazione illegali*, in L. degli Innocenti (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, II edizione, Milano, 2013, 87-88; I. SALVADORI, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna*, cit., 133.

²⁹ Sull'evoluzione della legislazione italiana, v. A. CAPUTO, *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero*, cit., 14 ss.

³⁰ S. KRIEG, *Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, in *European Law Journal*, vol. 15, n. 6, p. 788; R. PISILLO, *Strumenti comunitari*, cit., 745.

³¹ Articolo 411 bis codice penale: "Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado. Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado".

³² Articolo 188 codice penale: "Del tráfico de migrantes. El que promueva, induzca, constrina, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y una multa de cincuenta (50) a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia condenatoria".

³³ Articolo 116 *Ley de Migraciones n. 25871*: "Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitar el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina. Se entenderá por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio". Sui reati migratori in Argentina, v. J. GONZÁLEZ, *Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.

³⁴ Articolo 303^o-A codice penale: "El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años".

all'ingresso o al transito degli stranieri”.

Nel modello introdotto dai due strumenti comunitari sopra citati, lo scopo di lucro appare soltanto come un elemento della fattispecie aggravata descritta nell'articolo 1, comma terzo della Decisione Quadro. Quest'ultima disposizione in particolare prevede che: “Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti all'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), e, ove pertinente, all'articolo 2, lettera a) della direttiva 2002/90/CE [vale a dire la fattispecie di “aiuto” all'immigrazione clandestina], se perpetrati a scopo di lucro, siano passibili di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a 8 anni, quando sono commessi in una delle circostanze seguenti:

- il reato è commesso da un'organizzazione criminale quale definita nell'azione comune 98/733/GAI,
- la commissione del reato mette in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime”.

Come può notarsi, la fattispecie aggravata esige, oltre all'fine di profitto, anche la messa in pericolo della vita o dell'incolumità del migrante, ovvero la commissione del reato da parte di una organizzazione criminale.

Il legislatore europeo – ben consapevole dei problemi applicativi che la mancata inclusione del fine di profitto tra gli elementi costitutivi della fattispecie base avrebbe potuto generare – ha d'altra parte introdotto nell'articolo 2 della Direttiva la previsione di una causa di esclusione della responsabilità per ragioni umanitarie³⁵. In particolare, ha previsto che “ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata”. Si deve sottolineare, nondimeno, che la previsione di questa causa di esclusione della responsabilità non costituisce un obbligo per i paesi europei. Infatti, solo circa un quarto degli Stati membri ha introdotto questa causa nei rispettivi ordinamenti giuridici³⁶.

A nostro avviso, la soluzione adottata dal legislatore comunitario non risolve adeguatamente il problema. L'attuale formulazione dell'articolo 2 della Direttiva è – a ci pare – del tutto inadeguata perché i margini di applicazione della causa di esclusione della responsabilità sono definiti in modo poco chiaro ed eccessivamente restrittivo: manca una definizione normativa di “ragioni umanitarie”³⁷, e le stesse si confondono con le ragioni che vengono riconosciute di rilievo umanitario nel diritto internazionale, le quale sono notevolmente più ristrette³⁸.

Possiamo pertanto concludere che il modello costruito dalla Direttiva e dalla Decisione Quadro differisce dal Protocollo in due aspetti essenziali: 1) la rilevanza assegnata allo scopo di lucro nell'economia della fattispecie (elemento costitutivo in un caso, mera circostanza aggravante nell'altro); 2) la previsione, da parte della normativa europea, di un'esimente specifica (causa di esclusione della pena) per coloro che forniscono assistenza umanitaria³⁹.

Ma le differenze non si esauriscono qui. In sede di recepimento della Decisione Quadro, vari Stati europei si sono ulteriormente allontanati dal modello previsto dal Protocollo della Convenzione di Palermo: il fine di profitto, infatti, non è stato introdotto come requisito di un'autonoma fattispecie aggravata che richiede anche il pericolo per l'incolumità del migrante (o l'esistenza di un'organizzazione criminale), bensì come unico elemento di per sé idoneo a comportare un aggravamento di pena.

Ad esempio, l'articolo 318 *bis*, numero 1, comma terzo del codice penale spagnolo dispone che, se il fatto è commesso con fine di profitto, si deve applicare la pena “*en su mitad superior*” (vale a dire “*nella metà superiore*” della cornice edittale prevista per la fattispecie base). Nel caso dell'Italia, l'articolo 12, comma 3 *ter*, lettera b) del Testo unico sull'immigrazione dispone che la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui ai commi 1 e 3 sono

³⁵ J. MUÑOZ, *La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, n. 18, 5.

³⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalization of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 15; J. ALLSOPP, *The european facilitation directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: Measuring the impact on the whole community*, in S. CARRERA - E. GUILD (a cura di), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 48.

³⁷ Analoghe critiche sono formulate, ad esempio, da J. ALLSOPP - M. G. MANIERI, *The EU Anti-smuggling Framework: Direct and Indirect Effects on the Provision of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants*, in S. CARRERA - E. GUILD (a cura di), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2016, 84.

³⁸ Sul concetto di “ragioni umanitarie” nel diritto internazionale si veda R. FEDERICI, *Guerra o diritto?: il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, II edizione, Napoli, 2010.

³⁹ Articolo 1, numero 2 Direttiva 2002/90.

commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto. Anche le figure delittuose previste dalla legislazione del Regno Unito⁴⁰ e della Francia⁴¹ non includono il fine di profitto come requisito della fattispecie base di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

La legislazione del Belgio rappresenta indubbiamente un'eccezione⁴² perché ha introdotto una fattispecie incriminatrice sulla falsariga di quella prevista dal Protocollo di Palermo, ma anche un'altra fattispecie incriminatrice costruita seguendo il modello della Direttiva 2002/90 e della Decisione Quadro 2002/946⁴³. Infatti, mentre l'articolo 77 della legge sugli stranieri (*Loi du 15 décembre 1980, sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*⁴⁴) descrive il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare prevedendo gli stessi elementi dell'articolo 1 della Direttiva, l'articolo 77 *bis*, comma 1⁴⁵ introduce la figura di traffico di migranti in conformità al modello descritto dal Protocollo di Palermo.

Sulla base di quanto sin qui detto, a noi sembra di poter concludere che la legislazione dell'Unione Europea, e quella della maggior parte degli Stati membri, non prevede oggi un autonomo reato di traffico di migranti. Infatti, le figure delittuose previste da tali legislazioni non contemplano il fine di profitto come requisito della fattispecie base, ma lo prevedono come elemento idoneo ad integrare una semplice circostanza aggravante.

3.2. Le principali questioni problematiche causate dall'attuale quadro legislativo europeo.

La qualificazione del fine di profitto in termini di mera circostanza aggravante operata dalle legislazioni degli Stati europei dà origine alle seguenti questioni problematiche.

a. Il primo problema è rappresentato dal fatto che la funzione comunicativa e stigmatizzante che la comunità internazionale assegna alla figura delittuosa del traffico di migranti si confonde e, alla fine, si disperde, perché non si riesce a identificare adeguatamente il suo contenuto. Guardando alle norme che contemplano il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina nei diversi ordinamenti europei, non è infatti possibile identificare un disvalore omogeneo cui le stesse intendono fare riferimento.

Il modello adottato dal legislatore europeo, come si è visto, concepisce il traffico di migranti non come un illecito specifico ed autonomo, bensì come semplice circostanza aggravante di altro – e assai meno grave – reato, quello di “favoreggiamento dell'immigrazione irregolare”. In questo modo, il traffico di migranti perde gran parte della carica di disvalore che le è propria, e viene trattato alla stregua di un reato comune, per nulla adeguato a fronteggiare il fenomeno criminologico che la comunità internazionale intendeva contrastare.

Si consideri poi che la Corte di cassazione italiana ha accolto un'interpretazione ampia secondo cui il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare avrebbe natura di reato

⁴⁰ Articolo 25 *Immigration Act* 1971: “25 Assisting unlawful immigration to member State.

(1) A person commits an offence if he:

(a) does an act which facilitates the commission of a breach of immigration law by an individual who is not a citizen of the European Union, (b) knows or has reasonable cause for believing that the act facilitates the commission of a breach of immigration law by the individual, and (c) knows or has reasonable cause for believing that the individual is not a citizen of the European Union”.

⁴¹ Articolo 622-1, comma, 1 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*: “Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros”.

⁴² Per un approccio generale sul fenomeno del traffico di migranti nel Belgio, v. J. KAIZEN – W. NONNEMAN, *Irregular Migration in Belgium and Organized Crime: An Overview*, in *International Migration*, vol. 45, n° 2.

⁴³ Per ulteriori riferimenti alla legislazione belga si veda il rapporto intitolato *Service de la Politique Criminelle, The fight against trafficking and smuggling in human beings*, 5.

⁴⁴ L'articolo 77 dispone: “Quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique ou à transiter par le territoire d'un tel Etat, en violation de la législation de cet Etat, soit dans les faits qui ont préparé l'entrée, le transit ou le séjour, ou qui les ont facilités, soit dans les faits qui les ont consommés, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de mille sept cents euros à six mille euros ou d'une de ces peines seulement.

L'alinéa 1er ne s'applique pas si l'aide est offerte pour des raisons principalement humanitaires”.

⁴⁵ L'articolo 77 *bis* dispone: “Constitue l'infraction de trafic des êtres humains, le fait de contribuer, de quelque manière que ce soit, soit directement, soit par un intermédiaire, à permettre l'entrée, le transit ou le séjour d'une personne non ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne sur ou par le territoire d'un tel Etat ou d'un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures et liant la Belgique, en violation de la législation de cet Etat, en vue d'obtenir, directement ou indirectement, un avantage patrimonial”.

di pericolo o a consumazione anticipata⁴⁶, essendo del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo, e bastando per il suo perfezionamento il solo fatto che l'agente ponga, con la sua condotta, una condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato⁴⁷. Alla luce di questa interpretazione estensiva fornita dalla giurisprudenza italiana, la figura base di questo reato appare eccessivamente ampia, dal momento che può comprendere e sanzionare condotte estremamente diverse: dalla madre che aiuta suo figlio a entrare illegalmente nel paese perché non ha la somma necessaria per farsi carico del costo di un viaggio regolare, al benintenzionato che fornisce aiuto al migrante con lo scopo di tutelare le condizioni di vita degli stranieri⁴⁸, sino al trafficante internazionale senza scrupoli che ammassa i migranti in una barca nel Mediterraneo e li abbandona alla loro sorte⁴⁹. Tutti questi casi possono essere ricondotti alla medesima fattispecie criminosa⁵⁰.

b. Il secondo problema è rappresentato dalle conseguenze che la configurazione del fine di profitto come mera circostanza aggravante, anziché come elemento costitutivo di un'auto-noma fattispecie di reato, provoca in caso di concorso di persone nell'illecito. Dal momento che attiene ai motivi a delinquere, il fine di profitto deve essere considerato alla stregua di una circostanza soggettiva⁵¹, e come tale sarà valutata soltanto con riguardo alla persona a cui si riferisce, non potendo pertanto considerarsi comunicata agli altri concorrenti⁵².

Naturalmente, se lo scopo di lucro fosse un elemento della fattispecie, la soluzione sarebbe diversa perché basterebbe, per punire il concorrente, la sua consapevolezza di partecipare alla commissione del reato specifico.

c. La previsione del fine di profitto come mera circostanza aggravante appare poi del tutto inadeguata se si tiene conto degli effetti che si possono produrre in caso di giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee (cioè qualora concorrano con la circostanza aggravante *de qua* una o più circostanze attenuanti)⁵³. In questo caso, l'aggravamento di pena che la norma prevede per il caso in cui il fatto sia commesso a scopo di profitto potrebbe essere compensato dalla presenza di una circostanza di segno opposto, con la conseguenza che il disvalore del fatto non troverebbe adeguato riconoscimento neppure nel *quantum* di pena alla fine applicata all'autore.

d. Infine, un ultimo profilo di criticità si può presentare in caso di estradizione verso paesi non europei che hanno adottato il modello della Convenzione di Palermo, in particolare con riferimento al requisito della doppia incriminazione. Ad esempio, i paesi sudamericani, come si è detto sopra, non prevedono un reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ma

⁴⁶ In questo senso, S. ZIRULIA, *sub art. 12 Testo Unico sull'Immigrazione*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (fondato da), E. DOLCINI – G. MARINUCCI (diretto da), *Codice Penale Commentato*, IV edizione, vol. III, Milano, 2015, 2673.

⁴⁷ La Corte di Cassazione, Sez. I, n. 48402/2016, ha sostenuto: "il delitto di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 12, consistente nel compiere atti diretti a procurare l'ingresso illegale di una persona nello Stato, ha natura di reato di pericolo o a consumazione anticipata ed è del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo (tra le altre, Sez. 1, n. 34053 del 06/10/2006, P.M. in proc. Bua, Rv. 234803; Sez. 1, n. 10255 del 28/02/2008, P.G. in proc. Metrica Constanti, Rv. 239239; Sez. 1, n. 1082 del 04/12/2008, dep. 2009, Mali, Rv. 242487; Sez. 1, n. 27106 del 16/06/2011, Giurato, Rv. 250803; Sez. 1, n. 16120 del 29/03/2012, Cosenza, Rv. 253209), perfezionandosi per il solo fatto che l'agente pone in essere, con la sua condotta, una condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato, e indipendentemente dal verificarsi dell'evento (Sez. 1, n. 28819 del 22/5/2014, Pancini, Rv. 259915)".

⁴⁸ Ad esempio, la sentenza 447/2017 del Tribunale di Imperia, caso in cui il Pubblico Ministero chiedeva la pena di 3 anni e 4 mesi di reclusione per l'imputato, che aveva aiutato una famiglia straniera a entrare in Francia perché pensava che erano malate e in pericolo.

⁴⁹ M. MARTÍNEZ, *¿Puede utilizarse el derecho penal?*, cit., 15.

⁵⁰ L'assimilazione indiscriminata di situazioni così eterogenee diventa ancor più problematica se consideriamo che il legislatore italiano ha previsto un trattamento penitenziario particolare per i soggetti condannati per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. L'articolo 4 *bis* della legge n. 354 sull'ordinamento penitenziario, infatti, dispone che la concessione di alcuni benefici ai soggetti condannati per tale reato sia subordinata ad una loro collaborazione effettiva con la giustizia a norma dell'articolo 58 *ter* della medesima legge.

⁵¹ M. DE GIORGIO, *Delitti di favoreggiamento*, cit., 110; A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in A. CAPUTO - G. FIDELBO (a cura di), *Reati in Materia di Immigrazione e di Stupefacenti*, vol. IX, in F. PALAZZO - C. E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, 72.

⁵² La questione è in realtà controversa. La giurisprudenza, infatti, interpreta la previsione dell'articolo 118 del codice penale italiano nel senso che anche le circostanze concernenti i motivi a delinquere o l'intensità del dolo (quale ad esempio l'aggravante del nesso teleologico *ex* articolo 61 n. 2) devono essere estese a tutti i concorrenti, a condizione che dagli stessi siano effettivamente conosciute. *Contra* v. però M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 277. Sul punto veda anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, VI edizione, Milano, 2017, 505-506. Disposizione analoga all'articolo 118 del codice penale italiano si trova anche nel codice penale spagnolo all'articolo 65, comma 1.

⁵³ Articoli 69 codice penale italiano, e 66, comma 7 codice penale spagnolo.

soltanto il reato di traffico di migranti, che presenta gli elementi descritti nell'articolo 3 del Protocollo alla Convenzione di Palermo.

4.

La nostra proposta *de iure condendo* è allora di costruire un modello che distingua e gradui la risposta punitiva tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e traffico di migranti.

A nostro parere, i problemi evidenziati nel precedente paragrafo suggeriscono di introdurre una modifica al modello europeo di repressione all'immigrazione irregolare, come delineato dalla Decisione Quadro 2002/946 e dalla Direttiva 2002/90. Un'opzione a nostro avviso percorribile sarebbe quella di costruire un modello che distingua chiaramente la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare da quella del traffico di migranti, graduando la rispettiva risposta sanzionatoria in una scala ascendente, come ha fatto – ad esempio – il Belgio.

Ad un primo livello dovrebbe essere collocato il reato di “favoreggiamento dell'immigrazione irregolare”. Questo reato dovrebbe essere posto a presidio unicamente dell'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori⁵⁴. In considerazione del fondamento materiale di questo illecito, lo scopo di lucro non dovrebbe giocare alcun ruolo.

Per quanto concerne l'entità della sanzione, a nostro avviso il legislatore dovrebbe prevedere una pena poco elevata, e comunque inferiore a quella prevista per gli altri illeciti in tema di immigrazione irregolare. Così è accaduto, ad esempio, in Spagna, dove la figura base di favoreggiamento è sanzionata con la reclusione fino ad uno anno o con la multa.

Sarebbe inoltre opportuno introdurre una clausola di esclusione della responsabilità con riferimento al caso in cui tra l'autore del delitto e il migrante intercorra un rapporto familiare, alla stregua di quelli previsti dagli articoli 307 e 384 del codice penale italiano⁵⁵.

Per quanto concerne poi la causa di esclusione della responsabilità per ragioni umanitarie, la formulazione prevista nella Direttiva 2002/90 dovrebbe essere rivista. Infatti, come si è detto sopra, l'espressione “ragioni umanitarie” non trova compiuta definizione nel testo della Direttiva. La causa di esclusione della responsabilità potrebbe essere riformulata in termini di causa di esclusione della colpevolezza assimilabile ad una forma di stato di necessità dai confini più ampi (ad esempio, non sarebbe opportuno richiedere che l'azione posta in essere sia l'unico modo di evitare il pericolo). Ciò renderebbe i confini della norma più chiari e la sua applicazione più agevole, perché farebbe ricorso a categorie ed istituti di diritto penale già noti nella prassi.

Ad un livello superiore di gravità dovrebbe essere collocato, quale delitto autonomo e diverso dal favoreggiamento all'immigrazione irregolare, il reato di traffico di migranti come previsto e disciplinato dalla Convenzione di Palermo e dal suo Protocollo. Questo reato dovrebbe essere posto a presidio non solo dell'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, ma anche – e soprattutto – dei diritti fondamentali dei migranti, la cui posizione di particolare vulnerabilità è oggetto di potenziale sfruttamento economico da parte dei trafficanti. In questo illecito, pertanto, il fine di profitto dovrebbe essere previsto come elemento costitutivo della fattispecie.

Per quanto concerne infine l'entità della sanzione, a nostro avviso il legislatore dovrebbe prevedere una pena adeguata al disvalore del fatto, e senz'altro superiore a quella prevista per gli altri illeciti in tema di immigrazione irregolare.

⁵⁴ In proposito, si vedano i rilievi critici di A. SPENA, *A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?*, cit.

⁵⁵ J. ALLSOPP – M. G. MANIERI, *The EU Anti-smuggling Framework*, cit., 84.

La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-*smuggling* e anti-*trafficking*

Italian Criminal Legislation as a Model for Implementing the Supranational and International Regulation for Anti-Smuggling and Anti-Trafficking

FEDERICA URBAN

Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Udine
urban.federica@spes.uniud.it

MIGRANTI, TRATTA DI PERSONE, FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, ANTI-SMUGGLING, ANTI-TRAFFICKING

MIGRANTS, TRAFFICKING OF HUMAN BEINGS, SMUGGLING OF MIGRANTS, ANTI-SMUGGLING, ANTI-TRAFFICKING

ABSTRACT

Il presente contributo mira a ricostruire la disciplina penalistica italiana di contrasto al fenomeno del traffico internazionale di persone – considerato nelle sue due componenti del *trafficking of human beings* (tratta di persone) e dello *smuggling of migrants* (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina) –, al fine di verificarne l'effettività della tutela apprestata e la congruenza rispetto agli obblighi internazionali e sovranazionali. Il tutto nella consapevolezza che la lotta al fenomeno in esame richiede politiche integrate e il coinvolgimento della comunità internazionale.

This work aims at reconstructing the Italian Criminal Legislation against the phenomenon of international trafficking in people (considered in its two components, trafficking of human beings and smuggling of migrants), in order to verify the effectiveness of the protection provided and the congruence with respect to international and supranational constraints. All this in the awareness that the fight against trafficking requires integrated policies and the involvement of the international community.

SOMMARIO

1. Il punto di partenza: l'ordinamento italiano quale specifico "banco di prova" per la valutazione dei modelli anti-*smuggling* e anti-*trafficking*. – 2. La ricognizione delle fattispecie penalmente rilevanti. – 3. La normativa penale italiana anti-*trafficking*. – 4. La normativa penale italiana anti-*smuggling*. – 5. Riflessioni conclusive sull'adeguatezza dell'apparato repressivo interno.

1. Il punto di partenza: l'ordinamento italiano quale specifico "banco di prova" per la valutazione dei modelli anti-*smuggling* e anti-*trafficking*.

L'ormai decennale esperienza giudiziaria acquisita in Italia conferma che il traffico di esseri umani costituisce una vera e propria "emergenza criminale"¹ della società contemporanea, in grado di minacciare la sicurezza e i diritti delle persone che ne sono vittima².

Le scelte di contenimento dei flussi migratori – adottate pressoché in tutti i Paesi occidentali – hanno determinato, come "contrappasso", investimenti sempre più ingenti di risorse da parte della criminalità organizzata nella gestione illegale dei flussi migratori, con l'effetto di trasformare i gruppi criminali esistenti in vere e proprie "società di servizi" operanti a livello transnazionale³. Queste ultime – in Europa come altrove – presentano delle peculiarità ricorrenti o, per meglio dire, una "complessità organizzativa" oramai stabile e regolare. Esse si caratterizzano per lo svolgimento di attività su ampia scala, integrate con altri traffici illeciti (quali quelli relativi alle sostanze stupefacenti e alla prostituzione); godono della collusione tra diverse organizzazioni criminali operanti in vari Paesi; fruiscono spesso della protezione di funzionari pubblici; beneficiano di vincoli di omertà e di intimidazione tra affiliati, del tutto assimilabili a quelli propri delle organizzazioni criminali di tipo mafioso⁴.

Alla complessità del fenomeno, si affianca la particolare vulnerabilità territoriale del nostro Paese. Com'è risaputo, l'Italia si pone geograficamente come Paese di primo accesso e di conseguente passaggio di flussi migratori, regolari ed irregolari, verso l'Unione Europea. I quotidiani di ogni giorno danno contezza di nuovi sbarchi di migranti sulle coste meridionali del Paese. Eppure, quello del traffico internazionale di persone è un fenomeno che attanaglia tanto il Sud, quanto il Nord⁵. Se l'immigrazione via mare, infatti, interessa tutte le coste meridionali dello stivale, l'immigrazione mediante l'attraversamento via terra del confine riguarda particolarmente il Nord-Est⁶.

¹ Così già nel Transcrime Reports n. 7 del 2003 "Tratta di persone a scopo di sfruttamento e traffico di migranti", redatto da Transcrime per il Ministero della Giustizia e per il Ministero per le Pari Opportunità, in collaborazione con la Direzione Nazionale Antimafia, reperibile su www.transcrime.it.

² Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato il 20 dicembre 2016 un'importante Risoluzione (n. 2331) nella quale si evidenzia la gravità del problema della tratta di persone nelle zone in cui vi è o vi è stato conflitto armato. Cfr. *Resolution 2331 (2016), adopted on 20 December 2016, concerning the fight against trafficking of human beings in areas affected by armed conflicts [text in English]*, in *Riv. di dir. int.*, vol. C (2017), 318 ss. Più di recente si veda *Resolution 2388 (2017), adopted on 21 November 2017, concerning the trafficking of persons in conflict situation [text in English]*, in www.un.org. Nello stesso senso, si vedano altresì i lavori conclusivi del *Summit of Women Judges and Prosecutors on Human Trafficking and Organized Crime*, Città del Vaticano, 9-10 novembre 2017, in www.pas.va. Per indicazioni anche numeriche sulle dimensioni del fenomeno, si consideri l'ultimo rapporto redatto dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), "La tratta di esseri umani attraverso la rotta del Mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dall'OIM", reperibile in lingua italiana su www.italy.iom.int, nonché quello dello United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), "Global Report on Trafficking in Persons 2016", reperibile in lingua inglese su www.unodc.org. Si badi che detti dati si riferiscono ai casi denunciati o identificati, che rappresentano evidentemente una minima parte della realtà. È evidente, infatti, che, a causa della particolare clandestinità del contesto in cui si commettono i reati di traffico di persone, esiste un elevato numero di crimini non denunciati.

³ Cfr. C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, 143.

⁴ Per comprendere l'evoluzione e la complessità del fenomeno si rammenti la maxi inchiesta sulla mafia a Roma, nell'ambito della quale è divenuta celebre l'affermazione di Salvatore Buzzi, braccio destro "imprenditoriale" di Massimo Carminati: "Tu hai idea di quanto guadagno con gli immigrati? Il traffico di droga rende di meno...". L'intercettazione dimostra come, quella in esame, sia un'attività criminale che frutta ingenti guadagni non solo, com'è facilmente intuibile, per gli organizzatori degli spostamenti, ma anche (e purtroppo) per chi dovrebbe occuparsi dell'accoglienza delle vittime nei Paesi di arrivo – centri di accoglienza e ONG *in primis* -. Sullo spiccato carattere economico del fenomeno, paragonabile al mercato di stupefacenti e di armi, si veda, ad esempio, la *Risoluzione del Parlamento europeo sulla lotta al traffico di esseri umani nelle relazioni esterne dell'Unione Europea* del 5 luglio 2016 (2015/2340(INI)), considerando "G", in www.europarl.europa.eu. In argomento anche F. SPIEZIA, M. SIMONATO, *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 9, 2011, 3197B.

⁵ Sulla ripartizione del carico di procedimenti per reati connessi al traffico di persone nelle diverse Procure d'Italia, si veda Transcrime Reports n. 7 del 2003, cit., 126 ss.

⁶ Cfr. R. ALFONSO, *Il coordinamento nazionale delle indagini per il traffico di esseri umani*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, 127 ss.

Ecco, dunque, che appare drammaticamente evidente il problema dell'individuazione degli strumenti normativi più efficaci per contrastare questo fenomeno criminale. Scopo del presente lavoro è quello di ricostruire il quadro legislativo italiano, al fine di verificare l'effettività della tutela apprestata e la congruenza rispetto agli obblighi internazionali e sovranazionali.

La scelta di esaminare la disciplina italiana non risponde soltanto all'esigenza di studiare la legislazione vigente nel nostro Stato, ma è frutto di una duplice considerazione. In primo luogo, come appena detto, l'Italia, in quanto collocata al centro di alcune delle più importanti rotte dell'immigrazione irregolare, rappresenta un interlocutore privilegiato per l'individuazione di utili strumenti repressivi ed investigativi. In secondo luogo, l'esperienza nella lotta alle associazioni mafiose può costituire un importante esempio per comprendere come contrastare le modalità organizzative dei gruppi criminali dediti al traffico internazionale di persone⁷.

Dato di partenza nello studio degli strumenti di repressione del traffico internazionale di persone è la constatazione dell'esistenza di una prospettiva "multilivello" necessaria e indispensabile per reprimere il fenomeno in esame⁸.

Tra i molti strumenti internazionali e sovranazionali predisposti in tal senso, si ricordano la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata* del 2000 e relativi Protocolli anti-*smuggling* e anti-*trafficking*⁹; la Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa del

⁷ In argomento, R. ALFONSO, *Il coordinamento nazionale delle indagini per il traffico di esseri umani*, cit., 142. L'Autore condivide l'opinione secondo la quale i delitti in questione – per la loro gravità, per le modalità di esecuzione, per l'allarme che suscitano, per la preparazione esecutiva che richiedono, per la pericolosità degli autori, per i mezzi e le strutture necessari per eseguirli – sono riconducibili a fenomeni di criminalità organizzata rispetto ai quali occorre approntare strumenti normativi adeguati, idonei ad accertarli e reprimerli, sicuramente identici a quelli utilizzati, ormai da anni, molto efficacemente, per contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso. In termini simili, E. ROSI, *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, 209. In argomento, R. GRASSI, *L'azione di contrasto al fenomeno della tratta di esseri umani. Le linee del Dipartimento di Pubblica Sicurezza, in Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, III-IV, 2009-2010, 39 ss.

⁸ In questi termini, E. ZANETTI, *L'approccio "integrato" dell'UE nella lotta alla tratta degli esseri umani*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dell'UE dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 339 ss.

⁹ L'assemblea generale dell'ONU ha approvato la Convenzione, assieme a due Protocolli, il 15 novembre del 2000 e ne ha disposto l'apertura alla firma alla Conferenza internazionale di Palermo tenutasi dal 12 al 16 dicembre 2000. La Convenzione è stata firmata dai rappresentanti di 150 Paesi ed è entrata in vigore il 29 settembre 2003. Essa può definirsi il primo trattato multilaterale contro il crimine organizzato, che contiene, da un lato, tutta una serie di norme che hanno per obiettivo quello di rafforzare la cooperazione giudiziaria internazionale e di polizia; dall'altro norme che mirano ad uno sforzo di armonizzazione normativa, mediante la criminalizzazione delle condotte di associazione per delinquere, riciclaggio, corruzione, ed intralcio alla giustizia. Costituiscono parte integrante della Convenzione i due menzionati Protocolli: *Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime* e *Protocol against the smuggling of migrants by land, air and sea, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*. In data 31 maggio 2001 è stato adottato un terzo Protocollo sul traffico d'armi. La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146.

2005¹⁰; la decisione quadro UE 2002/629/GAI, sostituita poi dalla direttiva 2011/36/UE¹¹. Essi si inquadrano in quello scenario normativo volto alla sollecitazione dell'adozione, da parte dei singoli ordinamenti nazionali, di misure omogenee per combattere seriamente il traffico di persone¹². Non è possibile, in questa sede, esaminare il contenuto di tali testi normativi, occorre, nondimeno, rammentarli in quanto ad essi si farà costante riferimento nell'illustrazione della risposta repressiva nazionale.

2. La ricognizione delle fattispecie penalmente rilevanti.

Il primo rinvio – presente nel nostro ordinamento – alla disciplina internazionale può essere tratto dalla scomposizione del fenomeno in esame in due manifestazioni¹³: il *trafficking of human beings* e lo *smuggling of migrants*.

Una rapida ricognizione delle fattispecie incriminatrici presenti nel nostro ordinamento consente, infatti, di individuare tipologie di reato riconducibili ora alla disciplina anti-traffi-

¹⁰ Per approfondimenti, S. SCARPA, *Fighting against Human Trafficking for Commercial Sexual Exploitation: the Actions in Western Europe*, in *International revue de droit penal*, 2010, 563 ss. La Convenzione, tra le varie innovazioni, ha istituito il Gruppo di esperti sulla lotta contro la tratta degli esseri umani (c.d. GRETA), con funzione di vigilanza sull'attuazione dello strumento internazionale in parola. Il principale riferimento normativo europeo contro le "nuove schiavitù" – tra cui rientra la tratta di persone – resta comunque la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che, all'art. 4, prevede la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato. Importante è la giurisprudenza di Strasburgo sul punto. La prima sentenza che denuncia una violazione dell'art. 4 CEDU nelle forme del divieto di schiavitù e di servitù risale al 2005: Corte EDU, *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2005, con note di H. CULLEN, *Siliadin v. France: Positive Obligations under article 4 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 6, 2006, 585 ss.; A. NICHOLSON, *Reflection on Siliadin v France: Slavery and Legal Definition*, in *The International Journal of Human Rights*, 14, 2010, 705 ss. L'applicazione dell'art. 4 CEDU ad un caso espressamente definito dalla stessa Corte come tratta di esseri umani è avvenuta soltanto nel 2010: Corte EDU, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 07 gennaio 2010, con nota di J. ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, 10, 2010, 546 ss. Si veda, più di recente: Corte EDU, *L.E. c. Greece*, 21 gennaio 2016. Per una ricostruzione, A. ANNONI, *La tratta di donne e bambini nella recente giurisprudenza dei diritti dell'uomo*, in *Deportate, esuli, profughe*, n. 16, 2011, 87 ss.; F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2016, 1763; F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in AA.Vv., *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 2125 ss.

¹¹ Con riferimento all'Unione europea – benché espliciti riferimenti alla necessità di contrastare il fenomeno del traffico degli esseri umani e delle reti criminali che ne organizzano le relative attività fossero già contenuti nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990 e nella Convenzione di costituzione di Europol del 1995 –, è con il Trattato dell'Unione europea firmato ad Amsterdam il 2 ottobre del 1997 (entrato in vigore il 1 maggio del 1999) e con il più recente Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre del 2007 (entrato in vigore il 1 dicembre 2009) che l'azione dell'Unione europea per la lotta contro il traffico internazionale di persone ha trovato nuova linfa, potendo far leva sullo strumento normativo delle decisioni quadro, prima, e delle direttive, dopo, nell'ottica del perseguimento del più ampio obiettivo strategico costituito dal raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In argomento, M. PISANI, *La lotta contro la tratta degli esseri umani: per una strategia europea*, in *Proc. pen. giust.*, 5, 2013, 1 ss.; A. LUCIFORA, *I reati connessi all'immigrazione irregolare quale futuro ambito di competenza del Pubblico Ministero europeo*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 183 ss. La più recente azione dell'Unione europea ha di mira non solo gli aspetti di *prevention, prosecution and protection*, ma anche lo sviluppo di efficaci azioni di partnership (*partnership*), per la riconosciuta esigenza di sviluppare sinergie operative con organizzazioni internazionali e con Paesi terzi (c.d. strategia delle "quattro P"). Si veda, in questo senso, il Piano d'azione dell'UE contro il traffico di migranti (2015-2020), COM(2015)285, reperibile anche in lingua italiana su eur-lex.europa.eu. Si ricordi, infine, che l'Unione Europea ha introdotto, all'art. 5 della *Carta dei diritti fondamentali di Nizza*, il divieto esplicito non soltanto della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato, ma anche della tratta di esseri umani. Per approfondimenti, tra gli altri, C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, cit., 150.

¹² Per approfondimenti, E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti: strumenti internazionali*, in *Cass. pen.*, 2001, 1986. Si tratta di un "obbligo positivo" per gli Stati di attivarsi tempestivamente e con diligenza per reprimere tali attività criminali, cfr. V. WAISMAN, *Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard*, in *Hastings Int. and Comparative Law Review*, 2010, 385 ss. Alcuni ostacoli all'adempimento di tale obbligo derivano dalla problematica interazione tra il sistema internazionale di tutela e il diritto penale nazionale; ciò dipende, soprattutto, dal tipo di tecnica normativa utilizzata per la trasposizione di generali divieti, abitualmente contenuti nei testi internazionali, in specifiche fattispecie di diritto penale interno. In argomento, F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, cit. Sulla necessità di introdurre specifiche norme *ad hoc* o, al contrario, sulla possibilità di utilizzare fattispecie comuni di reato purché efficaci e dissuasive, O. BEKOU, *Crimes at Crossroads: Incorporating International Crimes at the National Level*, in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, 677 ss. Su quest'ultimo punto, si veda anche la giurisprudenza di Strasburgo: Corte EDU, *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2005, §§ 89 e 112; Corte EDU, *C.N. and V. c. France*, 11 ottobre 2012, § 105. In argomento, V. STOYANOVA, *Criminalising Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 3, 2014, 433.

¹³ Sulla descrizione del fenomeno, si vedano tra i tanti: G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone e il controllo dell'immigrazione clandestina: una prima delimitazione del campo di indagine*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, 15 ss.; C. NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, 216 ss.

cking, ora a quella anti-smuggling¹⁴.

Si tratta di fattispecie contenute in contesti normativi diversi (codice penale e leggi speciali), inserite nell'ordinamento in epoche diverse, per fronteggiare esigenze punitive poste da attività delittuose in continua evoluzione¹⁵.

Quanto al *trafficking*, accanto all'ampia categoria di delitti contro la libertà individuale previsti dal codice penale, si iscrivono i reati di sfruttamento della persona sotto le più diverse forme¹⁶.

Con riferimento allo *smuggling*, invece, l'esame si sposta alla legislazione speciale ed, in particolare, al *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione*, di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

Occorre sottolineare che nella prassi è frequente il ricorso alla contestazione di reati associativi in uno con quelli di tratta o di favoreggiamento dell'immigrazione illegale¹⁷. A rilevare è, dunque, la categoria dei delitti associativi (associazione per delinquere o associazione mafiosa) mediante i quali vengono svolti il *trafficking* e lo *smuggling*. Ed, in particolare, l'art. 416, comma 6, c.p. che prevede un aggravamento sanzionatorio nel caso in cui l'associazione per delinquere sia finalizzata proprio alla commissione dei delitti di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p. e art. 12, comma 3-bis, del D.Lgs. n. 286/1998.

La contestazione di tali reati in forma associativa avviene sia in funzione di potenziamento del controllo penale – si pensi, ad esempio, al raddoppio dei termini di prescrizione ex art. 157, comma 6, c.p. –, sia con l'obiettivo di applicare gli istituti processuali tipici del c.d. *doppio binario* pensato in origine per la criminalità mafiosa. È innegabile che il ricorso allo “strumentario processuale differenziato” – ovvero a norme processuali derogatorie su molti versanti – può certamente rivelarsi proficuo nella lotta ai fenomeni in esame¹⁸.

Alla contestazione dei reati associativi è spesso affiancata la contestazione dalla circostanza aggravante ad effetto speciale della transnazionalità (art. 4, legge 16 marzo 2006, n. 146)¹⁹.

Sempre sotto il profilo della repressione, negli ultimi anni, si è tentato di contrastare tali attività criminali anche sotto il profilo più strettamente patrimoniale. Ciò è avvenuto attraverso il potenziamento dello strumento della confisca, prevista ad esempio nell'art. 600-septies c.p.²⁰.

La realizzazione di questi delitti, infine, rientra nel novero dei reati presupposto che determinano la responsabilità delle persone giuridiche (D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231)²¹.

Non è possibile esaminare nel dettaglio tutte le fattispecie menzionate. Ci si concentrerà,

¹⁴ Sulla questione del possibile concorso di reati tra le fattispecie pensate per sanzionare fenomeni di *smuggling* e quelle pensate per reprimere le condotte di *trafficking*, si veda Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, in *Cass. pen.*, 6, 2016, 2594, con nota di A. LAGIOIA, *Osservazioni a Cass. pen.*, 8 ottobre 2015, n. 50561. Negli stessi termini, si veda Cass. pen., sez. V, 21 gennaio 2004, n. 6250, in *Cass. pen.*, 2, 2005, 596. In termini opposti, Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2010, n. 20740, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 3155. In argomento, AA.Vv., *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea*, vol. II, Padova, 2012, 59 ss.

¹⁵ Cfr. R. ALFONSO, *Il coordinamento nazionale delle indagini per il traffico di esseri umani*, cit., 126.

¹⁶ Si rammentano, in questo senso, lo sfruttamento ai fini della prostituzione (favoreggiamento della prostituzione sanzionato dall'art. 3, legge 20 febbraio 1958 n. 75, c.d. legge Merlin, e favoreggiamento della prostituzione minorile ex art. 600-bis c.p.), l'impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600-octies c.p.), il prelievo di organi (art. 601-bis) e lo sfruttamento lavorativo (art. 22, D.Lgs. n. 286/1998 e art. 603-bis c.p.).

¹⁷ L'esperienza giudiziaria, difatti, ci mostra come solitamente dietro il traffico di persone vi siano proprio organizzazioni criminali. Per approfondimenti sul tipo di organizzazione, si veda, tra gli altri, R. ALFONSO, *Il coordinamento nazionale delle indagini per il traffico di esseri umani*, cit., 127 ss.; L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, 4. In argomento, si veda altresì F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, Relazione all'incontro di studio C.S.M. “La tratta di esseri umani”, Roma, 14 gennaio 2008, in *www.cosmag.it*, 8. Ad un'organizzazione “a stella cometa” si riferisce F. CARCHEDI, *La criminalità transnazionale nigeriana. Alcuni aspetti strutturali*, in S. BECUCI, F. CARCHEDI (a cura di), *Mafie straniere in Italia. Come operano, come si contrastano*, Milano, 2016, 37 ss.

¹⁸ In argomento, G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani*, in A. BARGI (a cura di), *Il “doppio binario” nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 215.

¹⁹ Per costante giurisprudenza, affinché sussista tale circostanza non è necessaria una stabile organizzazione tra criminali interconnessa fra più Stati, ma basta che la commissione di qualsiasi reato in ambito nazionale sia stata anche solo agevolata parzialmente dall'intervento di un gruppo criminale organizzato, impegnato in attività delittuose in più di uno Stato. *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374, in *Cass. pen.*, 9, 2013, 2913, con nota di L. LA GRECA, *L'applicabilità dell'aggravante del reato transnazionale ai delitti associativi*. Di recente ribadita da Cass. pen., sez. V, 16 maggio 2017, n. 42751, in *Dir. e giust.*, 147, 2017, 5, con nota di D. LA MUSCATELLA, *La Cassazione ribadisce i requisiti per ritenere integrata la riduzione in schiavitù aggravata dalla transnazionalità*.

²⁰ Contro le ricchezze accumulate dai gruppi criminali in questione sono adesso esperibili, infatti, sia la confisca c.d. per equivalente sia la confisca c.d. allargata. Le somme confiscate, peraltro, confluiscono nel Fondo per le misure anti-tratta, istituito presso la Presidenza del Consiglio e finalizzato alla realizzazione di programmi di assistenza e di integrazione sociale in favore delle stesse vittime (art. 12, legge 11 agosto 2003 n. 228). Sul punto M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA, (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, 116.

²¹ Qualora tali reati sia realizzati nell'interesse o a vantaggio di un ente, allora anche quest'ultimo sarà chiamato a rispondere autonomamente del fatto di reato. Cfr. F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, cit. Sul punto anche M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 117.

pertanto, sulle principali.

3. La normativa penale italiana anti-trafficking.

Il sistema repressivo italiano contro le schiavitù è stato profondamente modificato negli ultimi quindici anni, in seguito a ripetuti interventi di adeguamento della normativa interna a quella internazionale ed europea²².

Ciò è avvenuto dapprima attraverso la legge 11 agosto 2003 n. 228, recante “*Misure contro la tratta di persone*”, che ha attuato la decisione quadro UE 2002/629/GAI²³, riscrivendo in maniera significativa la disciplina codicistica in materia di delitti contro la personalità individuale e in particolare i delitti contro la libertà individuale²⁴. Più recentemente, il decreto legislativo 4 marzo 2014 n. 24, recante “*Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime*”²⁵, ha apportato nuove modifiche alle medesime disposizioni²⁶.

Grazie a questi interventi riformatori, si è assistito al passaggio dalla genericità e indeterminatezza delle nozioni di *schiavitù*, *servitù* e *tratta* proprie della disciplina previgente ad una più precisa caratterizzazione degli elementi di fattispecie²⁷.

Di seguito si esamineranno i tratti salienti dei reati di cui agli artt. 600 e 601 c.p., con particolare riferimento alle modifiche apportate al fine di adeguare la normativa interna agli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale e sovranazionale²⁸.

La norma di riferimento contro le varie forme di schiavitù è rappresentata dall’art. 600 c.p., rubricato “*Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*”, che fornisce una definizione dei concetti di *schiavitù* e *servitù* ricorrenti anche nelle altre fattispecie previste dagli artt. 601 e 602 c.p.

La disposizione in esame, secondo l’opinione maggioritaria, descrive due diverse ipotesi delittuose, identificate, rispettivamente nella *riduzione o mantenimento in schiavitù* e nella *ri-*

²² Sul sistema repressivo italiano contro le schiavitù e la tratta, vi è ampia letteratura penalistica. Tra gli altri, in ordine alfabetico: G. AMATO, *Un nuovo sistema sanzionatorio e investigativo per una lotta efficace contro la schiavitù*, in *Guida dir.*, 2003, n. 35, 40 ss.; A.C. CANNEVALE, C. LAZZARI, *Schiavitù e servitù (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2005, 1491 ss.; G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005; G. CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, 131 ss.; S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013; A. GARGANI, *Commento all’art. 4, l. 11.8.2003, n. 228*, in *Leg. Pen.*, 2004, 674; D. MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone. Tutela dei diritti umani e azioni di contrasto*, Milano, 2008; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 265 ss.; V. MUSACCHIO, *La nuova normativa penale contro la riduzione in schiavitù e la tratta di persone*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 2446 ss.; M.L. PAESANO, *Il reato di “riduzione in schiavitù” fra vecchia e nuova disciplina*, in *Cass. pen.*, 2005, 791; A. PECCIOLI, “*Giro di vite*” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 36 ss.; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 105 ss.; L. PICOTTI, *Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale*, in *Ind. pen.*, 2007, 15 ss.; F. RESTA, *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Milano, 2008; B. ROMANO, *Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone*, in *Ind. pen.*, 2006, 652 ss.; F. VIGANÒ, *Commento all’art. 600 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 704 ss.

²³ Per approfondimenti sulla decisione quadro, si veda C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, cit., 151 ss.; E. ROSI, *Lotta al crimine, verso un’integrazione sempre più stretta. La decisione quadro sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, in *Dir. e giust.*, 2002, 45.

²⁴ Gli articoli interessati dalla novella sono stati quelli da 600 a 602 c.p., che, per come formulati, si erano rivelati inadeguati a contrastare il fenomeno del traffico di esseri umani, ormai divenuto un fatto di proporzioni allarmanti. Cfr. L. GOISIS, *L’immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants and trafficking in persons: la disciplina italiana*, cit.

²⁵ Per un’analisi della direttiva, si veda M. VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento “completo” per contrastare la tratta degli esseri umani*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, 47 ss. In argomento, G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di “attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime”*, in *Diritti dell’uomo*, 3, 2014, 597 ss.; A. MADEO, *Il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris*, 2014, 1105 ss.

²⁶ Appare utile ricordare, inoltre, che la D.Lgs. n. 24/2014 è la base normativa per l’adozione del Piano Nazionale Anti-tratta (PNA) che costituisce la piattaforma comune per la cooperazione nel contrasto al traffico di persone. Esso si propone di creare un coordinamento multilivello e multi-agenzia tra tutti gli operatori anti-tratta. Sotto l’aspetto più operativo, nell’adeguarsi alla strategia europea anti-tratta della “*quattro P*”, il PNA specifica le attività da intraprendere in ognuno dei settori di intervento (*prevention, prosecution, protection, partnership*). È attualmente in vigore il Piano 2016-2018, adottato il 26 febbraio 2016, reperibile su www.pariopportunita.gov.it.

²⁷ Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 112.

²⁸ In argomento, A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta di esseri umani*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, 1.

*duzione o mantenimento in servitù*²⁹.

Nel primo caso la norma descrive un reato a forma libera³⁰, consistente nell'esercitare su una persona poteri analoghi a quelli derivanti dal diritto di proprietà³¹.

Tale riferimento al diritto di proprietà, per quanto suggestivo ed efficace, crea, come è stato osservato in dottrina, "non pochi imbarazzi in sede interpretativa"³², giacché sembra rinviare all'istituto giuridico della schiavitù realizzabile solo all'estero, ovvero nei Paesi dove ancora risulta istituzionalizzata tale biasimevole pratica³³. Nondimeno, sembra più corretto ritenere che si possano comprendere nel concetto in esame anche condizioni di schiavitù di mero fatto³⁴.

La Cassazione, recentemente, ha avuto modo di chiarire che, per integrare la condizione di schiavitù, "non è necessaria un'integrale negazione della libertà personale, ma è sufficiente una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa"³⁵.

La seconda figura delittuosa contemplata nella disposizione di cui all'art. 600 c.p. sanziona la condotta di colui che riduce o mantiene una persona in condizione di servitù. *Servitù* da intendersi come la soggezione continuativa di un individuo, costretto a prestazioni che ne comportano lo sfruttamento.

Due, quindi, i momenti essenziali: la condizione di assoggettamento e lo sfruttamento coattivo della persona. Da qui la configurazione, secondo la dottrina, di un reato complesso e abituale: lo sfruttamento è un effetto della costrizione che, a sua volta, deve essere l'espressione di una situazione di soggezione continua³⁶.

La norma specifica le modalità di asservimento del soggetto passivo ("*mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona*")³⁷. Se le definizioni di violenza, minaccia, inganno, inferiorità fisica o psichica, necessità, sono ricavabili da altre disposizioni del codice penale, può complicata è la descrizione della "*situazione di vulnerabilità*", introdotta con la riforma del 2014, nell'intento di estendere la tutela penale nei confronti di ogni forma di strumentalizzazione della condizione di inferiorità della vittima. Seguendo una prospettiva "integrata" delle fonti, è possibile attribuire un senso a detta espressione ricorrendo alla definizione fatta propria dall'art. 2, § 3, della direttiva 2011/36/UE, che concepisce la "*vulnerabilità*" come "*una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima*"³⁸.

Continuando l'esame della fattispecie, l'esercizio da parte dell'agente del potere scaturente

²⁹ La traduzione in termini normativi della complessità del fenomeno del traffico di esseri umani è stata realizzata anche attraverso un ampio ricorso a circostanze aggravanti. L'art. 602-ter c.p. prevede diverse serie di circostanze aggravanti speciali ad effetto speciale in relazione a diversi elementi, tra i quali l'età della persona offesa, le finalità e le modalità dello sfruttamento, il rapporto tra il reo e la vittima, il numero dei soggetti coinvolti. Si tratta di circostanze che, ai sensi dell'ultimo comma di detto articolo, non possono essere ritenute equivalenti o subvalenti rispetto ad eventuali attenuanti concorrenti. Per approfondimenti, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 114.

³⁰ Il reato è a forma libera perché la riduzione in schiavitù può essere realizzata con qualsiasi modalità (violenta o non violenta), purché la condotta sia reiterata, così come si evince dal dato testuale dell'*esercizio dei poteri*. Ciò non toglie, comunque, che episodi singoli e isolati possano integrare altre fattispecie di reato, lesive di diritti fondamentali, diversi da quello in esame. In relazione al momento in cui interviene l'esercizio dei poteri corrispondenti, si distinguono la *riduzione* e il *mantenimento* in schiavitù: iniziale nel primo caso, successivo nel secondo caso. Per approfondimenti, A. TRINCI, S. FARINI, *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2015, 538.

³¹ Il contenuto essenziale della schiavitù consiste nella c.d. "reificazione" della persona, cfr. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, S. PAPA, *Trattato di diritto penale. Vol. VIII – I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, 2010, 215. Per un esame dell'evoluzione dell'istituto della schiavitù nella storia, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., 266 ss.

³² Cfr. G. CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, cit., 236 ss.

³³ Cfr. A. VALLINI, *Commento all'art. 1 l. 228/2003*, in *Leg. pen.*, 2004, 623.

³⁴ Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 614.

³⁵ Cfr. Cass. pen., sez. V, 16 maggio 2017, n. 42751, cit.

³⁶ Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 617. Si tratta, dunque, di un reato abituale che richiede una pluralità di condotte funzionali alla trasformazione dell'uomo libero in servo.

³⁷ L'introduzione di generiche note modali della condotta, seppur effettuata nell'ottica di migliorare la determinatezza della norma, rischia di originare talune difficoltà interpretative. Non è mancato, a tal proposito, chi ha osservato come l'art. 600 c.p. rischi di riprodurre le stesse problematiche poste in passato dal delitto di plagio. Cfr. G. CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, cit., 264.

³⁸ Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 619. Si noti che prima dell'inserimento di questa specifica modalità di asservimento, la dottrina era solita interpretare il requisito dell'inferiorità fisica e psichica ritenendolo sovrapponibile al concetto di vulnerabilità di cui alla direttiva citata. Ecco perché, in chiave critica, non si è mancato di osservare l'opportunità, una volta inserito il richiamo testuale alla situazione di vulnerabilità, di eliminare dal testo della norma ogni altro riferimento a modalità di strumentalizzazione della condizione di inferiorità della vittima.

dallo stato di soggezione persegue un preciso risultato – che configura l'evento del reato³⁹ –, vale a dire lo sfruttamento della persona⁴⁰. La norma contiene un elenco delle possibili forme di sfruttamento: prestazioni lavorative o sessuali, accattonaggio, compimento di attività illecite, prelievo di organi. È pacifico che tale elencazione assume il carattere di mera esemplificazione.

Detto elenco è stata via via arricchito nel corso del tempo. La ragione di tale implementazione risiede, probabilmente, nell'intento del legislatore di soddisfare al meglio il principio di determinatezza *ex art. 25*, comma 2, Cost. e fare espresso riferimento alle forme di "utilizzazione illecita" previste nei documenti internazionali ed europei. Nondimeno, è lecito dubitare dell'utilità di tali aggiunte, stante l'esistenza della clausola di chiusura "o comunque al compimento di attività illecite che comportino lo sfruttamento"⁴¹. La persona può, quindi, essere sfruttata ai fini più vari, purché ciò avvenga in modo continuativo⁴².

La principale fattispecie anti-*trafficking* prevista dal nostro ordinamento è quella che punisce la *tratta di persone* (art. 601 c.p.). La dottrina generalmente suole scomporre anche questa disposizione in due distinte fattispecie: la *tratta di persona già asservita* e la *tratta diretta all'asservimento della persona*⁴³. A queste si aggiunge la *tratta di minori* prevista dal secondo comma.

Prima delle riforme menzionate, il testo di legge si limitava a incriminare la "tratta", senza alcuna specificazione del significato di tale termine. Anche il legislatore del 2003 aveva ritenuto opportuno lasciare la relativa nozione indefinita. Da ciò erano sorte inevitabili controversie interpretative circa l'ampiezza semantica di tale termine. Nello specifico, ci si chiedeva se, ai fini dell'applicazione della norma, si dovessero richiamare le corrispondenti nozioni adottate nelle sedi internazionali ed europee (che prevedono condotte varie: reclutamento, trasporto, trasferimento, fornitura di alloggio, accoglienza) oppure se si dovesse fare riferimento alla descrizione, più restrittiva, contenuta nell'allora seconda ipotesi incriminatrice prevista dall'art. 601 c.p. (cioè ai soli eventi dell'ingresso, del soggiorno, dell'uscita o del trasferimento nel territorio dello Stato)⁴⁴. A prevalere era questa seconda interpretazione, la quale, tuttavia, rendeva il sistema di tutela predisposto dal legislatore italiano non conforme agli obblighi internazionali e sovranazionali.

Sotto questo profilo, va senz'altro letta con favore la riforma del 2014 con la quale si è specificato quali sono le condotte punibili come "tratta": reclutamento, introduzione nel territorio dello Stato, trasferimento, trasporto, cessione dell'autorità sulla persona, ospitalità⁴⁵. La nuova formulazione, inoltre, specifica che la vittima può essere "una persona o più persone", con ciò ponendo definitivamente fine alla questione del numero di persone offese necessarie ad integrare la fattispecie in esame.

Parimenti apprezzabile è la circostanza che l'articolo in esame non richieda che la condotta abbia necessariamente carattere transnazionale (come invece presuppone la Convenzione di Palermo del 2000), potendo invece rilevare anche la tratta "interna".

I problemi si celano altrove e, in particolare, nel raffronto tra la normativa interna e quella internazionale. Nei documenti internazionali e sovranazionali, il fattore unificante di tutte le

³⁹ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 122.

⁴⁰ La giurisprudenza della Cassazione ha valorizzato il ruolo decisivo del requisito dello sfruttamento nella struttura della norma. Cfr. Cass., 10 settembre 2004, n. 39044, in *Giur. it.*, 2005, 1707. Sullo sfruttamento quale scopo finale della condotta ovvero quale evento del reato, G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 622 ss.

⁴¹ Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 624. La direttiva 2011/36/UE adotta una definizione più ampia di tratta rispetto a quella accolta dalla decisione quadro 2002/269/GAI, cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 114.

⁴² Ci si domanda quale sia il rapporto tra il reato in esame e le singole condotte di sfruttamento che, di per sé, sono in grado di integrare autonome ipotesi di reato (quali il favoreggiamento della prostituzione, l'accattonaggio, lo sfruttamento del lavoro). Sul punto, si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2002, n. 26636, che ammette il concorso tra il reato di riduzione in schiavitù e quello di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione. In argomento, A. TRINCI, S. FARINI, *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, cit., 541. Di fattispecie "collaterali" parla M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 107.

⁴³ Sul rapporto tra art. 600 e 601 c.p., cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 627.

⁴⁴ Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 629.

⁴⁵ L'introduzione nel nuovo art. 601 c.p. della condotta di "cessione di autorità", tra le modalità di esecuzione della tratta, fa sorgere l'interrogativo circa l'opportunità di conservare l'art. 602 c.p. relativo alla fattispecie di acquisto o alienazione di schiavi. Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 639-640.

condotte riconducibili al fenomeno della tratta risulta essere lo scopo perseguito dagli autori del reato, ossia lo sfruttamento delle vittime. Eppure, nell'attuale formulazione il riferimento allo scopo perseguito è collocato alla fine del primo comma e, quindi, sembra riferito soltanto alla seconda ipotesi delittuosa presa in considerazione dalla norma (vale a dire alla tratta di persone non ancora ridotte in condizione di schiavitù)⁴⁶. Non solo. La norma, nella sua prima parte – con riguardo, dunque, alla tratta di persona già asservita – non prevede particolari caratteristiche modali che devono connotare la condotta, contrariamente a quanto contenuto nei documenti internazionali, che in proposito affermano la rilevanza di metodi violenti o ingannatori, indipendentemente dalla posizione della vittima (se già ridotta in schiavitù o meno). Tali metodi sono, invece, presi in considerazione dalla seconda parte della norma con riguardo alla tratta di persone non ancora ridotte in condizione di schiavitù. Come osservato in dottrina, in un'ottica di maggior implementazione della normativa internazionale, parrebbe forse opportuno uniformare le due fattispecie previste dall'art. 601 c.p., prevedendo per entrambe l'esplicito riferimento allo scopo di sfruttamento nonché alle modalità della condotta⁴⁷.

4. La normativa penale italiana anti-smuggling.

Il fenomeno dell'immigrazione clandestina di extracomunitari comincia a manifestarsi in Italia nella seconda metà degli anni Ottanta, favorito dal miraggio di un facile collocamento nel mondo del lavoro, in particolar modo nei settori della collaborazione domestica, dell'agricoltura e della pesca⁴⁸.

Il primo organico tentativo di disciplinare i flussi migratori illegali è costituito dalla legge 6 marzo 1998 n. 40 (*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*)⁴⁹, le cui disposizioni sono poi confluite nel decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizioni dello straniero*). La normativa, nel suo testo attuale, è il frutto di ripetuti interventi di riforma, tra i quali si ricordano in particolare la legge 30 giugno 2002 n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini), il decreto legge 14 settembre 2004 n. 241 e la legge 24 luglio 2009 n. 94, che hanno via via inasprito il *corpus* legislativo già improntato ad una certa severità, con l'obiettivo di punire le violazioni in materia esemplare, a fini chiaramente deterrenenti.

A rilevare è l'art. 12 del menzionato Testo unico che punisce il favoreggiamento dell'ingresso clandestino (comma 1) e il favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato (comma 5)⁵⁰. Sul piano delle scelte di incriminazione, il controllo penale del traffico di migranti registra una significativa anticipazione della soglia di punibilità⁵¹.

Ora, se nessuna obiezione, da nessun parte, si deve ritenere possa essere mossa all'idea di una forte lotta al fenomeno del "commercio" di extracomunitari, da realizzare anche e soprat-

⁴⁶ Si ritiene di condividere l'opinione di quanti sostengono l'opportunità di considerare il perseguimento di detto fine anche nella prima ipotesi di tratta (tratta di persone già ridotte in condizione di schiavitù). Tale precisazione risulterebbe non solo maggiormente conforme alla normativa internazionale, ma anche fondamentale per distinguere l'ambito di applicazione della norma *de qua* da quello relativo all'art. 12 della legge n. 286/1998, che si vedrà tra breve. Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 630. Si pensi alla condotta di chi effettua un trasporto di persone, senza utilizzare metodi coercitivi. In casi del genere, l'elemento cruciale per un corretto inquadramento del comportamento criminoso risulta essere proprio l'obiettivo perseguito.

⁴⁷ G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 634. L'Autrice propone, tra l'altro, di sostituire all'anacronistico termine "tratta", il termine "traffico" di persone.

⁴⁸ Cfr. R. ALFONSO, *Il coordinamento nazionale delle indagini per il traffico di esseri umani*, cit., 118. Per scoraggiare detto fenomeno, il legislatore, con legge 30 dicembre 1986 n. 943, introdusse norme, anche penali, dirette a punire l'attività di intermediazione illecita di lavoratori extracomunitari.

⁴⁹ Per una panoramica sulle principali questioni interpretative sollevate dall'entrata in vigore della legge 6 marzo 1998 n. 40, B. NASCIBENE, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 4, 421 ss. Invero, si rammenti che già con il decreto legge 30 dicembre 1989 n. 416 (conv. con legge 28 febbraio 1990 n. 39, c.d. legge Martelli), ed in particolare con l'art. 3, comma 8, il legislatore italiano puniva il favoreggiamento dell'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato.

⁵⁰ Per approfondimenti, E. CALANUCCI, *Art. 12 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in C. COMMANDATORE, A. DI GAETANO (a cura di), *Codice dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza*, Roma, 2014, 174; I. GYZZI, *Sulla natura giuridica del delitto di agevolazione dell'immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2003, 1012; A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc., Speciale immigrazione*, 1, 2009, 19; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 109; S. ZIRULIA, *Art. 12 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 7667. In argomento anche A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 60.

⁵¹ Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 109.

tutto con un incisivo strumento penale, maggiori perplessità concernono, come tra poco si vedrà, la formulazione delle due fattispecie⁵².

Il primo comma dell'art. 12 del D.Lgs. n. 286/1998 punisce essenzialmente due condotte: l'attività di trasporto degli stranieri all'interno del territorio italiano – o meglio, la promozione, la direzione, l'organizzazione, il finanziamento, l'effettuazione dello stesso – e gli atti diretti a procurare (favorire) l'ingresso illegale in Italia ovvero in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. Dolo generico nel primo caso, dolo specifico nel secondo, dal momento che occorre il fine dell'ingresso illegale⁵³.

Si badi che, ai fini della configurabilità del reato *de quo*, è sufficiente la ricorrenza di “atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato o di altro Stato del quale la persona non è cittadina” senza che rilevi il conseguimento della finalità avuta di mira⁵⁴. Il legislatore, in sostanza, ha inteso garantire una tutela rafforzata all'interesse rappresentato dalla sicurezza dello Stato, anticipando la punibilità alla soglia del pericolo⁵⁵.

Il comma 3 dell'articolo prevede una serie di circostanze aggravanti ad effetto speciale, in presenza delle quali è previsto un consistente aumento di pena⁵⁶. E così, l'aumento di pena è previsto se il fatto riguarda l'ingresso di cinque o più persone, se la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità ovvero è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante (durante il viaggio), ovvero se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso fra loro o utilizzando i servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti, o ancora se gli autori hanno la disponibilità di armi o materie esplosive.

Un ulteriore incremento sanzionatorio è poi previsto dal comma 3-ter nel caso in cui il fatto sia commesso “al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento” ovvero nel caso in cui il fatto sia commesso “al fine di trarne profitto, anche indiretto”⁵⁷.

Sono, queste ultime, “circostanze cuscinetto”⁵⁸ che consentono l'assottigliamento della differenza – sotto il profilo della pena irrogabile – tra il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la tratta di persone. Si badi comunque che, anche nelle ipotesi aggravate, il bene giuridico protetto dal delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina rimane quello dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori⁵⁹.

Così formulata, la norma non attribuisce alcun rilievo, per la configurazione della fattispecie base, al fine preso di mira dal trafficante; detto fine rileverà, eventualmente, per la contestazione della circostanza aggravante appena vista⁶⁰. Ciò distingue, come si vedrà tra

⁵² Cfr. E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, in www.diritto.it, ottobre 2001.

⁵³ Per approfondimenti, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 110.

⁵⁴ Si veda, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, 2 aprile 2014, in *Dir. e giust. on line*, 28 aprile 2014; Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2011, n. 27106, in *CED Cassazione penale 2011*; Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2008, n. 1082, in *CED Cassazione penale 2008*.

⁵⁵ Per approfondimenti, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 110. L'eventuale ingresso costituisce, di conseguenza, un *post factum* non punibile, atteso che incide su un iter criminoso che si è già perfezionato in una fase precedente. La Corte di cassazione ha più volte chiarito che si tratta di un “reato di pericolo, che si perfeziona per il solo fatto che l'agente pone in essere, con la sua condotta, una condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato, ed indipendentemente dal verificarsi dell'evento” (si veda, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, 22 maggio 2014, n. 28819, in *CED Cassazione penale 2014*). Ancora, si è detto che la fattispecie in esame configura “un reato a condotta libera e a consumazione anticipata”: cfr. Cass. pen., sez. I, 23 giugno 2000, n. 4586, in *Cass. pen.*, 2001, 2187.

⁵⁶ Secondo Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 2008, n. 7157, in *Cass. pen.*, 1, 2009, 347, l'art. 12, comma 3, configurerebbe non una circostanza aggravante ma un'autonoma fattispecie di reato.

⁵⁷ Il maggior rigore della nuova disciplina è sottolineato altresì dal divieto, contenuto nel nuovo comma 3-quater, di procedere al giudizio di valenza fra le circostanze aggravanti previste dai commi precedenti e le circostanze attenuanti eventualmente esistenti. Per approfondimenti, E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, cit.

⁵⁸ Utilizzano questa espressione: M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 114; P. MAGGIO, *L'accertamento processuale della tratta di esseri umani fra obblighi di due diligence e tecniche di tutela integrata*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, 121.

⁵⁹ Conclusione, questa, confermata di recente anche dalla Cassazione che, proprio con riferimento alla fattispecie in esame, afferma che “la protezione dei migranti non costituisce l'oggetto specifico e diretto della tutela penale, con riferimento alla ratio dell'incriminazione, ma costituisce piuttosto l'oggetto di una tutela rilevante ma riflessa”. Cfr. Cass. pen., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561, in *Cass. pen.*, 6, 2016, 2594, § 2.5 del *Considerato in diritto*. La Corte sottolinea che se il legislatore avesse voluto tutelare anche il migrante, avrebbe configurato la fattispecie come autonoma ipotesi di reato e non come mera circostanza aggravante.

⁶⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2017, n. 9636, in www.giurisprudenzapenale.com, § 3 del *Considerato in diritto*: “il reato ascritto, sanzionando il compimento di attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato ovvero dello Stato confinante in difetto dei presupposti di legge, tutela l'interesse dello Stato alla sicurezza interna e alla cooperazione senza che occorra la realizzazione di un ingiusto profitto da parte dell'agente, il cui perseguimento aggrava, invece, il reato base, che si perfeziona con il compimento di atti volti al potenziale ingresso illegale dello straniero, rimanendo del tutto irrilevante il conseguimento dello scopo”.

breve, il reato di favoreggiamento dell'ingresso clandestino da quello di favoreggiamento della permanenza illegale nel territorio dello Stato.

Il quinto comma dell'art. 12 del D.Lgs. n. 283/1998 prevede, come accennato, la fattispecie del favoreggiamento della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato in violazione delle norme del medesimo decreto⁶¹.

La norma punisce “*chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico*”.

Il reato in esame non diverge in maniera significativa rispetto a quello visto nel paragrafo precedente, specialmente sotto il profilo dell'individuazione del bene protetto e dei soggetti coinvolti⁶².

Nondimeno, esiste una fondamentale differenza quanto all'atteggiamento soggettivo che deve qualificare le condotte di favoreggiamento della permanenza rispetto al favoreggiamento dell'ingresso clandestino. Mentre, infatti, per il concretarsi di quest'ultimo sono sufficienti la consapevolezza e la volontà di compiere attività dirette a trasgredire le norme del Testo unico sull'immigrazione, il reato di favoreggiamento della permanenza prevede, come elemento di fattispecie, il fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero. La norma richiede, pertanto, il dolo specifico⁶³.

Tale differenza induce una riflessione che richiama, ancora una volta, la normativa internazionale. Il Protocollo contro lo *smuggling* previsto dalla Convenzione di Palermo menziona la finalità di lucro quale elemento essenziale della fattispecie⁶⁴. Finalità che, nella normativa nazionale, è indicata solo con riguardo al favoreggiamento della permanenza illegale e non anche rispetto all'ingresso clandestino⁶⁵. Pare preferibile, in aderenza con la normativa internazionale, che, anche con riferimento a quest'ultima condotta, sia necessaria una specifica finalità. La questione, in realtà, assume un rilievo più teorico che pratico. Analizzando i repertori giurisprudenziali, infatti, la configurazione della fattispecie base di favoreggiamento dell'ingresso clandestino, ossia priva della finalità di profitto anche indiretto, appare un'ipotesi del tutto marginale, dal momento che quasi sempre il reato *de quo* si caratterizza per la presenza di ingenti ritorni economici in capo ai trafficanti. Ciò, comunque, non toglie rilevanza all'osservazione formulata dalla dottrina circa la coerenza del testo nazionale rispetto a quanto previsto in sede internazionale.

Un'ulteriore differenza tra la fattispecie in esame e quella di cui al primo comma risiede nella modalità della condotta. Come sopra visto, nel caso di favoreggiamento dell'ingresso clandestino, il legislatore punisce chi compie “*attività dirette a*” favorire l'illecito ingresso. Il quinto comma, invece, sanziona chi “*favorisce la permanenza*”. Ora, la giurisprudenza si è chiesta se questa diversità terminologica sottintenda una scelta di merito, e, più precisamente, la configurazione del delitto di favoreggiamento della permanenza come reato d'evento, per il cui concretarsi sia cioè necessaria la presenza, protratta per un certo periodo, dello straniero nel territorio dello Stato. La risposta è stata negativa, nel senso che il delitto in questione, presupponendo una permanenza che spesso è addebitabile esclusivamente allo straniero, va inteso come reato di pura condotta, in cui assumono perciò connotazione di illecito penale tutte le attività che si pongono in direzione della permanenza, senza che questo aspetto assurga ad elemento costitutivo di fattispecie⁶⁶.

⁶¹ Si tratta di un reato che, insieme al favoreggiamento abitativo (comma 5-bis), è “collaterale” rispetto al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui al primo comma. Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 107.

⁶² Per una completa analisi della fattispecie, si veda E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, cit.

⁶³ Cfr. E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, cit.

⁶⁴ L'art. 3 del Protocollo, infatti, descrive come “*traffico di migranti*” il “*procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso di una persona in uno Stato parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente*”. L'art. 6 pone coerentemente in capo agli Stati l'obbligo di penalizzare le condotte commesse “*intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale*”.

⁶⁵ Da ciò l'obiezione sollevata in dottrina circa l'eccessivo rigore della normativa che sanziona il favoreggiamento dell'ingresso clandestino (art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 286/1998) anche in assenza di una finalità e, dunque, senza un proprio ritorno economico. Cfr. E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, cit.

⁶⁶ In tal senso, Trib. Monza, 6 dicembre 1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3, 2000, 156 ss. Per ulteriori approfondimenti, E. LANZA, *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, cit.

5.

Riflessioni conclusive sull'adeguatezza dell'apparato repressivo interno.

Alla luce dell'esame sin qui condotto, ci si chiede se il nostro ordinamento, sul piano repressivo, possa dirsi conforme alla normativa internazionale e sovranazionale in materia.

Nonostante le perplessità di volta in volta sollevate con riguardo alla non sempre lineare e coerente formulazione legislativa delle norme analizzate, si ritiene di poter rispondere positivamente all'interrogativo posto⁶⁷. Anzi, come da taluni osservato, l'ordinamento italiano sarebbe addirittura più rigoroso di quanto richiesto, prevedendo sanzioni che arrivano fino a vent'anni di reclusione⁶⁸.

Un sistema, dunque, complessivamente conforme, ma certamente migliorabile.

Al fine di potenziare la normativa in vigore, sotto il profilo più strettamente repressivo, si ritiene di condividere l'opinione di quanti guardano al fenomeno in esame non soltanto dal lato dell'*offerta* di "merce-migrante", ma anche dal lato della *domanda*, che costituisce uno dei *push factors* del traffico internazionale di persone⁶⁹. Occorre, in altri termini, potenziare il compendio sanzionatorio punendo non soltanto i trafficanti di persone, ma anche coloro che in vario modo utilizzano le persone "trafficate" per soddisfare le loro (biasimevoli) esigenze⁷⁰. Secondo le basilari leggi dell'economia, infatti, tanto più è alta la domanda del servizio, tanto maggiore sarà l'offerta e quindi l'interesse dei trafficanti di gestire il *business* che ne deriva⁷¹.

Da questo punto di vista, sono da leggere con favore le recentissime leggi contro il caporalato (legge n. 199/2016, con la quale si punisce anche il datore di lavoro cioè colui che domanda le prestazioni illegali di lavoro)⁷² e contro il traffico di organi (legge n. 236/2016 con la quale si sanziona l'acquirente di organi)⁷³. Si tratta di riforme che, ancorché non prive di considerazioni critiche, si iscrivono in quel tentativo volto a garantire maggiore efficacia all'azione di contrasto del traffico internazionale di persone.

Ma il diritto penale non basta. L'approccio meramente repressivo è, infatti, considerato

⁶⁷ Alcuni studiosi sottolineano la "sostanziale inadeguatezza" della risposta penale sostanziale nell'affrontare i fenomeni del favoreggiamento e della tratta di esseri umani, come ricorda P. MAGGIO, *L'accertamento processuale della tratta di esseri umani fra obblighi di due diligence e tecniche di tutela integrata*, cit., 119. La "sostanziale inadeguatezza" andrebbe rintracciata, secondo taluni, essenzialmente nell'incertezza esistente circa la delimitazione dei fenomeni, dal momento che esiste una certa ambiguità tra "traffico di migranti", "tratta di persone" e "immigrazione clandestina". Cfr. L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants and trafficking in persons: la disciplina italiana*, cit. Così anche P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni. Profili penali, civili, amministrativi*, Piacenza, 2010, 246.

⁶⁸ Cfr. F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, cit.; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 116. Quest'ultimo osserva che il massimo di vent'anni previsto agli artt. 600 e 601 c.p. segnala che i delitti di schiavitù e tratta sono molto vicini ai livelli di pena dell'omicidio, forse perché queste fattispecie riducono le persone a "cose", annientandone la personalità individuale: "una morte non fisica, ma sociale".

⁶⁹ Cfr. G. CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al codice penale dal D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di "attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime"*, cit., 613.

⁷⁰ Sotto questo profilo, si rammenti che, in effetti, non sono state finora accolte alcune disposizioni specifiche previste dalla direttiva europea 2011/36/UE e dalla Convenzione di Varsavia del 2005, quali, ad esempio, quelle che prevedono l'obbligo di incriminazione del cliente che si avvalga delle prestazioni della vittima di *trafficking*. Cfr. F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, cit. Sul punto anche M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 117. Verso questa prospettiva muove la *Risoluzione del Parlamento europeo sulla lotta contro la tratta di esseri umani nelle relazioni esterne dell'Unione del 5 luglio 2016*. In tale documento, infatti, si afferma esplicitamente che "la domanda di servizi sessuali nei Paesi sviluppati alimenta la tratta di esseri umani dai Paesi in via di sviluppo, collocando le persone in una posizione di vulnerabilità, soprattutto le donne e le ragazze". Gli Stati membri sono dunque invitati a "perseguire penalmente l'uso consapevole delle prestazioni di una vittima della tratta di esseri umani" (punto 9). Il testo della *Risoluzione* è reperibile su www.europarl.europa.eu. Sull'incriminabilità del cliente nell'ambito della prostituzione, si veda F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, in *Riv. it. medicina legale*, 2, 2017, 667 ss.

⁷¹ Cfr. F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, cit.

⁷² Per alcuni commenti alla nuova legge, si vedano C. CASSANI, "Caporalato" e sfruttamento del lavoro: le novità introdotte dalla legge 199/2016, in *Quot. giur.*, 5 gennaio 2017; A. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, p. 221; D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nero nell'ottica del legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016; F. GIANFROTTA, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, in *Quest. giustizia*, 1 marzo 2017; T. PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento per superare i difetti*, in *Quot. dir.*, 21 novembre 2016; ID., *Le contraddizioni di un abnorme meccanismo repressivo*, *ivi*, 21 novembre 2016.

⁷³ Per un commento alla nuova legge, si veda V. TIGANO, *Prime osservazioni sulla legge 11 dicembre 2016, n. 236, e sui nuovi delitti di traffico di organi ex vivo introdotti all'art. 601-bis c.p.*, in *questa Rivista*, 2/2017, p. 109. In argomento AA.VV., *Il commercio di organi umani fra normativa nazionale e internazionale*, in *Riv. it. medicina legale*, 2, 2016, 683; R. FLOR, *Prime riflessioni a margine della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani. Prospettive attuali e tutela penale della salute e della dignità umana*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 marzo 2015; V. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente: verso il nuovo art. 601-bis c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2015, 1801.

ormai inadeguato a raggiungere da solo risultati soddisfacenti⁷⁴.

Esiste un diffuso consenso sul fatto che l'azione di contrasto debba essere oggi attuata all'interno di una disciplina integrata delle politiche migratorie⁷⁵. Il diritto penale è, infatti, uno strumento di intervento in sé insufficiente al cospetto di un fenomeno così complesso come quello in esame. Ciò non significa che esso sia inutile, anzi. Il diritto penale costituisce un mezzo imprescindibile, in quanto il traffico di persone offende diritti fondamentali della persona che necessitano di una tutela forte⁷⁶. Eppure, accanto alle fattispecie penali, occorrono disposizioni a carattere preventivo, norme a tutela delle vittime⁷⁷, accordi con i Paesi di provenienza dei migranti⁷⁸.

È evidente, infine, che di fronte a fenomeni complessi come quello delle migrazioni, occorrono strumenti di intervento che impongono il coinvolgimento della comunità internazionale e che sarebbero destinati al fallimento se fossero affrontati isolatamente dai singoli ordinamenti nazionali⁷⁹. Strumenti che devono essere flessibili, in modo da adeguarsi costantemente all'evolversi delle modalità con le quali si realizzano le fattispecie di *trafficking* e *smuggling*.

Soltanto una risposta integrata di tal fatta sarà in grado di trasformare il fenomeno in esame da *attività a basso rischio ed alto profitto* ad *attività ad alto rischio e basso profitto*⁸⁰.

⁷⁴ Cfr. F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, cit.

⁷⁵ Cfr. A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta di esseri umani*, cit., 3; M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 118.

⁷⁶ Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 105. Così anche F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti normativi di contrasto sul piano internazionale e le attività di cooperazione giudiziaria*, cit.

⁷⁷ Sul piano della protezione delle vittime, va riconosciuto al nostro ordinamento il merito di essere stato un precursore in ambito internazionale. Lo strumento primario per sostenere la protezione umanitaria è l'art. 18 del D.Lgs. n. 286/1998 (successivamente rafforzato dall'art. 13, legge n. 228/2003). Per approfondimenti, C. AMALFITANO, *Unione europea e tutela delle vittime della tratta di esseri umani*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, 775. Sulle criticità del sistema di protezione menzionato, S. CANEPPELE, M. MANCUSO, *Are Protection Policies for Human Trafficking Victims Effective? An Analysis of the Italian Case*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 19, 2013, 259 ss.

⁷⁸ Invero, in questa direzione si iscrive, come già ricordato, la più recente normativa sovranazionale (così la direttiva 2011/36/UE) e nazionale (così il D.Lgs. n. 24/2014).

⁷⁹ Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, cit., 118.

⁸⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2005, *Piano UE sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta degli esseri umani*, 2005/C 311/01, punto 4, lett. ii). Il testo della comunicazione è reperibile anche in lingua italiana su eur-lex.europa.eu.

I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare

(Possible) Criminal Profiles of Search and Rescue Activities at Sea

SILVIA BERNARDI

*Dottoranda presso l'Università degli Studi di Milano
silvia.bernardi@unimi.it*

RICERCA E SOCCORSO IN MARE, FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, TRAFFICO DI MIGRANTI, STATO DI NECESSITÀ, MAR MEDITERRANEO

SEARCH AND RESCUE ACTIVITIES AT SEA, FACILITATION OF ILLEGAL IMMIGRATION, SMUGGLING OF MIGRANTS, STATE OF NECESSITY, MEDITERRANEAN SEA

ABSTRACT

Il presente contributo vuole interrogarsi sugli ipotizzabili margini di rilevanza penale delle condotte di assistenza prestate dagli operatori del soccorso in mare (specie se appartenenti a O.N.G.) in favore dei migranti intercettati nel Mar Mediterraneo e trasferiti sulle coste italiane. Tale analisi, che necessariamente presupporrà la ricognizione dei numerosi obblighi nazionali e internazionali presenti nel nostro ordinamento in tema di ricerca e soccorso in mare, muoverà dall'esame dei rapporti tra le ordinarie e lecite operazioni di salvataggio e il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per poi prendere in considerazione l'eventualità – prospettata in occasione dei recenti casi giudiziari che hanno interessato il nostro Paese, a partire dal procedimento penale che ha visto il sequestro della nave *Iuventa*, appartenente alla O.N.G. *Jugend Rettet* – che vengano accertate a carico dei soccorritori condotte, ulteriori e diverse rispetto a quelle strettamente attinenti alle attività di salvataggio, concretamente idonee a supportare una loro responsabilità ai sensi dell'art. 12 t.u. imm.

The aim of the present work is to question the hypothetical margins of criminal relevance of assistance behaviors provided by the rescue operators at sea (especially if belonging to N.G.O.s) in favor of the migrants intercepted in the Mediterranean Sea and transferred to the Italian shores. This analysis, which will necessarily presuppose the recognition of the numerous national and international obligations in term of search and rescue at sea, will move from the examination of the relations between the ordinary and lawful rescue operations and the crime of facilitating illegal immigration; then it will consider the possibility – presented by recent judicial cases, starting from the criminal proceedings that saw the seizure of the *Iuventa* ship, belonging to the N.G.O. *Jugend Rettet* – that some conducts carried out by the rescuers, further and different from those strictly related to the rescue activities, may be concretely considered suitable to support their responsibility under Article 12 of Italian t.u. imm.

SOMMARIO

1. Premessa: le attività di *search and rescue* nel Mediterraneo centrale. – 2. L'inquadramento delle attività di ricerca e soccorso in mare nel sistema penale italiano. – 2.1. Fonti e contenuti degli obblighi di salvataggio in mare. – 2.2. La rilevanza della legittimità della condotta all'interno della fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998. – 2.3. Il recente orientamento della Cassazione in materia di autorità mediata: profili critici. – 3. Oltre i limiti del soccorso legittimo. – 3.1. Osservazioni sul contributo concorsuale delle O.N.G. nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. – 3.2. Stato di necessità e scriminante umanitaria: quali margini di applicabilità? – 4. Alcune provvisorie conclusioni: la problematica rilevanza penale della c.d. "zona grigia".

1.

Premessa: le attività di *search and rescue* nel Mediterraneo centrale.

Nel corso degli ultimi anni, in correlazione al significativo incremento dei flussi migratori verso l'Italia e l'Europa attraverso la rotta centro-mediterranea, le attività di ricerca e soccorso (o *search and rescue*, da cui l'acronimo SAR) nel Mediterraneo sono rapidamente divenute protagoniste del dibattito politico, pubblico e mediatico, venendo a incrociare – specialmente da un anno a questa parte – anche l'interesse degli studiosi del diritto penale. Indagare le possibili interferenze di tali operazioni umanitarie con il diritto penale italiano è oggi tema di scottante attualità, su cui è necessario muoversi con cautela in considerazione della scivolosità delle questioni inerenti a questo "territorio di confine", strettamente collegate alle politiche nazionali ed europee in materia di immigrazione e di sicurezza, perennemente in bilico tra diritto umanitario e tutela delle frontiere europee, obblighi di assistenza e soccorso e lotta al traffico di migranti, doveri di solidarietà e contrasto dell'immigrazione clandestina.

Alcuni numeri possono forse aiutare a comprendere le dimensioni del fenomeno. L'Agenzia europea *Frontex*, nel rapporto annuale relativo all'anno 2016, ha osservato un incremento del 18% delle rilevazioni nella rotta centro-mediterranea rispetto all'anno precedente, il che equivale a più di 180.000 migranti, per il 90 % di nazionalità africana, giunti in Italia via mare dalle coste della Libia nel corso di un solo anno¹.

A tali numeri corrispondono 1.424 eventi SAR gestiti dall'*Italian Maritime Rescue Coordination Centre* (IMRCC) facente capo a Roma, per un totale di 178.415 persone soccorse in mare nel corso del 2016²; nonostante il sempre maggiore impiego di forze nelle attività di ricerca e soccorso, però, anche il numero delle persone morte o disperse in mare è drammaticamente aumentato negli ultimi anni, con un picco di 4.500 perdite nel 2016³.

Nonostante l'evidente imprescindibilità delle attività SAR per salvaguardare le molte vite che si mettono in viaggio nel Mediterraneo, nel corso dell'ultimo anno la narrazione attorno alle operazioni di soccorso in mare è drasticamente cambiata: per la prima volta dal 2013 i soggetti impegnati nel salvataggio vengono apertamente accusati di collusioni più o meno dirette con i trafficanti di migranti, e in alcuni casi persino sospettati di favorire essi stessi l'immigrazione clandestina, fatto che nel nostro ordinamento costituisce reato ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/1998 (Testo unico dell'immigrazione).

Tale circostanza si può spiegare anzitutto tenendo conto del fatto che la massiccia implementazione delle attività SAR da parte delle autorità europee ha paradossalmente favorito la strategia criminale delle organizzazioni implicate nel traffico di migranti, le quali sono oggi solite abbandonare i soggetti trasportati in alto mare su imbarcazioni piccole e fatiscenti, spesso dotate di una quantità di carburante minima e incapaci di raggiungere autonomamente la costa, facendo affidamento sull'intervento di salvataggio – che nella maggior parte dei casi avviene in

¹ Cfr. p. 20 del documento *Risk Analysis for 2017* redatto dall'Agenzia *Frontex* e accessibile in [questa pagina web](#). Per una significativa veduta d'insieme dell'incremento dei flussi migratori nel corso degli ultimi 25 anni, cfr. anche il rapporto annuale sulle Attività SAR nel Mediterraneo centrale (anno 2016) del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto – Guardia Costiera, disponibile in [questa pagina web](#).

² I più recenti report mostrano però dei numeri per il 2017 in drastico calo (di circa un terzo), almeno in parte dovuto a un incremento degli interventi della Guardia costiera libica nella propria zona di mare territoriale.

³ Cfr. *Frontex, Annual Risk analysis for 2017*, p. 20.

estrema prossimità al confine delle acque territoriali libiche⁴ – per portare a termine il proprio programma criminoso, conducendo i migranti sulle coste italiane. È tuttavia evidente come effetto diretto di tale sistema sia quello di incrementare ulteriormente i gravi pericoli a cui si espongono i migranti durante la traversata: il che, di converso, rende le operazioni di soccorso ancora più essenziali e imprescindibili al fine di evitare elevate perdite di vite umane.

Il secondo fattore da tenere in considerazione riguarda l'aumento della presenza, tra gli operatori del soccorso in mare, di organizzazioni non governative (O.N.G.), le quali, come rilevato anche nella già citata *Risk Analysis* di Frontex, negli ultimi sei mesi del 2016 si sono rese protagoniste del 40 % delle operazioni SAR⁵.

Proprio attorno alle O.N.G. impegnate nelle attività di soccorso in mare negli ultimi mesi si è andato alimentando nell'opinione pubblica un torbido clima di sospetti e diffidenza, che in alcuni casi non sembra privo di fondamenti attendibili: la Procura di Trapani, in particolare, ha recentemente avviato un procedimento penale che ha visto l'iscrizione nel registro degli indagati di diversi operatori del soccorso in mare e persino l'emissione di un decreto di sequestro preventivo avente a oggetto la nave *Iuventa*, appartenente alla O.N.G. tedesca *Jugend Rettet*, da anni impegnata nelle attività di ricerca e soccorso di migranti in pericolo nel Mediterraneo.

2. L'inquadramento delle attività di ricerca e soccorso in mare nel sistema penale italiano.

Prima di affrontare quello che appare essere il cuore del problema sottoposto alla nostra attenzione, interrogandoci sulle complesse zone d'ombra che sembrano delinearsi nell'ambito delle operazioni di soccorso di migranti in mare, ci pare fondamentale individuare le linee essenziali per inquadrare le ordinarie attività di *search and rescue* all'interno del sistema penale italiano, con particolare riferimento ai rapporti con il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 t.u. imm.

Si tratta di una questione, in realtà, non nuova per i giudici italiani. Già nel 2009, il Tribunale di Agrigento veniva investito del compito di accertare eventuali profili di responsabilità penale in capo all'equipaggio della nave – battente bandiera tedesca – *Cap Anamur*, oltre che ai responsabili dell'omonima organizzazione umanitaria, i quali, nel giugno 2004, dopo aver intercettato in acque internazionali 37 cittadini stranieri a bordo di un gommone in oggettive difficoltà, li avevano soccorsi e trasportati sul territorio italiano, sbarcando a Porto Empedocle⁶.

Lesito del processo fu in quell'occasione un'assoluzione, poiché i giudici riconobbero che la condotta di salvataggio posta in essere dagli imputati, benché idonea «a integrare la fattispecie criminosa contestata in rubrica sotto il profilo dell'elemento oggettivo del reato», trovava «giustificazione nella scriminante di cui all'art. 51 c.p., nella specie di *adempimento di un dovere imposto da una norma di diritto internazionale*»⁷.

⁴ Cfr. Frontex, *Annual Risk analysis for 2017*, p. 32, il quale evidenzia come spesso le O.N.G. impegnate nel soccorso in mare effettuino salvataggi persino entro le 12 miglia dalle coste libiche (limite delle acque territoriali); d'altra parte, il già citato rapporto annuale redatto dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto – Guardia Costiera sottolinea come «tale concentrazione degli interventi in prossimità delle acque libiche ha permesso di intercettare e soccorrere pressoché tutte le imbarcazioni partite da quelle coste, mentre in precedenza molte di esse riuscivano a raggiungere il territorio italiano/europeo senza essere preventivamente individuate» (p. 15).

⁵ Cfr. Frontex, *Annual Risk analysis for 2017*, p. 32. Va però rilevato che l'impegno maggiore nelle attività di soccorso da parte delle O.N.G. e della Guardia Costiera sembrerebbe andare di pari passo alla riduzione della presenza in mare degli operatori militari dell'Unione Europea, riscontratasi dopo la sigla degli accordi con la Libia nell'ottobre dello scorso anno: in questo senso cfr. il rapporto *Blaming the rescuers. Criminalising solidarity, re-enforcing deterrence*, redatto dall'Agenzia *Forensic Architecture* e dalla *Goldsmiths University of London* (disponibile in [questa pagina web](#))

⁶ Si trattò peraltro di una vicenda malamente gestita dalle autorità italiane, le quali, inizialmente, negarono alla *Cap Anamur* l'accesso alle acque territoriali, sicché la nave e le persone a bordo della stessa rimasero per tre settimane a 17 miglia da Porto Empedocle, prima che lo sbarco venisse autorizzato. In quel momento, comandante della nave ed equipaggio vennero immediatamente arrestati con l'accusa di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (pur venendo rilasciati il giorno successivo senza che l'arresto venisse convalidato), mentre la nave fu sottoposta a sequestro. I migranti soccorsi, invece, furono espulsi dall'Italia con accompagnamento coatto alla frontiera prima che si celebrasse il processo avverso i decreti di espulsione. Per una narrazione più approfondita si può rimandare a G. CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare e difesa degli interessi dello Stato: i tentativi d'immigrazione clandestina*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, v. 5/2007; M. COTTONI, *Alcune notazioni in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina via mare*, in T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2017, p. 90 ss.; M.P. LA SPINA, *Obbligo di soccorso o favoreggiamento di immigrazione clandestina?*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, v. 9/2011.

⁷ Cfr. Tribunale di Agrigento, sentenza 7 ottobre 2009, n. 954, p. 25 ss.

2.1.

Fonti e contenuti degli obblighi di salvataggio in mare.

Al centro della pronuncia assolutoria sta dunque il riconoscimento dell'esistenza di un *obbligo di soccorso in mare*, in ragione del quale la condotta di salvataggio non può essere considerata antigiuridica.

Tale obbligo di soccorso si basa, in verità, su di una molteplicità di fonti normative. Già all'interno del codice della navigazione del 1942 gli artt. 489 e 490 stabiliscono obblighi di assistenza e salvataggio direttamente in capo al comandante della nave che venga a conoscenza di una situazione di pericolo in mare⁸, obblighi assistiti, in caso di inadempimento, dalle sanzioni penali previste dall'art. 1158 cod. nav.⁹ Con l'entrata in vigore della Convenzioni delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare¹⁰, il fondamentale dovere di solidarietà in mare – che, in base all'art. 98 della Convenzione, deve riguardare tanto gli Stati, quanto gli individui a comando delle navi¹¹ – ha poi trovato un'esplicita copertura costituzionale per il tramite degli artt. 10 e 117 Cost.; lo stesso può dirsi anche per l'art. 10 della Convenzione di Londra del 1989 sul salvataggio in mare¹², il quale a sua volta prevede una forma di soccorso obbligatorio *ex lege*¹³ direttamente in capo ai capitani di nave.

Due ulteriori fonti normative, la Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo (c.d. Convenzione SAR) del 1979¹⁴ e il regolamento UE n. 656 del 2014¹⁵, hanno infine introdotto specifici obblighi non solo di soccorso, ma anche di *monitoraggio, ricerca e coordinamento*, imponendo agli Stati di dotarsi di sistemi organizzativi adeguati per garantire il corretto svolgimento e il buon esito delle attività di soccorso in mare.

Alla luce di questo importante complesso normativo¹⁶, le attività di ricerca e soccorso vedono quindi la collaborazione di una rete di agenti di carattere nazionale o europeo, pubblico o privato: dall'Agenzia dell'Unione Europea *Frontex*, alle Guardie Costiere nazionali, alle O.N.G., agli agenti delle numerose e diversificate operazioni che hanno luogo nel Mar Mediterraneo (*Triton, Eunafor Med, Sea Guardian, Mare sicuro*). Tutti questi soggetti sono coordinati, per quanto riguarda l'area centro-mediterranea, dal Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto-Guardia Costiera avente sede a Roma¹⁷, che gestisce tutte le atti-

⁸ L'art. 490 cod. nav., in particolare, configura come obbligatorio «il tentativo di salvare persone che siano in mare o in acque interne in pericolo di perdersi».

⁹ Che peraltro al comma 3 configura una singolare ipotesi di delitto colposo.

¹⁰ C.d. Convenzione UNCLOS, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 689/1994.

¹¹ In questo senso, la norma sancisce che «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri (...) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo».

¹² C.d. Convenzione *Salvage*, conclusa il 28 aprile 1989 all'esito della Conferenza internazionale sul salvataggio, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 129/1995; l'art. 10 recita che «ogni capitano è tenuto a prestare assistenza a qualsiasi persona che si trovi in pericolo di perdersi in mare, nella misura in cui ciò non arrechi gravi pregiudizi alla sua nave e alle persone a bordo».

¹³ Per tale nozione cfr. G. CAMARDA, *Il soccorso in mare. Profili contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 2006, p. 162 ss., p. 171 ss.; M. COTTONE, *Alcune notazioni*, cit. pp. 97-98.

¹⁴ Firmata ad Amburgo nell'ambito dell'*International Maritime Organisation* (IMO) resa esecutiva in Italia con l. 3 aprile 1989, n. 147 e attuata attraverso il d.P.R. n. 662/1994; con essa gli Stati si sono impegnati a riconoscere delle zone di mare (c.d. zone SAR) all'interno delle quali sono tenuti a garantire, in caso di salvataggio di naufraghi, un "porto sicuro" per permettere l'attracco dei soccorritori. Conclusa all'interno dell'IMO è anche la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (c.d. Convenzione SOLAS), stipulata a Londra il 1 novembre 1974 (in Italia resa esecutiva con l. 23 maggio 1980, n. 313) e progressivamente aggiornata mediante emendamenti, il cui scopo è quello – più generale – di garantire la *safety e security* in mare.

¹⁵ Tale regolamento ha ad oggetto, in particolare, obblighi di cooperazione operativa nell'ambito della sorveglianza delle frontiere marittime europee sotto il coordinamento dell'allora Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, istituita con regolamento CE n. 2007/2004 e poi confluita, con il regolamento UE n. 2016/1624, nella nuova Agenzia europea della guardia costiera e di frontiera (*Frontex*).

¹⁶ Al quale fa ulteriormente da sfondo il fondamentale principio di non respingimento di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati.

¹⁷ Al quale sono attribuite dal d.P.R. 28 settembre 1994, n. 662, attuativo della Convenzione SAR, le funzioni di IMRCC (*Italian Maritime Rescue Coordination Centre*).

vità SAR – comprese pertanto quelle delle O.N.G.¹⁸ – dal momento in cui sopraggiunge la notizia di un'emergenza, attuale o potenziale, a quello in cui i soccorritori sbarcano nel porto sicuro designato¹⁹: solo a questo punto, infatti, l'attività di salvataggio può ritenersi conclusa nel rispetto degli obblighi di diritto internazionale vigenti.

Il presupposto per l'attivarsi dell'obbligo di salvataggio è, in base a tutte le norme ora citate, la conoscenza di una *situazione di pericolo in mare (distress/danger at sea)*: nozione che, in base alla prassi della Guardia costiera e delle stesse operazioni di *Frontex*, viene interpretata in senso ampio, tale da comprendere non solo le situazioni rispetto alle quali l'intervento sia improcrastinabile, ma anche oggettive situazioni di difficoltà del natante derivanti da una molteplicità di fattori, quali il precario stato di galleggiabilità del mezzo, il suo sovraffollamento, l'assenza di equipaggio professionale a bordo, l'assenza o insufficienza di dotazioni di sicurezza, la presenza di soggetti necessitanti assistenza o soccorso medico²⁰.

2.2. *La rilevanza della legittimità della condotta all'interno della fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998.*

È pertanto fuori di dubbio che la condotta di salvataggio in mare, realizzata in adempimento dei numerosi obblighi ora illustrati, debba necessariamente ritenersi *condotta legittima*, e dunque non punibile ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/1998. Può tuttavia essere interessante approfondire come il connotato di legittimità della condotta possa acquisire rilevanza già all'interno della fattispecie di c.d. favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che si caratterizza per la presenza di una *duplice clausola di illiceità speciale*²¹.

Come sottolineato in dottrina, tale requisito di illiceità speciale svolge un ruolo centrale nella struttura del reato in questione: è infatti la violazione delle disposizioni in materia di immigrazione a segnare il confine tra un'attività neutra per l'ordinamento, quale l'organizzazione del viaggio di una o più persone, e l'attività delittuosa²². L'illiceità speciale, pertanto, *concentra su di sé l'intero disvalore del fatto di reato* – quantomeno con riferimento alla fattispecie-base di cui all'art. 12 comma 1 – e permette al contempo di individuare il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice esclusivamente nell'*interesse dello Stato* (ma anche della comunità europea e internazionale) *a mantenere il controllo sulla gestione dei flussi migratori*²³.

Punto focale della questione diviene allora chiarire se la condotta di salvataggio in mare di migranti possa essere considerata attività che viola la normativa italiana in materia di immigrazione. Del resto, sebbene sia pacifico che i migranti beneficiari del salvataggio non siano in possesso dei requisiti d'ingresso previsti dal Testo unico, l'attività di soccorso in mare, anche quando posta in essere da soggetti privati, è *attività imposta e coordinata dallo Stato*, in osservanza della normativa internazionale, europea e nazionale; non sembra pertanto configurarsi come condotta offensiva del bene giuridico rappresentato dal controllo dello Stato sui flussi migratori, poiché tale controllo, nel caso delle attività di ricerca e soccorso, non viene affatto

¹⁸ Le quali si inseriscono legittimamente nel contesto delle attività SAR: l'art. 5 c. 1 d.P.R. 662/1994 (attuativo del § 2.4.1 del cap. II della Convenzione SAR) prevede infatti che le Unità costiere responsabili delle operazioni di ricerca e soccorso in mare richiedano «alle altre amministrazioni dello Stato o a privati il concorso di mezzi navali ed aerei, ritenuti idonei per partecipare alle operazioni di soccorso marittimo». Per questo motivo, la nave della O.N.G. che abbia notizia dell'esistenza di una situazione di pericolo in mare ha l'obbligo di trasmettere prontamente l'informazione all'IMRCC, che procederà a coordinare l'operazione di soccorso.

Si evidenzia che, dall'agosto 2017, il Ministero degli Interni italiano ha richiesto alle O.N.G. impegnate nelle attività di ricerca e soccorso nel Mediterraneo di sottoscrivere un "codice di condotta"; per un commento critico al documento cfr. il comunicato dell'ASGI, *Posizione sulla bozza di "codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare"*, 25 luglio 2017, reperibile in [questa pagina web](#), il quale sottolinea, peraltro, come l'attuazione del codice in questione non possa comunque comportare alcuna deroga agli esaminati principi nazionali e internazionali in tema di obblighi di ricerca e soccorso in mare.

¹⁹ Sulla nozione di "luogo sicuro" si rimanda a G. CAMARDA, *Tutela della vita umana in mare*, cit., p. 6.

²⁰ Per un supporto normativo a tale ampia nozione di pericolo in mare cfr. l'art. 9, § 2, lett. f) del regolamento UE n. 656/2014.

²¹ In particolare, la norma specifica che la condotta di promozione/direzione/organizzazione/effettuazione del trasporto di migranti deve essere posta in essere «in violazione delle disposizioni del presente testo unico», e poi, con una clausola di chiusura, include anche gli «altri atti idonei a procurare illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato». Entrambe le clausole, è stato osservato in dottrina, riguardano tuttavia il medesimo requisito, ossia la violazione della disciplina italiana in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri. A tal riguardo cfr. S. ZIRULLA, *Art. 12 T.U. immigrazione (Favoreggiamento delle migrazioni illegali)*, in E. DOLCINI - G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 2681.

²² S. ZIRULLA, *Art. 12 T.U. immigrazione*, cit., p. 2680.

²³ Cfr. a tal riguardo le significative osservazioni svolte da M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *QG*, n. 1/2009, p. 113 ss.

meno²⁴.

Se tali osservazioni sono fondate, se ne deve evincere la sostanziale *inutilità* del richiamo all'art. 51 c.p. per escludere la punibilità dei soccorritori, in quanto la legittimità della condotta acquisisce rilievo già sul piano della tipicità, ai fini di escludere il requisito di illiceità speciale²⁵.

A simili conclusioni è in effetti già pervenuta la giurisprudenza italiana in relazione al diverso reato contravvenzionale previsto dall'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998, che come è noto sanziona l'*ingresso irregolare dello straniero nel territorio dello Stato*: in tale ambito, infatti, la Cassazione²⁶, anche a sezioni unite²⁷, ha negato – al fine di affermare l'utilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate dai migranti in sede testimoniale nei procedimenti penali contro gli scafisti²⁸ – che chi faccia ingresso nel territorio italiano grazie all'intervento dei soccorritori commetta il reato di cui all'art. 10-*bis*, in quanto costoro non potrebbero essere definiti "migranti entrati illegalmente nel territorio dello Stato per fatto proprio". La loro condotta precedente al salvataggio, d'altra parte, potrebbe tutt'al più essere considerata come un mero tentativo di ingresso illegale, comunque non punibile trattandosi di reato contravvenzionale.

2.3.

Il recente orientamento della Cassazione in materia di autorità mediata: profili critici.

In una sua recente pronuncia, la Suprema Corte sembra tuttavia aver intrapreso una strada interpretativa ancora diversa. In un caso in cui era chiamata a valutare la *sussistenza della giurisdizione italiana rispetto a condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina poste in essere in acque internazionali* – ove gli scafisti della "nave madre" si erano limitati a "lanciare" un gommone carico di migranti, confidando nell'intervento dei soccorritori per permettere loro di completare il viaggio – la Corte ha affermato che «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, in termini di *azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti* e quindi a loro del tutto riconducibile e quindi sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente questi abbiano operato solo in ambito extraterritoriale»²⁹.

Attraverso il richiamo al terzo comma dell'art. 54 c.p., la Cassazione perviene così simultaneamente al duplice risultato di garantire l'impunità dei soccorritori (comunque *non* imputati nel procedimento in questione), obbligati ad agire dalle norme interne e internazionali in materia di soccorso in mare, e ad assicurare l'applicabilità della legge penale italiana ai trafficanti che ne vogliano strumentalizzare l'intervento, in tal modo accollando ai secondi anche la condotta di trasporto legittimamente posta in essere dai primi (ciò che consente di considerare il fatto degli stessi trafficanti come commesso nel territorio italiano ai sensi dell'art. 6 c.p.³⁰).

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio le diverse problematiche connesse a una

²⁴ Sono peraltro le stesse Convenzioni internazionali finora richiamate a sottolineare come l'attività di salvataggio debba necessariamente avere *carattere neutro*, in quanto è previsto espressamente che i soccorritori debbano procedervi "senza tener conto della nazionalità o dello statuto di detta persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata": cfr. in particolare Cap. II, § 2.1.10 Convenzione SAR. Del resto, il soccorso e trasporto in un porto sicuro italiano di un gruppo di migranti non sembra formalmente distinguibile dal soccorso di una qualsiasi altra imbarcazione in difficoltà; laddove però oggetto della condotta di salvataggio fosse ad esempio una nave di sceicchi sauditi, naufragata nel Mediterraneo, sembra evidente che nessuno si porrebbe alcun problema circa la configurabilità del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in relazione ai soccorritori.

²⁵ Si tratterebbe, nel caso in esame, di clausole di illiceità o antiggiuridicità speciale c.d. effettive, proprio perché, richiamando quale parametro di qualificazione un elemento normativo diverso dalla norma incriminatrice – che concorre a descrivere il disvalore della fattispecie punita – integrano il fatto tipico del reato: cfr. a proposito G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, pp. 201-2013; T. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008, pp. 143-144.

²⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 21 settembre 2011 n. 44016; Cass. pen., Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 39719; Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 2016, n. 25215.

²⁷ Cass. pen., Sezioni Unite, sentenza 28 aprile 2016, n. 40517.

²⁸ A tal riguardo, si può rimandare ai rilievi critici mossi da A. GILIBERTO, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 325 ss.

²⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2014, con commento di A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*.

³⁰ Si osserva che, nel caso in esame, la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi su ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica catanese in sede cautelare: il che spiega le ragioni di urgenza che hanno comportato la necessità di un'interpretazione "a maglie larghe" della condotta di cui all'art. 12 TUIM per ricondurre il fatto di reato in questione all'interno dell'art. 6 c.p., piuttosto che all'art. 10 c.p. (che subordina l'applicazione della legge penale italiana alla richiesta del Ministro della Giustizia).

simile impostazione della Suprema Corte, che – come osservato in dottrina³¹ – sembra erroneamente concepire il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina quale reato d’evento, rappresentato dal raggiungimento delle coste italiane da parte dei migranti, ignorando la precisa costruzione normativa nel senso di un “reato di pericolo a consumazione anticipata”, e dunque di mera condotta. Non si può tuttavia non rilevare come la condotta dei trafficanti di migranti difficilmente potrebbe essere ricondotta al paradigma della *minaccia* di cui all’art. 54 c. 3 c.p., difettando qui quella prospettazione da parte dell’agente di un danno ingiusto, futuro e dipendente dalla volontà del minacciante che costituisce lo *specificum* della condotta minatoria³². I trafficanti non prospettano affatto di infliggere, *in futuro*, essi stessi un male ai migranti, conservando – come d’ordinario nei casi di minaccia – anche la possibilità di *non* infliggerlo; ma li espongono direttamente – “lanciandoli” in alto mare – a pericoli che deriveranno dal corso naturale degli eventi, e sui quali essi non avranno più alcun controllo.

L’argomento utilizzabile potrebbe dunque al più essere quello di una provocazione di un comune stato di necessità da parte dei trafficanti, ai sensi del comma 1 e non del comma 3 dell’art. 54 c.p. Ma se, come si è visto, le attività di soccorso in mare devono necessariamente ritenersi – senza alcun bisogno di ricorrere all’art. 54 c.p. – attività intrinsecamente lecite, come tali non integranti il paradigma delittuoso di cui all’art. 12 t.u. imm., cadrà lo stesso presupposto della costruzione di un’autoria mediata, ossia la commissione – da parte degli operatori delle ONG, intesi quali autori ‘immediati’ – di un fatto tipico ai sensi di una fattispecie criminosa.

3. Oltre i limiti del soccorso legittimo.

I problemi più delicati, all’evidenza, sorgono però nel momento in cui le operazioni di soccorso in mare fuoriescano dal quadro ora delineato. Nell’ambito dell’indagine portata avanti dalla Procura di Trapani, in effetti, gli elementi raccolti dai pubblici ministeri – come parrebbe avvalorato dal decreto di sequestro preventivo della nave *Iuventa* emesso dal G.I.P. di Trapani³³ e successivamente confermato anche dal Tribunale del riesame – sembrano deporre in favore dell’esistenza di *veri e propri rapporti collusivi* tra trafficanti e membri di O.N.G., che di comune accordo avrebbero proceduto a porre in essere delle “consegne concordate” mascherate da operazioni di soccorso.

In particolare, quel che viene contestato ai membri dell’equipaggio della motonave appartenente alla O.N.G. *Jugend Rettet* è di non essersi limitati «ad adempiere all’obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo o in emergenza in alto mare», ma di aver «posto in essere condotte antecedenti e successive all’attività di soccorso che non hanno alcuna giustificazione in una situazione di pericolo per i migranti, ma nella precisa volontà di permettere l’accesso in Italia del maggior numero di clandestini possibile»³⁴.

Tra le condotte antecedenti, i membri della *Jugend Rettet* sono accusati di aver – in almeno due occasioni – incontrato in alto mare i trafficanti libici di migranti, i quali, a seguito dell’incontro, si sarebbero allontanati, per poi far ritorno scortando un barcone carico di migranti, prontamente trasbordati sull’imbarcazione della O.N.G.; tra le condotte successive, di aver riconsegnato ai trafficanti le imbarcazioni utilizzate per il trasporto dei migranti, oltre che di aver ostacolato le indagini in corso distruggendo od occultando materiale video e fotografico che avrebbe permesso la loro identificazione.

A giudizio del G.I.P. di Trapani, pertanto, «i comportamenti posti in essere dall’equipaggio della *Iuventa* nelle fasi precedenti e successive al salvataggio non si pongono come espressione del dovere di soccorso imposto dalla Convenzione di Montego Bay, ma come condotte

³¹ Così M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all’“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all’immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017, p. 3.

³² Cfr. a proposito l’approfondito studio svolto da G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 160 ss.

³³ Tribunale di Trapani, decreto del 2 agosto 2017, n. 816/2017 R.G. G.I.P.

Non verrà presa in considerazione all’interno del presente contributo la vicenda, sviluppatasi nelle more della pubblicazione, relativa al sequestro (e successivo dissequestro) della nave appartenente alla O.N.G. spagnola *Proactiva Open Arms* nell’ambito di un procedimento penale avviato dalla Procura di Catania. Si rileva peraltro che i due casi in questione sollevano problematiche differenti, complementari ma non sovrapponibili, in quanto solo in quello in esame sembrano allo stato essere emersi possibili profili di collusione tra operatori del soccorso e trafficanti di migranti.

³⁴ Cfr. p. 141 del provvedimento in questione.

ulteriori finalizzate a mantenere buoni rapporti con i trafficanti di esseri umani e agevolarne l'attività»³⁵; tale circostanza comporterebbe dunque l'inapplicabilità tanto della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., quanto della scusante dello stato di necessità, stante «l'assenza di una situazione di pericolo immediato per i migranti», dovendosi conseguentemente qualificare le condotte in questione quali «apporti concorsuali di tipo morale e materiale alla realizzazione del reato di introduzione clandestina di stranieri nel territorio nazionale»³⁶.

3.1. Osservazioni sul contributo concorsuale delle O.N.G. nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Il quadro che sembra emergere dalle recenti indagini vede dunque alcune O.N.G. che, nell'ambito della loro doverosa e legittima attività di soccorso, giungono a intrecciare dei più o meno prolungati rapporti con i trafficanti, attraverso i quali – pur senza essere in alcun modo affiliate ai gruppi criminali operanti nel territorio libico, come chiaramente evidenziato all'interno dello stesso provvedimento del G.I.P. di Trapani³⁷, e pur perseguendo lo specifico fine umanitario di prevenire quanto più possibile il rischio di naufragi – procedono talvolta a ricevere in consegna i migranti direttamente dai trafficanti stessi.

Simili condotte non possono considerarsi quali legittime attività di soccorso, che presuppongono, come si è già detto, la *scoperta di una situazione di pericolo in mare*, elemento che appare di per sé incompatibile con l'esistenza di un previo accordo. Laddove siffatto accordo risulti provato nel corso del giudizio, dunque, la condotta dei soccorritori non potrebbe qualificarsi come espressione dell'obbligo di salvataggio in mare; sicché i soccorritori medesimi dovrebbero conseguentemente essere considerati non tanto come concorrenti nel fatto dei trafficanti – i quali, lo ricordiamo, pongono in essere un reato di mera condotta, che dunque deve ritenersi definitivamente consumato con il “lancio” dei migranti in mare aperto – quanto piuttosto come *autori* del delitto di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98, potendosi rintracciare a loro carico tanto gli elementi oggettivi (e, in particolare, la condotta di trasporto dei migranti nel territorio italiano), quanto gli elementi soggettivi (comprensivi della consapevolezza della illiceità della condotta) del delitto in questione.

Il provvedimento del G.I.P. di Trapani sembrerebbe tuttavia lasciare spazio, a una prima lettura, anche a una diversa interpretazione. Nel focalizzare l'attenzione sulle «condotte antecedenti e successive» al salvataggio poste in essere dalla *Jugend Rettet*, considerate estranee all'obbligo di soccorso in mare, il giudice parrebbe difatti presupporre che siano tali condotte – diverse dal trasbordo e trasporto di migranti – ad apportare un contributo concorsuale nel delitto commesso dai trafficanti, senza spingersi a sindacare la legittimità del soccorso in sé³⁸.

In effetti, anche qualora si volesse condividere una simile soluzione – che presupporrebbe un'interpretazione particolarmente estensiva della nozione di *danger at sea*, comprensiva anche di quelle ipotesi in cui l'imbarcazione gremita di migranti non sia (ancora) stata abbandonata dagli *smugglers*, ma venga da questi scortata fino alla nave della O.N.G. – l'esistenza di un patto con i trafficanti integrerebbe comunque il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, quantomeno in termini di *concorso morale*, configurandosi certamente l'accordo quale «contributo agevolatore e di rafforzamento del proposito criminoso già esistente nei concorrenti»³⁹. Costituirebbero invece *apporti concorsuali di tipo materiale*, secondo una simile impostazione, le condotte c.d. successive contestate ai membri delle O.N.G. concretatesi nella restituzione dei gommoni ai trafficanti di migranti, desumendosi dagli atti d'indagine che gli stessi erano poi stati effettivamente riutilizzati per compiere ulteriori delitti di favoreggiamen-

³⁵ Cfr. p. 145 del provvedimento.

³⁶ Cfr. p. 131 del provvedimento.

³⁷ Cfr. p. 140 del provvedimento in esame.

³⁸ Cfr. in particolare p. 143 del provvedimento in questione, ove si legge che «appare (...) evidente che, una volta trasferiti a bordo della *Iuventa* e posti in salvo i migranti, nessuna ulteriore attività operativa concordata con i trafficanti possa ritenersi giustificata dall'adempimento del dovere o da un ipotetico stato di necessità e debba essere considerata un'illecita attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, con conseguente responsabilità concorsuale nella commissione del delitto di cui all'art. 12 d.lgs. 286/1998».

³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2014, n. 36125. Non ci sembra, invece, che il solo fatto dell'accordo possa essere ritenuto idoneo a integrare «atti diretti a procurare l'ingresso di migranti nel territorio dello Stato» da parte degli operatori del soccorso in mare, poiché si ritiene che, così come in materia di tentativo, anche nell'ambito delle fattispecie di attentato o a consumazione anticipata debba operare la preclusione di cui all'art. 115 c.p.

to dell'immigrazione clandestina.

3.2.

Stato di necessità e scriminante umanitaria: quali margini di applicabilità?

Sulla base delle osservazioni finora svolte, le c.d. *consegne concordate di migranti*, frutto di un vero e proprio *accordo* tra trafficanti e soccorritori, sembrerebbero rientrare a tutti gli effetti nell'area di applicazione della fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98. Se si volesse però tentare di ricostruire il "sinallagma" oggetto di un simile patto, esso non potrebbe che rintracciarsi – in assenza di elementi ulteriori e specifici – in questi termini: i trafficanti ottengono che il loro disegno criminoso venga portato a termine con il minimo dei rischi e dei costi per la propria associazione; i soccorritori adempiono invece alla propria *mission*, anch'essi minimizzando i costi sia economici, sia di vite umane⁴⁰.

Potrebbe allora sorgere il dubbio, a fronte della sicura illiceità di simili condotte, che residui un qualche spazio per il riconoscimento di uno *stato di necessità* (nei termini, in particolare, del c.d. *soccorso di necessità*) in favore dei soccorritori collusi, che, come già detto, anche nello scendere a patti con i trafficanti sono animati dalla finalità di prevenire quanto più possibile perdite di vite umane in mare.

Detta situazione scusante, nondimeno, ai fini di escludere *in toto* la punibilità di costoro ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 286/98, dovrebbe sussistere nel momento dell'accordo con i trafficanti; può pertanto sicuramente escludersi una sua configurabilità nei casi in cui l'accordo sia *preesistente* rispetto all'inizio del viaggio in mare dei migranti, perché in tali ipotesi non sussisterebbero né il requisito dell'*attualità del pericolo* (dovendosi fare riferimento al pericolo di morte o dispersione in mare corso dagli uomini e dalle donne trasportati), né quello della *non volontaria causazione del pericolo* stesso (nella quale invece gli stessi soccorritori, laddove agissero di concerto con i trafficanti, concorrerebbero).

Qualche margine di applicabilità dell'art. 54 c.p. potrebbe pertanto astrattamente ipotizzarsi solo nel caso in cui simile accordo intervenga in un momento in cui i migranti si trovino *già in alto mare*, e dunque in estrema prossimità temporale rispetto alla loro raccolta. In tali condizioni, invero, potrebbe non essere del tutto peregrino sostenere che i soccorritori, scendendo a patti con i trafficanti, siano stati indotti ad agire nel caso concreto dall'esistenza di un *imminente pericolo* di un grave danno alla persona corso dai migranti, pericolo che potrebbe ritenersi *quantomeno minacciato* dai trafficanti, i quali, nel richiedere la collaborazione della O.N.G., implicitamente prospetterebbero loro quale alternativa negativa l'abbandono dei migranti in alto mare. In questa ottica, la scelta da parte degli operatori di collaborare nel perfezionamento di un'attività sicuramente delittuosa potrebbe forse considerarsi scusata ai sensi dell'art. 54 c. 3 c.p., che in una situazione simile potrebbe concretamente svolgere un ruolo effettivo, diverso da quello richiamato dalla già citata Cassazione del 2014.

Senonché, prima di abbracciare siffatta soluzione, i giudici di merito dovrebbero vagliare attentamente anche gli ulteriori requisiti (essenziali ai fini del riconoscimento dello stato di necessità⁴¹) della *necessità* della condotta – e quindi dell'assenza di *qualsiasi altra alternativa esigibile*⁴² – e della *costrizione*, elemento che riveste una pregnante rilevanza autonoma all'interno dell'art. 54 c.p., almeno secondo quella parte della dottrina che vi rintraccia una circostanza scusante soggettiva, piuttosto che una causa di giustificazione⁴³.

Al di fuori di quei casi in cui tutti gli elementi fondanti il soccorso di necessità siano considerati accertati sulla base delle circostanze del caso concreto, la finalità umanitaria perseguita dai "soccorritori collusi" non appare idonea a escludere la punibilità ai sensi del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, potendo al più rivestire esclusivamente una

⁴⁰ Dal lato delle O.N.G. potrebbero peraltro aggiungersi anche benefici economici indiretti, legati al maggior afflusso di finanziamenti a seguito dell'incremento del numero di "salvataggi" portati a buon fine.

⁴¹ Sull'esigenza di rintracciare anche nelle ipotesi di stato di necessità derivante dall'altrui minaccia tutti gli estremi dello stato di necessità cfr. F. VIGANÒ, *Art. 54 c.p.*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, pp. 1048-1049.

⁴² Si tenga peraltro conto che la giurisprudenza richiede normalmente un accertamento particolarmente rigoroso della sussistenza di tale requisito, giungendo a escludere l'applicabilità dell'art. 54 c.p. in una vasta eterogeneità di casi: cfr. a proposito F. VIGANÒ, *Art. 54 c.p.*, cit., p. 1041 ss.

⁴³ Cfr. in particolare F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 592 ss.

rilevanza ai sensi dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale di cui all'art. 62 n. 1 c.p.

A una soluzione differente, del resto, ci pare che non si possa neppure addivenire valorizzando un'applicazione in chiave analogica alle fattispecie ora considerate della peculiare "scriminante umanitaria" configurata dal comma 2 dell'art. 12 d.lgs. 286/98, che prevede che «non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato». Pur godendo di un campo di applicabilità per molti aspetti più ampio del soccorso di necessità⁴⁴, infatti, da un lato essa è stata appositamente circoscritta dal legislatore sotto il profilo territoriale, sicché un'estensione in via analogica della stessa a condotte poste in essere fuori dall'Italia e rispetto a migranti non ancora entrati nel territorio italiano dovrebbe ritenersi preclusa; dall'altro, essa non potrebbe comunque produrre alcuna efficacia scriminante nei confronti di condotte che non appaiano qualificabili come mere *attività di soccorso e assistenza*⁴⁵, quali specifiche condotte di agevolazione poste in essere dai soccorritori in favore dei trafficanti di migranti.

4.

Alcune provvisorie conclusioni: la problematica rilevanza penale della c.d. "zona grigia".

Se la nostra breve analisi ci consente di riconoscere con certezza la sicura legittimità delle doverose attività di ricerca e soccorso in mare, così come, d'altro canto, la riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 12 d.lgs. 286/98 della (quasi) totalità dei casi in cui il "salvataggio" dei migranti sia in realtà frutto di un preventivo accordo con i trafficanti, tra tali due opposte situazioni sembra tuttavia persistere un cono d'ombra attualmente ancora inesplorato: una sorta di "zona grigia" di più difficile qualificazione, all'interno della quale si andrebbero a collocare le condotte di tutti quegli operatori del soccorso in mare che, in assenza di rapporti o contatti diretti con i trafficanti, si limitino ad *aspettare* in prossimità del limite delle acque territoriali libiche l'arrivo dei barconi carichi di migranti, in scenari in cui – peraltro – questi ultimi si presentano spesso "scortati" da piccole imbarcazioni della Guardia costiera libica o, addirittura, dei trafficanti stessi.

Due sono, a nostro giudizio, i nodi cruciali da sciogliere per individuare eventuali profili di responsabilità penale in capo ai soccorritori in situazioni di tal genere: anzitutto, sotto il *versante processuale*, occorrerà determinare sulla base di quali elementi sia possibile desumere l'esistenza in simili casi di un vero e proprio "accordo tacito" tra soccorritori e trafficanti, che farebbe ricadere tali ipotesi nelle già esaminate fattispecie di "consegna concordata" che, come si è visto, a ragione vengono ricondotte nell'area di applicabilità del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; in secondo luogo, sul *versante del diritto penale sostanziale*, sarà necessario interrogarsi sulla possibilità che, anche laddove non emerga nessuna prova di un vero e proprio accordo illecito, ai soccorritori venga comunque contestato un *concorso morale* nel fatto dei trafficanti, avendo i primi di fatto contribuito – mediante la loro stessa presenza in prossimità delle acque territoriali libiche, ben nota ai trafficanti – a rafforzare o determinare i propositi criminosi di questi ultimi rispetto a ciascun singolo fatto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Non può essere questa la sede per affrontare simili complesse questioni, che, eventualmente, dovranno essere maggiormente approfondite in sede giudiziaria, alla luce delle peculiarità dei differenti casi concreti che potrebbero essere portati all'attenzione degli organi inquirenti. Esse, peraltro, non appaiono di scarso rilievo: il ruolo che le operazioni di *search and rescue* rivestono all'interno della strategia criminale dei trafficanti di migranti è, come abbiamo visto, ormai un dato della prassi, che tuttavia impone di vagliare con attenzione i potenziali rischi di *criminalizzazione generalizzata* a carico di tutti i soggetti meritoriamente impegnati nelle attività di soccorso in mare (membri di O.N.G., ma non solo).

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva che, a nostro giudizio, deve essere interamente rigettata. Anzitutto, non sfugge come, già sul terreno causale, la prova del contributo atipico dei soccorritori appaia estremamente ardua, se non impossibile, non potendosi in verità escludere

⁴⁴ Cfr. S. ZIRULIA, *Art. 12 T.U. immigrazione*, cit., p. 2735.

⁴⁵ Così P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014, pp. 128-129.

con certezza che quei singoli episodi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in cui gli stessi possano essere chiamati a concorrere si sarebbero comunque realizzati pur in loro assenza, con quelle stesse modalità⁴⁶. Problemi ancora maggiori si riscontrerebbero poi sul terreno dell'elemento soggettivo: e, infatti, può essere messo in dubbio che la mera constatazione della consapevolezza in capo ai soccorritori del contributo *genericamente* fornito ai trafficanti di migranti sul piano morale possa essere considerata sufficiente a integrare il c.d. "dolo doppio"⁴⁷ richiesto ai fini del concorso nel reato. Appare infatti problematico rintracciare in capo ai soccorritori un'ineffettiva e volontaria condotta di *istigazione*, necessariamente in tali casi *in incertam personam*, e peraltro in termini di dolo eventuale, la cui compatibilità con il concorso morale è, a giudizio di parte della dottrina, di per sé controversa⁴⁸.

Ancora più in radice, apparirebbe a nostro avviso del tutto anomalo considerare la condotta dei soccorritori – in assenza, ripetiamo, di ogni prova relativa ad un loro accordo con i trafficanti – come condotta *antigiuridica* in quanto causalmente rilevante rispetto alla condotta dei trafficanti. Alla luce della disciplina nazionale e internazionale che regola le attività di ricerca e soccorso in mare, difatti, non può che concludersi come le stesse attività di monitoraggio a salvaguardia della sicurezza delle frontiere marittime europee si configurino come attività *legittime e doverose* all'interno del "sistema SAR", nel quale, come si è visto, anche le O.N.G. si inseriscono armonicamente a pieno titolo.

Anche qualora si dovesse ritenere, dunque, che i trafficanti facciano in effetti affidamento sul pronto intervento delle O.N.G., e che pertanto vengano per questa via incoraggiati a 'lanciare' in alto mare barche di migranti manifestamente sovraccariche ovvero prive del carburante necessario per raggiungere le coste italiane, ciò non escluderebbe l'oggettivo carattere di *conformità al diritto* (nazionale e internazionale) delle operazioni di salvataggio, le quali dunque non potrebbero essere considerate al tempo stesso costitutive di reato; e ciò per l'assorbente ragione – del tutto ovvia per la teoria del reato contemporanea – che una condotta considerata lecita (e anzi doverosa) dall'ordinamento difetta per ciò stesso del carattere dell'*antigiuridicità*, il secondo connotato necessario (dopo la tipicità) a costituire un reato.

La condotta sarà pure, insomma, causalmente rilevante rispetto all'azione dei trafficanti, e come tale "tipica" ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 c.p. e 12 t.u. imm.; ma non potrà essere considerata "antigiuridica", stante il suo carattere di condotta *doverosa* ai sensi di altre disposizioni del diritto nazionale e internazionale, prevalenti sul divieto penalmente sanzionato in parola.⁴⁹

⁴⁶ A questo proposito, il già citato rapporto *Blaming the rescuers* sottolinea l'assenza di un nesso causale tra presenza delle O.N.G. in alto mare e aumento delle partenze, evidenziando peraltro l'incremento del tasso di mortalità in mare in corrispondenza ai periodi di inattività delle O.N.G.

⁴⁷ Elemento soggettivo integrato non solo dalla coscienza e volontà di apportare un contributo causale all'attività criminosa altrui, ma anche dalla coscienza e volontà di commettere il reato quale fatto specifico e determinato: si può rimandare a riguardo a F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, p. 249 ss.

⁴⁸ Cfr. in particolare le osservazioni svolte da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis: il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 211 ss.

⁴⁹ Simili considerazioni sono svolte anche da M.T. TRAPASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata"*, cit., p. 13.

Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare

Jurisdictional Issues in the Fight Against Migrant Smuggling on the Sea

SALVATORE ORLANDO
Dottore di ricerca in diritto penale
salvatore.orlando@unipa.it

ABSTRACT

I trafficanti di esseri umani si avvalgono con sempre più insistenza di ben collaudati protocolli operativi. Questi ultimi consentono loro di sottrarsi alla giurisdizione penale italiana che non si radica qualora – in ossequio ai criteri di cui all’art. 6 c.p. ed in conformità alla Convenzione sull’Alto Mare – l’azione illecita avvenga in acque internazionali. Così, premesse alcune linee concettuali sui limiti spaziali alla efficacia della legge penale, l’indagine si sofferma sulla soluzione ermeneutica offerta dalla Cassazione che, apparentemente in modo sbrigativo e per esigenze di effettività della risposta punitiva, ha fatto ricorso alla controversa figura dell’autore mediato per sanzionare condotte di favoreggiamento che si avvalgono strumentalmente dell’intervento di soccorso delle autorità costiere per realizzare il proprio intento criminoso. Per rafforzare l’ancoraggio del reato di cui all’art. 12 T.U. imm. al territorio italiano, si propone, dunque, una ricostruzione che faccia opportuno riferimento all’istituto del concorso di persone ed al reato eventualmente permanente. Infine, la necessità di un migliore inquadramento dogmatico della soluzione ermeneutica, unitamente alla propensione universalistica della legge penale in ipotesi di offesa a valori globali, potrebbe suggerire una interpretazione evolutiva dell’art. 7 c.p. proiettato oggi alla tutela dell’uomo, secondo moduli ermeneutici rinvenibili anche nel § 6 del codice penale tedesco.

Human traffickers frequently take advantage of operative protocols, that make them unpunishable pursuant the Italian Criminal Law, because, according to Art. 6 of the Italian Penal Code and International Convention on the High Sea, jurisdictional powers cannot be exercised when the conduct is committed on the High Sea. So, illustrating the territorial limitations of the efficacy of Criminal Law, the research focuses on the hermeneutical solution given by the Court of Cassation that, apparently with the intent of pursuing a more effectivity of the Criminal response, recurred to the controversial category of the indirect offender in order to sanction smuggling conducts that enjoy the rescue intervention of the Italian authorities to reach their criminal aims. In turn, in order to better identify the Italian jurisdiction in the crime of Art. 12 T.U. imm. I propose to correctly apply the concorso di persone (art. 110 c.p.) and the reato eventualmente permanente. The difficulties of a dogmatic framing, together with the trend towards a universalistic validity of the jurisdictional powers when human rights are involved, may recommend an interpretation of Art. 7 of the Italian Penal Code to cover a wider protection of human rights, according to interpretive solutions of § 6 of the German Penal Code.

SOMMARIO

1. La questione rilevante. – 2. Un’aspirazione universale mai definitivamente riconosciuta. – 3. Quando la realtà forza l’interpretazione. Un contrasto sopito? 3.1. Critiche alla dottrina dell’autore mediato *ex art.* 54, co. 3, c.p. e alla nozione di “esaurimento del reato”. – 4. Alcune riflessioni conclusive: *De iure condito* è meglio che *de iure condendo*.

1. La Questione rilevante.

Il Mar Mediterraneo è diventato il principale crocevia dei flussi migratori verso l’Europa.¹ Questi ultimi, in particolare nel corso degli ultimi cinque anni, si sono sottratti, eludendoli, ai controlli doganali e di polizia degli Stati rivieraschi e della stessa Unione Europea.

La tragica situazione in cui è piombata l’intera area mediterranea – prima florido snodo di traffici commerciali via mare – ha fatto sorgere il dilemma del contrasto al traffico illecito di esseri umani, a cui sono ormai dediti i più rilevanti *network* criminali africani.²

Se, da un lato, si è percorsa la strada di una risposta politica e diplomatica (con evidenti scarsi risultati³), dall’altro lato, è apparso necessario predisporre nuovi strumenti normativi – tanto repressivi, quanto preventivi – che fossero in grado di intercettare anche fatti avvenuti al di fuori dei tradizionali confini territoriali.⁴

Si è assistito, pertanto, ad operazioni criminali che, pur svolgendosi o prendendo le mosse oltre le coste ed il mare territoriale, esplicavano tuttavia i loro effetti dannosi e pericolosi all’interno del territorio nazionale. In particolare, le coste delle regioni meridionali dell’Italia, per quel che qui maggiormente interessa, sono state destinatarie di svariati sbarchi di migranti clandestini, alcuni dei quali, peraltro, culminati nella morte delle persone trasportate.⁵

A tal proposito, appare dunque di massima attualità il nuovo e a volte sfuggente *modus operandi* dei trafficanti di esseri umani, da ultimo individuato in diverse indagini preliminari e decisioni giudiziarie delle autorità italiane. In particolare, le strategie operative si svolgono nella nebulosa zona di confine tra acque territoriali (fino a 12 miglia dalla costa) e mare internazionale. L’ingresso dei migranti nelle acque territoriali avviene mediante un protocollo operativo ben consolidato: la nave madre, senza bandiera, incrocia le acque internazionali e lì staziona, per consentire il trasbordo dei migranti in navigli di supporto che raggiungono poi le coste italiane solo attraverso il soccorso delle autorità italiane, in questo modo sottraendosi ai poteri giurisdizionali⁶.

Le peculiarità del profilo autenticamente *transnazionale* del fenomeno sembra suggerire la possibilità di un ripensamento del concetto di giurisdizione penale e dei relativi criteri di validità della legge penale nello spazio in modo da garantire – quasi sulla falsariga di quanto accade nell’ambito del diritto internazionale⁷ – la tutela dei diritti umani delle persone in ipotesi di condotte frazionate nello spazio, che sarebbe, per l’appunto, negata ove non dovesse configurarsi alcun organo dotato di giurisdizione e capace di esercitare la potestà punitiva ad essa connessa. In particolare, rilevante e decisivo appare in tal senso lo sforzo interpretativo esercitato dalle corti nazionali nell’attribuzione della legittimazione all’esercizio di poteri coer-

¹ Cfr. United Nations Refugee Agency (“Unhcr”), *Desperate Journeys. Refugees and migrants entering and crossing Europe via the Mediterranean and Western Balkans routes* (Febbraio, 2017), segnala che circa 181.436 persone siano arrivate in Italia via mare ed il 90% di queste sia entrato attraverso le rotte illecite con la Libia.

² Per una descrizione in chiave criminologica di tali traffic con particolare riferimento ai *network* nigeriani, tra tutti i più potenti, si legga CAMPANA P., *The Structure of Human Trafficking: lifting the bonnet on a Nigerian transnational network*, in *British Journal of Criminology* (56.1), 68.

³ Costituiscono esempio di tali strumenti le risoluzioni europee, *Eur. Parl. Doc., Directorate-General for external Policies, Migrants in the Mediterranean: Protecting Human Rights* (2015).

⁴ Per una analisi di alcune questioni giuridiche connesse alle operazioni *Mare Nostrum* e *Triton*, e più in generale, al tema della sorveglianza dei confini europei nel mediterraneo, si veda S. CARRERA, L. DEN HERTOG, *Whose Mare? Rule of law challenges in the field of European border surveillance in the Mediterranean*, CEPS Paper in *Liberty and Security in Europe*, N. 79/January 2015.

⁵ Per una ricostruzione dei profili giuridici attenta sia agli aspetti di tutela del migrante quanto di prevenzione e repressione dei fenomeni criminali che stanno ‘dietro’ le ondate migratorie, si veda l’opera *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015.

⁶ DI CHIARA G., *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona*, in *Diritto e processo penale*, 1/2016, 5 s.

⁷ In questa direzione, in senso contrario all’atteggiamento più scettico di Kelsen (*Teoria generale dello Stato*, Berlin, 37, secondo cui lo Stato non potrebbe ambire alla tutela della generalità dei soggetti), si collaca la dottrina internazionalistica; già R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1963.

citivi e, pertanto, giurisdizionali – come si suol dire di *enforcement* e *jurisdiction*⁸ – non solo allo Stato nel cui ambito territoriale sia stato commesso l'illecito e a quello nazionale dell'autore del reato, ma anche a quello i cui interessi appaiono offesi.

Sulla scorta della base normativa fornita dal diritto internazionale – e, in particolare, dalla Convenzione di Montego Bay⁹ e dalla Convenzione di Palermo con il protocollo sullo *smuggling*¹⁰ – ed attraverso azioni investigative congiunte¹¹ – si è tentato, sebbene con esito non sempre convincente, di espandere i poteri giurisdizionali penali (ed i poteri coercitivi di fermo e sequestro) per contemperare “esigenze particolari” della sovranità, l'interesse generale al contrasto ai crimini lesivi di valori globali e la tutela stessa dei diritti umani¹².

*Ratio est ne delicta maneant impunita*¹³ dovrebbe essere la bussola per orientare l'applicazione e la stessa concettualizzazione del diritto penale di contrasto al traffico di migranti, che potrebbe oggi suonare come “*La persuasione di non trovare un lembo di terra che perdona ai veri delitti sarebbe un mezzo efficientissimo a prevenirli*”¹⁴. D'altronde, ci si trova in una materia carica di fattualità e dimensioni tecniche che, non essendo intimamente legata alla dimensione formale, potrebbe suggerire un graduale cambio di paradigma: ciò, peraltro, sembra trarre conferma dalla richiesta agli Stati da parte di sempre più strumenti internazionali di approntare gli opportuni meccanismi per garantire l'*efficacia extraterritoriale* delle proprie leggi¹⁵.

2. Un'aspirazione universale mai definitivamente riconosciuta.

Come è noto, l'esercizio della giurisdizione penale italiana¹⁶ sarebbe radicata nel *principio di territorialità*¹⁷, secondo cui è punito ai sensi della legge penale italiana il reato posto in essere nel territorio dello Stato indipendentemente dalla cittadinanza del soggetto attivo (artt. 3 e

⁸ Si veda per una analisi compiuta circa la distinzione, nel contesto che qui si tratta, tra poteri di *jurisdiction* ed *enforcement*, nonché i profili di rilievo di diritto internazionale, GRAZIANI, F., U. LEANZA, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La comunità Internazionale*, 2014, 163-209.

⁹ Si fa riferimento alla *Convenzione ONU sul diritto del mare* (UNCLOS), adottata a Montego Bay nel 1982. In particolare, rilevano l'art. 91 che sancisce il “principio della bandiera” del natante; l'art. 92, secondo cui “le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva”; art. 110 prevede il “diritto di visita”; ed, infine, l'art. 111 ove il diritto di inseguimento che ha lo scopo di consentire alle competenti autorità dello Stato costiero che abbiano fondati motivi per ritenere che una nave straniera abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso, di inseguirla, a certe condizioni, anche in alto mare.

¹⁰ Si tratta del *Protocollo contro il traffico illegale di migranti per terra, mare e aria*, allegato alla *Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale*, firmato a Palermo nel 2001.

¹¹ Nel febbraio 2014, la DNA ha pubblicato le *Linee guida per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale e di intervento cautelare nei casi di attraversamento in acque internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

¹² *Op. ult. cit.*, 24.

¹³ Brocardo di derivazione canonica ed ampiamente menzionato nelle relative opere. Si può vedere altresì A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura, contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Giappichelli, Torino, 2006, 27.

¹⁴ Testualmente in *Cass. Pen.*, Sez. I, 5 maggio 2010, n. 32960.

¹⁵ Sovviene la *Convenzione ONU sui diritti civili e politici*, entrata in vigore nel 1976 e spesso passata sotto traccia nei contributi scientifici che all'art. 2, comma 1 richiama la giurisdizione dei singoli stati nei seguenti termini: “*Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione*”. Tuttavia, al comma 2 sottolinea che gli Stati devono adottare “*i passi necessari per l'adozione delle misure legislative o d'altro genere che possano occorrere per rendere effettivi i diritti riconosciuti nel presente Patto*”. Infine, al comma 3 lett. b) impone agli stati di “*garantire che l'autorità competente, giudiziaria, amministrativa o legislativa, od ogni altra autorità competente ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato, decida in merito ai diritti del ricorrente, e comunque sviluppare le possibilità di ricorso in sede giudiziaria*”.

¹⁶ Quando si ha a che fare con questi argomenti, si inciampa spesso in incomprensioni terminologiche, laddove, ad esempio, la giurisdizione venga erroneamente sovrapposta alla sovranità (accezione nota agli internazionalisti, cfr. WEGNER, *Über den Geltungsbereich des Staatlichen Strafrechts*, in *Festgabe für Frank*, II, 102: “*Fragen des internationalen Strafrecht sind zu großen Teile Fragen der Souveränität. Diese aber hat, wie in allen ihren Beziehungen, eine staatsrechtliche (strafrechtliche) und eine völkerrechtliche Seite*”) o ancora la validità della legge penale venga assunta nel suo aspetto formale o sostanziale. Non essendo né economicamente, né materialmente possibile affrontare le annose questioni sollevabili, ed evitare fraintendimenti nominalistici, si intende qui la validità della legge nel suo senso ‘empirico’ e la giurisdizione penale come la capacità del giudice nazionale di accertare la responsabilità penale e imporre sanzioni penali. Ad ogni buon conto, comunque, in Italia, alla materia della giurisdizione penale sono state davvero poche opere monografiche.

¹⁷ A tale criterio, si contrappone quello della universalità, secondo cui il rilievo penale di una condotta non è vincolato dall'esistenza di un collegamento territoriale, ma è stabilito in base ad un criterio di carattere generale dell'interesse statale alla protezione dei beni di natura universale, cfr. F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963, 35. Talvolta vengono menzionati altri due principi: il principio di personalità (o statuto personale del reo), per il quale ad ogni autore di reato si dovrebbe applicare la legge dello Stato a cui esso appartiene, ed il principio della difesa (o tutela) che importa l'applicazione della legge dello Stato a cui appartiene il soggetto passivo del reato, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1980, 94.

6 c.p.¹⁸).

Dunque, la prevalenza del criterio di collegamento territoriale si giustificerebbe non soltanto con la particolare importanza che riveste l'esercizio della *potestà punitiva* all'interno di uno Stato (inteso nel senso pubblicistico di territorio, popolo e sovranità¹⁹), ma altresì con l'*indifferenza* dell'ordinamento, almeno in linea di principio, nei confronti delle condotte offensive di beni giuridici di un ambiente sociale diverso da quello nel quale lo Stato esprime la pretesa del controllo della vita giuridica e da cui, in definitiva, l'ordinamento non subirebbe alcun danno²⁰.

Nondimeno, tale principio, sebbene riconosciuto – ed ampiamente accettato dagli ordinamenti nazionali²¹ – non è imposto da alcuna regola internazionale²², il quale al contrario non pone limiti alla validità nello spazio della legge penale nazionale²³ che esprimerebbe la propria astrattezza e generalità, almeno quanto ai contenuti, in modo assoluto ed indipendente da limitazioni territoriali²⁴. L'assenza di un vincolo internazionale, in linea di principio – nonostante la stessa dottrina tenda a negarlo²⁵ – rende in astratto possibile pervenire ad un accoglimento del principio di universalità della validità della legge penale con temperamenti²⁶, nel senso che quest'ultima sarebbe formulata per essere astrattamente 'efficace' senza limitazioni territoriali. Questi rileverebbero laddove non si abbia un interesse generale a perseguire un fatto delittuoso e ad interferire sulla sfera di sovranità di un altro stato. Il contenuto internazionale della sovranità, del resto, lascia ad ogni Stato piena libertà nella formazione del proprio ordinamento penale e nell'attribuirgli una sfera di efficacia più o meno ampia²⁷, senza, tuttavia, che tale libertà di produzione giuridica possa travalicare nella lesione dell'analoga libertà concessa a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento. Inteso in questi termini, dunque l'efficacia della legge penale nello spazio non appare soggetta a limiti aprioristici, oltre a quelli autoimposti – con scelta deliberata – dallo Stato²⁸.

D'altronde, mentre tradizionalmente l'esercizio della potestà punitiva, quale espressione massimamente significativa della sovranità, si intendeva delimitato con esclusivo riguardo alla protezione degli interessi nazionali – gli unici che l'ordinamento penale sembrava ritenere

¹⁸ In tema, A. PAGLIARO, *Legge penale nello Spazio, Voce*, in *Enc. Dir.*, 1973, 1055, il quale sostiene che delle due disposizioni una è superflua, in quanto entrambe accolgono lo stesso principio di territorialità, riferendolo l'una alle persone e l'altra ai fatti. *Contra* F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 59.

¹⁹ In questo senso, nella dottrina internazionalistica, che intende delineare dei limiti alla universalità della giurisdizione penale, si afferma la concezione della "sovranità dello Stato come un diritto soggettivo di questo", GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, I, Cedam, Padova, 64.

²⁰ Similmente, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 25.

²¹ A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 1055, che definisce il principio di territorialità "regola fondamentale nel diritto positivo italiano".

²² T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973, 249-250, il quale accedendo ad una concezione di sovranità come situazione di fatto esercitabile all'interno di un territorio, individua due settori di obblighi internazionali che indirettamente vincolano la libertà degli Stati di configurare la propria giurisdizione, ossia: le norme sul trattamento degli stranieri e quelle sui diritti umani.

²³ In questo senso, si esprime F. DEAN, *op. ult. cit.*, cit., 31-32, secondo cui l'opinione contraria sarebbe infondata e troverebbe la sua ragion d'essere in considerazioni di ragione politica che considerano la territorialità un elemento caratteristico della funzione punitiva del singolo Stato strettamente connessa alla sovranità, anch'essa territoriale per definizione.

Tali considerazioni – risalenti al 1963 – appaiono oggi ancor più valide alla luce del graduale abbattimento delle frontiere territoriali, se non anche giuridiche, che impongono un ripensamento stesso del concetto di sovranità e che hanno spinto alcuni Stati a far ricorso, per l'esercizio della 'funzione punitiva' nei confronti dei reati che offendessero i propri interessi, quando non a forme di cooperazione giudiziaria internazionale, anche al c.d. "self-service" o "self-enforcement".

²⁴ A meno che lo stesso contenuto della fattispecie non disponga una specifica limitazione territoriale. Lesito logico del breve ragionamento si appunta sulla validità empirica della legge, quindi nell'aspetto dell'efficacia/applicabilità (cfr. A. PAGLIARO, *Legge penale nello Spazio*, cit., 1054). Ciò, d'altronde, in linea con A. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 143, secondo cui "tutte le fattispecie di un certo ordinamento non hanno alcun limite spaziale. Il fatto da esse previsto costituisce reato dovunque sia commesso". *Contra* A. DE MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 40 ss., che nega, in linea di principio, il parallelismo tra contenuto della norma incriminatrice e relativa universalità della sua vigenza, con la conseguenza che l'assunto della universalità determinerebbe, invece, un "principio di indifferenza" del luogo di commissione del reato in concreto.

²⁵ A. PAGLIARO, *Legge penale*, cit., 1056, il quale utilizza l'espressione 'territorialità temperata', non tanto perché non ritiene ammissibile la tesi opposta, quanto, invece, perché ritiene prevalente le "ragioni di opportunità scientifica" dettate, da un lato, dalla "tecnica espositiva del legislatore, in modo da non costringere lo studioso a compiere acrobazie logiche per trasformare la regola in eccezione e viceversa", dall'altro lato, dalla ovvia constatazione che nella "stragrande maggioranza dei casi" la legge penale si applica a "fatti commessi nel territorio dello Stato". Infine, prosegue l'Autore (ed è qui forse che le evoluzioni storico-legislative degli ultimi venti anni potrebbero determinare un cambiamento di paradigma) in quanto "le eccezioni al principio di territorialità contenute nel nostro diritto positivo non risultano da un riconoscimento diretto del principio di universalità".

²⁶ M. GALLO, *La legge penale (Appunti di diritto penale)*, Torino, 1965, 74. In modo ancora più incisivo e con maggiori aperture verso un'aspirazione universalistica, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 35.

²⁷ Cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 45. Si veda altresì T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., in part. 97 s.

²⁸ Ed è qui, quindi, che si appunta la validità empirica, nel senso che sta a "designare che i fatti, per potere rientrare nell'ambito di previsione di quel gruppo di norme, devono essere verificati in un certo tempo e in un certo luogo, devono essere attribuibili (come leciti o illeciti) a una certa categoria di persone, devono comprendere certi requisiti strutturali", A. PAGLIARO, *Legge penale*, cit., 1054.

degni di tutela²⁹ – si è venuto riconoscendo, già con gli insegnamenti del Carrara, che la tutela penale possa essere apprestata dal nostro ordinamento anche per la difesa “solidale [del]la umanità”³⁰.

A tale solidarietà si accenna anche negli studi di più recente dottrina³¹ che ammettono un riconoscimento internazionale dell’universalità della legge penale nei confronti dei fatti offensivi di “beni di valore umano universale”³², tra cui il commercio degli schiavi, il terrorismo e la pirateria.

Ed a ben vedere il nostro ordinamento giuridico – e ciò è ampiamente riconosciuto anche in dottrina – almeno in relazione alle disposizioni che reprimono le ipotesi criminose di maggiore gravità, afferma l’universalità della giurisdizione penale³³ e ne sarebbero dimostrazione gli articoli 7 e 8 c.p., che stabiliscono l’efficacia extraterritoriale di disposizioni penali che difetterebbero, quanto al contenuto, di universalità³⁴.

Il quadro internazionale dimostra dunque, ancora di più con l’attenuarsi progressivo del carattere territoriale nelle ipotesi di repressione/criminalizzazione di reati gravi³⁵, che è oggi possibile sostenere la validità universale delle norme penali³⁶, dando, in tal modo, riconoscimento all’esigenza della tutela generale dei valori umani offesi dal reato, ovunque esso sia commesso e non vincolando la persecuzione dei reati nei limiti territoriali. Si afferma, infatti, che la validità extraterritoriale non sembra riposare meramente su una pretesa nazionalistica di “extraterritorialità” ma evoca piuttosto la dimensione assiologica degli interessi da proteggere³⁷.

Tuttavia, tutto ciò premesso con precipuo riferimento alla questione della vigenza in astratto della legge penale, è necessario ora trasferirsi sul piano della sua applicazione in concreto. In altri termini, appare necessario individuare i *criteri determinativi della giurisdizione* nel caso concreto, in quanto tale determinazione “è operazione che sta in rapporto di autonomia con la sfera di vigenza della legge penale sostanziale”³⁸: non potendoci oltremodo dilungare sulla intricata questione³⁹, si tenta pertanto di affrontarla nei paragrafi seguenti, attraverso la lente di ingrandimento della *questione rilevante* qui descritta.

3. Quando la realtà forza l’interpretazione. Un contrasto sopito?

Tornando dunque alla questione che è al centro di queste riflessioni, è necessario focalizzare l’attenzione sui problemi relativi al radicamento della giurisdizione penale italiana con riferimento ai delitti di favoreggiamento della immigrazione clandestina di cui all’art. 12 T.U.

²⁹ R. QUADRI, *Diritto penale internazionale*, cit., 35.

³⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Ed. 11, Fratelli Cammelli, Firenze, § 601.

³¹ Il riferimento corre a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017, 933, che per primo ha introdotto in un’opera manualistica la materia del diritto penale internazionale, evocando il concetto di “solidarietà” della civiltà universale contro il crimine la cui formulazione, risalente già al III Congresso internazionale di diritto penale (Palermo 1933), prospetterebbe l’adesione degli Stati alla “difesa dei comuni interessi culturali attraverso il diritto penale” (*Idem*).

³² F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 933.

³³ T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 243, a tal proposito, fa riferimento ad una “concezione fondamentalmente universalistica” per distinguerla in particolare dalle posizioni territorialistiche di Stati Uniti e Gran Bretagna: queste ultime, tuttavia, prevedono svariate ipotesi delittuose “che si localizzano fuori dal territorio di detti Stati”.

³⁴ F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 39 s.

Il contenuto delle norme nei casi descritti dagli articoli 7 e 8 è *particolare*, ma la loro efficacia torna ad espandersi per il riconoscimento esplicito, per l’appunto, della giurisdizione del giudice italiano. Lo stesso Autore qui citato (p. 45) afferma che “la finalità della tutela penale, in questi casi, è ovviamente diversa da quella che caratterizza, in senso universalistico, il contenuto della norma penale, e, nonostante ciò, queste disposizioni risultano svincolate da ogni limite territoriale con riguardo alla loro portata”.

³⁵ Ciò vale ancora di più laddove si volga lo sguardo agli artt. 9 e 10 c.p. che prevedono la efficacia territoriale della maggior parte dei reati (subordinatamente ad alcune condizioni di procedibilità che, quindi, non riguardano la considerazione fatta dall’ordinamento circa il ‘fatto’ come ‘reato’: si tratta di criterio determinativi della giurisdizione). In particolare, tra gli altri, non può non farsi un cenno alla Convenzione ONU contro la corruzione adottata nel 2003, la Convenzione sul ce del Consiglio d’Europa del 2001, firmata a Budapest, la Convenzione sul riciclaggio del Consiglio d’Europa del 1990 firmata a Strasburgo, nonché la Convenzione ONU sul crimine transnazionale del 2000 firmata a Palermo, che impongono sia obblighi di criminalizzazione e l’istaurazione della giurisdizione non soltanto su fatti commessi all’estero come anche l’accoglimento della clausola – formulata già da Grozio nel 1642 – del “*aut dedere aut prosequi*”.

³⁶ Così, F. DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 47.

³⁷ A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 4.

³⁸ O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1974, 243.

³⁹ Sul tema *funditus* T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 97 s.

imm.⁴⁰ Come è noto, tale disposizione punisce un delitto di attentato in cui è irrilevante il conseguimento dello scopo della condotta di favoreggiamento, vale a dire, l'ingresso dello straniero nello Stato⁴¹. Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie a consumazione anticipata, per la cui realizzazione è sufficiente il mero accordo diretto al reclutamento dei soggetti da far entrare illegalmente in Italia, con evidente anticipazione dell'inizio dell'attività punibile⁴².

Tale tecnica di incriminazione, per quanto in grado di ampliare la sfera della punibilità, per una più efficace tutela delle frontiere nazionali, non è, tuttavia, risultata adeguata ad intercettare le condotte di favoreggiamento che si fermano nelle acque internazionali e che si avvalgono dell'intervento di soccorso della guardia costiera italiana o di altre autorità per il raggiungimento dello scopo del favoreggiamento. In tali casi, la condotta consumata in acque internazionali e *tipica* secondo il disposto dell'art. 12 T.U. imm., si esaurirebbe fuori dalla sfera della giurisdizione italiana, atteso che ai sensi dell'art. 6 c.p. il reato non potrebbe considerarsi commesso nel territorio dello Stato italiano, non essendovi avvenuta in tutto o in parte l'azione, né ivi si è verificato l'evento che ne è conseguenza.

Ne consegue che il criterio determinativo della giurisdizione di cui all'art. 6, comma 2, c.p. - che sancisce il principio dell'ubiquità, secondo i rilievi del *locus commissi delicti*⁴³ - lascia tendenzialmente impunte azioni che offendono, peraltro, a ben vedere, anche *interessi generali* di protezione dei confini nazionali e di controllo dei flussi migratori.

Al fine di evitare il rischio di un così pesante vuoto di tutela, la giurisprudenza ha offerto soluzioni interpretative discordanti che hanno talora condotto all'esito "paradossale" di obbligare le autorità italiane, da un lato, ad intervenire nelle operazioni di soccorso, dall'altro lato, a lasciare impunte le stesse condotte di coloro i quali avevano creato lo stato di pericolo⁴⁴.

Gli interventi di soccorso in mare sono infatti imposti dal diritto internazionale in forza della Convenzione di Amburgo⁴⁵, la quale vieta le operazioni di respingimento (cc.dd. *push-back operations*), perché contrastanti con l'art. 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e con l'art. 4 del Protocollo n. 4 sul *divieto di respingimenti collettivi*. Come confermato, peraltro, dalla sentenza del 23 febbraio 2012 della Corte Europea dei diritti nella causa *Hirsi c. Italia*, - richiamata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa - che riconosce l'obbligo sia morale che giuridico di soccorrere le persone in pericolo in mare senza il minimo indugio e la necessità che tale obbligo sia rispettato in occasione dell'esecuzione del controllo alle frontiere, in conformità al Codice delle Frontiere Schengen, comprese le attività di sorveglianza delle frontiere in alto mare.

Le difficoltà di collegare alla giurisdizione italiana i casi di migranti abbandonati dagli scafisti in acque extraterritoriali ha dunque determinato un andamento oscillante della giurisprudenza, talora incline ad ammettere la sussistenza di tale giurisdizione, talaltra, invece, pronta a negarla⁴⁶.

Un tentativo di risoluzione definitiva del problema è stata di recente suggerita dalla Corte di Cassazione con la sentenza 14510/2014⁴⁷ che ha elaborato una soluzione ermeneutica di certo singolare, e tuttavia in grado di assecondare un'aspirazione universalistica della giurisdizione, che è funzionale ad una prospettiva di preminenza delle esigenze di tutela dei diritti umani e di attuazione di un'efficace repressione di condotte idonee a ledere interessi generali⁴⁸.

Il fatto da cui è derivata la suddetta presa di posizione della giurisprudenza di legittimità

⁴⁰ L'art. 12 T.U. imm. (D.Lgs. 286/1998), rubricato "disposizioni contro le immigrazioni clandestine", punisce il c.d. favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di chiunque "promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato".

⁴¹ Così, M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., 109.

⁴² M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, 111.

⁴³ A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, cit., 1058.

⁴⁴ A titolo esemplificativo, si leggano, tra le altre, Cass. pen. Sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583 e Cass. pen., Sez. I, 8 settembre 2010, n. 32960, che affermano il difetto di giurisdizione; Cass. pen., Sez. I, n. 36052, 23 maggio 2014, con nota di G. BARBARA, in *Cass. pen.*, 2015, 1158. Inoltre, emblematiche per la ricostruzione dei sviluppi giurisprudenziali, G.I.P. Catania, Ordinanza di custodia cautelare, R.G.N.R. n. 8749/2013; Tribunale Riesame Catania, Sez. V Penale, R.G.N.R. n. 8749/2013; Tribunale Riesame Catania, Ordinanza 1551/13 del 19 settembre 2013.

⁴⁵ *Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca ed il salvataggio in mare* che prevede l'obbligo giuridico del soccorso in mare, determinando, per chiunque si trovi nella condizione di intervenire, la necessità di assistere le persone in stato di pericolo e di allertare le autorità competenti. Sul tema, GRAZIANI, F., U. LEANZA, *Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare*, cit., 198.

⁴⁶ La Direzione Investigativa antimafia ha tentato di porre rimedio a tale incertezza interpretativa dettando le *Linee Guida* citate *supra*, nota 11.

⁴⁷ Cass. pen. Sez. I, 28/02/2014, (ud. 28/02/2014, dep. 27/03/2014), n. 14510.

Tale decisione ha ricevuto il plauso delle procure e l'avallo della successiva giurisprudenza di merito.

⁴⁸ Così anche nelle *Linee Guida Alto Mare della DNA* (nt. 11), 24.

ha riguardato la condotta di un soggetto – appartenente ad un’associazione criminale operante in Libia, finalizzata a favorire per motivi di lucro l’ingresso illegale di cittadini extracomunitari in Italia⁴⁹ – che in occasione del trasporto di clandestini dall’Africa all’Italia aveva trasbordato i migranti da una motonave, utilizzata come mezzo di trasporto durante la prima parte del viaggio, su un gommone del tutto inadeguato al carico, in seguito soccorso da altra nave, battente bandiera liberiana, la quale aveva poi effettivamente condotto i passeggeri ai porti siciliani⁵⁰.

Nel ricorso, i difensori dell’imputato avevano invocato la mancanza di giurisdizione da parte dell’Italia, essendo stato il fatto commesso oltre il limite delle acque territoriali nazionali, in conformità a quanto stabilito nell’art. 97 della Convenzione di Montego Bay, e non potendosi considerare consumato nel nostro Stato neppure un segmento della condotta illecita intesa in senso naturalistico, come invece richiede l’art. 6 c.p.

In senso contrario tuttavia, i giudici di legittimità, proponendo un’interessante ed innovativa operazione ermeneutica, hanno stabilito la giurisdizione penale italiana anche qualora la condotta illecita dispiegata dalla c.d. “*nave madre*”, che salpi dalle coste dell’Africa con a bordo gli immigrati, si esaurisca nelle acque internazionali e anche qualora le condotte terminali dell’azione criminosa conducente alla realizzazione del risultato (sbarco dei clandestini sul nostro territorio) siano di fatto riportabili all’attività lecita di navi intervenute doverosamente a soccorso dei naufraghi. Ad opinione della Corte di Cassazione infatti, in tale contesto di azione, l’ultimo tratto della condotta non rappresenterebbe nient’altro che “*un tassello essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta e spezzata nella sua continuità, per la semplice ragione che l’intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile che possa interrompere la serialità causale, ma è un fatto non solo previsto ma voluto e addirittura provocato*”⁵¹. L’azione di salvataggio non andrebbe dunque mai considerata in modo isolato rispetto alla condotta pregressa che volutamente ha determinato lo stato di necessità, ma al contrario andrebbe sempre letta come strettamente congiunta a quest’ultima, giacché si tratterebbe di una condizione di pericolo causata volontariamente dei trafficanti e collegata da un vincolo di diretta *derivazione causale* all’azione criminale di abbandonare in mare uomini in attesa dei soccorsi.

La necessità di una lettura unitaria dei fatti sarebbe peraltro imposta dal particolare significato ad essi impresso dalla *volontà* dei trafficanti di operare in direzione della creazione della situazione di soccorso in acque extraterritoriali; volontà che ne animerebbe le azioni sin dal momento della partenza dalle coste africane sino all’avvicinamento e poi all’approdo in terra siciliana, senza soluzione di continuità. Nell’ambito di tale pianificazione degli eventi, l’azione dei soccorritori nella parte finale della concatenazione causale verrebbe considerata come l’azione di un *autore mediato*, costretto ad intervenire per scongiurare un male più grave, la cui condotta sarebbe scriminata dall’art. 54, comma 3, c.p.

A sostegno dell’innovativa ipotesi interpretativa elaborata, la Corte sembrerebbe inoltre coniare la nozione di *esaurimento del reato*⁵² come nozione distinta da quella della *consumazio-*

⁴⁹ Pacificamente, si ammette la giurisdizione italiana per il reato di associazione a delinquere (art. 416, comma 6, c.p.) in quanto trattandosi di associazione criminale transnazionale di cui all’art. 7, n. 5 c.p. in relazione all’art. 15, comma 2, lett. c) che rinvia all’art. 5 paragrafo 1 della Convenzione ONU di Palermo. Tale interpretazione è confermata anche dalla L. 146/2006, art. 3 che, nel definire il reato transnazionale, stabilisce che si debba considerare tale reato qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato e sia commesso in uno stato ma abbia effetti sostanziali in altro. *Idem*, 2.1.

In altri termini, la natura transnazionale del reato di associazione a delinquere rende pacifica la giurisdizione italiana in virtù del vincolo imposto dalla Convenzione di Palermo all’art. 15, comma 2, lett. c) che *entra* nell’ordinamento italiano attraverso l’art. 7, n. 5) c.p.

L’art. 15, comma 2, lett. c) dispone, infatti, che “[...] Uno stato parte può altresì determinare la sua giurisdizione in relazione a tali reati quando, c) il reato è uno di quelli stabiliti ai sensi dell’art. 5, paragrafo 1, della presente Convenzione (ora inseriti nell’art. 3 della L. 146/2006, ndr) ed è commesso fuori dal suo territorio, al fine di commettere un grave reato nel suo territorio”.

⁵⁰ Fra le persone soccorse vi erano del resto anche – sebbene non tutti – i membri dell’associazione criminale, poi sottoposti a misure cautelari e imputati nel procedimento penale.

⁵¹ *Idem*.

⁵² A tal proposito, interessante il *distinguishing* che i giudici operano nei confronti di una loro precedente decisione (Cass. pen. Sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583), in cui invece si negò la giurisdizione penale italiana. Ad opinione della Corte, in tal caso in effetti, l’esito negativo era stato imposto dalla differente struttura dei fatti che erano consistiti nel trasferimento su un autocarro imbarcato in Grecia su nave battente bandiera greca, e diretta ad Ancona, di soggetti clandestini nascosti tra le arance ed in seguito scoperti in mare aperto, durante il percorso di navigazione e presi in consegna dal comandante della nave avente nazionalità greca.

Il difetto di giurisdizione per lo Stato italiano sarebbe qui derivato dall’irrelevanza del *fatto* che il loro sbarco fosse avvenuto in Italia, essendosi già *esaurita* altrove la condotta diretta a favorire l’immigrazione, quale reato a consumazione anticipata. la condotta poteva invece considerarsi esaurita, perché il risultato finale era da ricondurre non già allo stratagemma operato dal trasportatore, bensì alla autonoma decisione del comandante della nave di adottare le misure necessarie per apprestare soccorso efficace ai migranti che versavano in condizioni di totale deprivazione.

ne; non a caso, a più riprese, nella sentenza si afferma che la “condotta [...] non può ancora dirsi esaurita in vista del risultato che sarà conseguito, senza soluzione di continuità, con il previsto e voluto intervento dei soccorritori che consentiranno ai malcapitati di concludere la traversata sotto lo scudo della scriminante in acque territoriali [...], secondo il principio *causa causae est causa causati*”⁵³.

In definitiva, la decisione *de qua* risolve la questione del radicamento della giurisdizione attraverso un'operazione ermeneutica di ampliamento dei limiti posti dal criterio di cui all'art. 6 c.p. E nel proporre tale nuova prospettiva, essa al contempo amplia la nozione di *locus delicti*, forzando, tuttavia, in modo apparentemente sbrigativo, i principi comunemente accolti relativi alla consumazione del reato ed al concorso di persone.

Nondimeno, la soluzione fornita, benché pregevole sotto profilo dell'effettività, appare alquanto macchinosa, e pertanto discutibile, nella misura in cui amplia la nozione di *locus commissi delicti* facendo ricorso all'istituto dell'autore mediato.

3.1. Critiche alla dottrina dell'autore mediato ex art. 54, co. 3, c.p. e alla nozione di “esaurimento del reato”.

Tralasciando l'errore terminologico in cui è incorsa la Cassazione – che indica come autore mediato, quello che è, in realtà, l'esecutore materiale⁵⁴ –, il ricorso all'istituto della “autoria mediata” appare in evidente contrasto con la disciplina penalistica apprestata dal codice in materia di concorso di persone.

Se è vero che la nostra dottrina è concorde nell'identificare la nozione di *autore* con quella di esecutore (i.e. autore) materiale del fatto⁵⁵, tuttavia, vi sono ipotesi in cui un soggetto, con coscienza e volontà, si avvale di un altro soggetto per commettere il fatto di reato⁵⁶. In questi casi, per un verso, per fondare la punibilità del soggetto che non è esecutore materiale della condotta tipica realizzata da altri, ma agisce con dolo, si ricorre alla teoria dell'*autore mediato*⁵⁷, secondo le indicazioni provenienti dalla letteratura tedesca⁵⁸. E, per altro verso, tale dottrina sembrerebbe germogliare proprio dalla necessità di evitare di punire chi, seppur autore materiale, non sia punibile o imputabile.⁵⁹

L'istituto dell'*autoria mediata* si fonda, d'altronde, come è noto, sulla *teoria dell'accessorietà*, secondo cui – attraverso un'operazione di ‘qualificazione indiretta’ – le disposizioni in tema di concorso di persone estendono la tipicità della condotta principale alle condotte accessorie, come l'istigazione e l'ausilio⁶⁰. Non vi può essere dunque *compartecipazione* senza una condotta principale, cioè senza che un soggetto abbia realizzato una condotta capace, da sola, di adem-

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ L'*autore materiale* – espressione utilizzata nell'ambito del concorso di persone – è colui il quale commette o concorre a commettere l'azione: la Cassazione definisce tuttavia i soccorritori come *autore mediato*, quando, se di *autore mediato* si possa parlare, questi sarebbero gli scafisti che compiono l'azione tipica punita dall'art. 12 T.U. imm. proprio attraverso i soccorritori, non punibili nel caso di specie, meglio *infra*.

⁵⁵ S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, 336 s.

⁵⁶ Queste ipotesi possono avvenire, in particolare, nei *reati di evento a forma libera*, in cui la condotta materiale – non definita secondo schemi legali rigidi – può essere commessa anche avvalendosi di un altro soggetto, ad es. qualora il postino, ignaro del contenuto, recapiti una lettera contenente dell'esplosivo; in questi termini, S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, 320. Sicché sembra che la Cassazione abbia motivato la propria decisione configurando il reato di favoreggiamento *ex art. 12 T.U. imm.* come reato di evento, che si integra con “la realizzazione del risultato” e, quindi, fondando la propria motivazione sul verificarsi dell'evento secondo una concatenazione causale in cui l'agente strumentalmente si avvalga dell'intervento causale dei soccorritori.

⁵⁷ Sulla ricostruzione del sistema tedesco, che definisce autore del reato al § 25 “*als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht*” (“è punito come autore chi commette da sé o attraverso un altro soggetto reato”), si veda F. PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive di apparente partecipazione*, Cedam, Padova, 1988, 14 s.

⁵⁸ R. A. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, Napoli, 1964, 67. Altresi, ID., *Concorso di persone nel reato*, *Voce*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 577 s.

⁵⁹ Tale dottrina si fonda essenzialmente su una particolare concezione del reato e il relativo inquadramento sistematico, a ben vedere, esulerebbe da un'ipotesi di concorso di persone nel reato. Ai nostri fini, si veda comunque la prospettazione R. A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 70 che ritiene che “a seconda che si intenda in un senso o nell'altro il concetto di “reato”, varia il grado di accessorietà necessario per l'incriminazione dei comportamenti di semplice partecipazione”, il quale conclude (p. 91) che “per reato si deve intendere, nell'interpretazione degli artt. 110 e segg., un comportamento o doloso o colposo [...] conforme al modello legale di illecito preveduto dalla singola disposizione incriminatrice”. Secondo tale dottrina, tale conclusione si può facilmente dedurre dall'analisi delle norme, in particolare quelle relative all'imputabilità e quelle che richiamerebbero le ipotesi di *autoria mediata* (artt. 46, 48, 52, 54, ult. co.). Mentre rispetto alla condotta del non imputabile il legislatore usa il termine *reato*, nei riguardi dell'azione posta in essere dalla persona ingannata si usa l'espressione *fatto*; ciò indurrebbe a pensare che senza dolo o colpa non esista un reato in senso proprio, ma solo un fatto apprezzabile sul piano prettamente naturalistico. Si veda anche, a tal proposito, la lucida analisi proposta con riferimento all'art. 48 c.p. da G. CIANI, *Autore mediato e reato proprio*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1001.

⁶⁰ R. A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 68.

piere la fattispecie del reato monosoggettivo⁶¹.

Inoltre, nella sua accezione estrema, la teoria dell'accessorietà richiede che il fatto principale sia punibile in concreto, o quanto meno nell'astratta previsione legislativa⁶²; ai fini della concreta punibilità del fatto principale, occorre inoltre che sussistano in capo all'autore della condotta principale l'imputabilità e la colpevolezza. Intesa in questi termini, le ipotesi descritte dall'art. 54, co. 3, c.p. rimarrebbero impunito, senza il ricorso alla teorica dell'autore mediato⁶³, che consente dunque, in definitiva, di identificare l'autore materiale come un *mero strumento* nelle mani dell'autore mediato⁶⁴, il quale, possedendo il dominio finalistico dell'azione, sarebbe il vero ed unico autore del reato.⁶⁵

Di conseguenza, la determinazione a commettere un fatto di reato posta in essere nei confronti di un soggetto (che agisce senza dolo o colpa) non dà mai luogo ad un concorso di persone, ma ad un'ipotesi di reità mediata (e, quindi, di reato monosoggettivo)⁶⁶; confermando così che ai sensi dell'art. 110 c.p. il concetto di reato è stato assunto dal legislatore nella nozione comprensiva non solo del profilo oggettivo, ma anche di quello psicologico.

Orbene, la Corte di Cassazione, nella parte motiva della decisione richiamata, sembra accedere proprio a tale impostazione.

La necessità del soccorso volontariamente creata dagli scafisti a seguito dell'abbandono dei migranti in acque extraterritoriali e su imbarcazioni inadeguate ed il conseguente intervento dei soccorritori darebbero luogo ad una situazione non inquadrabile entro i confini del fenomeno concorsuale. Ciò che emergerebbe come elemento rilevante ai fini della corretta interpretazione dei fatti sarebbe la mera derivazione causale delle condotte, le une dalle altre, a prescindere dall'aspetto psicologico che sorregge l'azione tipica (dell'autore materiale⁶⁷): in questo modo, sembra che la Cassazione – rifiutando di accedere all'istituto del concorso di persone – si sia appiattita su un mero meccanismo causalistico di cui all'art. 41 c.p.⁶⁸

In altri termini, si tratterebbe di un reato monosoggettivo commesso dai trafficanti avvalendosi della condotta di altri soggetti i quali non possono in alcun modo considerarsi concorrenti nel reato, in quanto agenti senza colpevolezza. Questi ultimi sarebbero dunque esclusivamente concorrenti nel *fatto* (aspetto materiale = causale) e non concorrenti nel *fatto di reato*; e, in definitiva, finirebbero con il costituire un mero *elemento oggettivo-causalistico* dell'intero disegno criminoso.

Senonché, la dottrina dell'autore mediato, seppur autorevolmente sostenuta⁶⁹, è ritenuta

⁶¹ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 541.

⁶² Vi sono differenti gradi di accessorietà (cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 541). Il *discrimen* tra l'uno o l'altro dipende dalla diverso modo di concepire il reato.

Si ha una accessorietà *minima*, incentrata sull'idea che il reato consiste esclusivamente nel fatto conforme al modello legale e che subordina la punibilità delle condotte di mera complicità alla commissione di un tale fatto; l'accessorietà *limitata* identifica invece la nozione di reato nel fatto *tipico antiggiuridico* e, di conseguenza, esclude la punibilità dell'istigazione e dell'agevolazione, laddove il fatto principale non risulti antiggiuridico. Su tali profili, si legga ancora una volta, R.A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 71.

⁶³ G. CIANI, *Autore mediato*, cit., 1005.

⁶⁴ Cfr. G. CIANI, *op. ult. cit.*, 1004.

⁶⁵ M. SINISCALCO, *Autore meditato*, Voce, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 445.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518 utilizza l'espressione "strumento materiale".

⁶⁶ "Il concorso nel fatto di un soggetto che opera senza l'elemento psicologico caratteristico del tipo di fatto incriminato, perché versa in errore o è soggetto a costringimento fisico, non rientra nel concetto di compartecipazione criminosa, ma unicamente, e sotto determinate condizioni, in quello di c.d. reità mediata", così R. A. LATAGLIATA, *op. ult. cit.*, 86.

⁶⁷ Su tali profili, tra gli altri, C. FIORE, *Diritto penale*, Vol. II, Utet, 1995, 93.

⁶⁸ Si tratterebbe, quindi, di un "espediente" per ricondurre l'autore meditato sotto la norma sul reato monosoggettivo, così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518.

⁶⁹ Si parla di *mittlebarer Täter* e *unmittelbarer Täter*. nt. 58. La teoria dell'autore mediato serve a colmare le lacune della dottrina tedesca sul concorso di persone, in quanto la relativa disciplina – a differenza della nostra – distingue nettamente le figure dell'autore, dell'istigatore e del complice, prevedendo uno statuto penalistico differente per ciascuno di essi. È questo il motivo per cui in Germania vi sia stato un tale sforzo ermeneutico per ritenere nel caso dell'autore mediato una commissione monosoggettiva e non plurisoggettiva, perché non esplicitamente prevista. Si veda, F. PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive*, cit., 13.

In senso opposto, in Italia, come illustrato anche *infra*, il legislatore nono differenzia i singoli contributi concorsuali e ammette il concorso del non punibile o non imputabile (art. 111, 112, co. 4, 119 c.p.). Pertanto, la dottrina italiana tende a rigettare la teoria dell'accessorietà del concorso di persone e a fondare su altre basi teoriche tale istituto, anche *infra*. Così, tra i molti, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956, 62 s.

da più parti difettosa da un punto di vista dogmatico⁷⁰.

A tal proposito⁷¹, appare dirimente evidenziare come, in realtà, la condotta di soccorso da parte della nave libica sia *tipica* rispetto all'art. 12 T.U. imm. e, in particolare, lesiva del bene giuridico tutelato ed è, di conseguenza, essa stessa qualificabile come 'reato'⁷². E, peraltro, non sembra da dubitare che anche in tal caso i soccorritori – per quanto sformati d'imputabilità o di dolo – possano, secondo il nostro diritto positivo, concorrere a costituire l'unità lesiva del reato concorsuale, infatti il loro intervento "sebbene non autosufficientemente lesivo, [...] contribuisce alla lesione del bene tutelato"⁷³. Infatti, è ampiamente riconosciuto si possa concorrere al reato anche senza dolo o colpa, risultando sufficiente che la condotta, seppur non sorretta dall'elemento psicologico, sia idonea a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice⁷⁴.

Pertanto, nell'ipotesi descritta dall'art. 54, co. 3, c.p., vi è *concorso di persone* perché l'opera (*rectius*, il contributo) di tutti è indispensabile alla integrazione della fattispecie: è pacifico che la condotta dei soccorritori, nonostante non siano punibili per cause peculiari, sia idonea a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 12 T.U. imm., ossia i confini nazionali. Con la conseguenza che non può dubitarsi che si tratti di ipotesi di realizzazione plurisoggettiva⁷⁵.

In definitiva, con l'applicazione della teoria della *fattispecie plurisoggettiva eventuale* – secondo cui dall'incontro tra la norma dell'art. 110 c.p. e la norma incriminatrice di parte speciale nascerebbe una nuova ipotesi delittuosa⁷⁶ – diviene inutile il ricorso alla tesi dell'autore mediato, essendo questi punibile in qualità di effettivo concorrente nel reato.

Dunque, la ricostruzione dei fatti in termini squisitamente causalistico-oggettivi ("l'intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile che possa interrompere la serialità causale") si mostra con tutta evidenza artificiosa e, in definitiva, eccessivamente complessa nella sua argomentazione. Il semplice ed immediato ricorso all'istituto del concorso di persone (art. 110 ss. c.p.) gioverebbe, peraltro, ad una più ampia espansione dei limiti spaziali della legge penale, potendo esso senz'altro 'abbracciare' un numero maggiore di azioni criminose commesse in acque internazionali.

È pur vero che a favore della tesi dell'autore mediato soccorrono i vantaggi che derivano dall'impiego di una terminologia che svolge un'inequivoca "funzione classificatoria e descrittiva"⁷⁷.

Tuttavia, ammettere che nelle ipotesi qui prese in considerazione sarebbe sufficiente applicare le disposizioni codicistiche sul concorso di persone in combinazione con la scriminante

⁷⁰ Per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 567, che evidenzia come essa confonda il carattere plurisoggettivo della fattispecie con la punibilità dei soggetti (testualmente "una cosa è affermare che, perché sia adempiuta una fattispecie di concorso, occorre la partecipazione di più persone, e altra e ben diversa è pretendere che queste persone siano punibili").

In senso conforme, F. PAZIENZA, *Le fattispecie plurisoggettive*, cit., 40 che definisce l'autore mediato uno "strumento dommaticamente vacillante, strutturalmente labile e perciò estremamente vulnerabile ontologicamente"; A. ΒΕΤΤΙΟΛ, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1982, 601 secondo cui "la figura dell'autore mediato non abbia sufficiente ragione logica per essere invocata: o la posizione del soggetto che agisce in via mediata è talmente preminente su quella di colui che immediatamente agisce (diremmo "autore del reato sic et simpliciter") oppure essa non è tale, per ragioni oggettive e soggettive, tale da soverchiare l'azione del soggetto che immediatamente agisce (diremmo "partecipe")"; parentesi aggiunte.

⁷¹ Oltre alla bibliografia citata nella nota precedente, altresì, R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., in particolare 42 ss.

⁷² Sul punto, R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, 67.

⁷³ R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*

⁷⁴ Ancora, R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, 72.

⁷⁵ Secondo SEMINARA, *op. ult. cit.*, 360 soltanto le ipotesi di cui agli artt. 51 e 54, co. 3, c.p. individuano ipotesi di concorso di persone, perché l'agente (autore materiale) ha agito *coactus tamen voluit*, conservando il dominio sul fatto, le altre ipotesi generalmente riconducibili all'autoria mediata (ad es., art. 46 e 48 c.p.) invece configurano un'esecuzione monosoggettiva. Secondo R. DELL'ANDRO, *op. ult. cit.*, 68, le norme contenute negli articoli 111, 112, co. 4, e 119 c.p. assegnano la qualifica di concorrente anche al soggetto non imputabile o non punibile

⁷⁶ Tra i primi ad avere elaborato tale teoria, A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 550; altresì si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, Torino, 2015, 516.

⁷⁷ Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518 evidenzia come questa sia l'unica funzione che può svolgere la figura dell'autore mediato, la quale, per il resto, appare *inammissibile*, perché fondata su un'occulta analogia *in malam partem* della norma incriminatrice di parte speciale; *inutile*, dal punto di vista pratico, perché vi sono disposizioni che già puniscono chi si sia servito dell'autore materiale; *superata*, dal punto di vista sistematico, perché l'autore mediato risponde sempre come concorrente ex art. 110 c.p.; ed infine *smentita* dall'art. 111 c.p., essendo l'ipotesi prevista collocata nel capo sul concorso; dall'art. 112, co. 4, da cui si ricava che anche il soggetto non imputabile e non punibile può concorrere nel reato.

Non tutti peraltro ammettono che la figura in questione abbia una funzione di carattere "definitorio", considerata la vastissima gamma di ipotesi riconducibili all'alveo di una categoria dommatica unitaria. Tale categoria appare piuttosto come un concetto di carattere empirico "da chiarire fenomenologicamente" e, quindi, destinato a rimanere insicuro; così, T. PADOVANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1973, 48.

dello stato di necessità recherebbe del resto indubbi vantaggi, in una duplice prospettiva.

In primo luogo, come già accennato, vi sarebbe un alleggerimento del carico probatorio non dovendosi dimostrare, caso per caso, la derivazione causale e la previa pianificazione del soccorso, ma soltanto la *unilaterale* volontà di concorrere con altri, non punibili o imputabili, alla realizzazione del reato.

In secondo luogo, sarebbe possibile – anzi, “obbligatorio” – applicare le circostanze aggravanti di cui all’art. 112 c.p.; in particolare – oltre al n. 2 relativo all’attività di *organizzazione, direzione e coordinamento* –, ricorrerebbe di certo anche il n. 3 che punisce chi determina una persona ad esso soggetto a commettere il reato, anche qualora questi sia non imputabile e non punibile (comma 4).

Questa ipotesi varrebbe di certo con riguardo al caso di specie qui studiato, ma potrebbe trovare anche una più ampia applicazione, qualora, ad esempio, gli *scafisti* si avvalsero – strumentalmente attraverso costringimento fisico ex art. 46 c.p. – per la realizzazione del proprio proposito criminoso, di altri membri della loro stessa organizzazione.

Ragionando in questi termini, la giurisdizione penale sussisterebbe ex art. 6 c.p.

Per rafforzare ulteriormente l’ancoraggio del reato al territorio italiano, si potrebbe – ovviamente con alcuni *caveat* e come base di partenza teorica di un’eventuale *altra* indagine, diversa da quella qui condotta –, impiegare la figura del “reato portato a conseguenze ulteriori”, cui fa accenno recente dottrina⁷⁸. Ciò che nei contesti di azione ivi studiati ci appare davanti è infatti un quadro criminoso che nei *fatti* – nonostante l’utilizzo di una tecnica legislativa che formula il reato come reato di attentato a consumazione istantanea, in cui la tutela è anticipata al momento dell’azione⁷⁹ – *prolunga* il momento consumativo o, ancora, fraziona l’evento tipico⁸⁰, in modo analogo a quanto accade nel caso di reato permanente⁸¹. Tale categoria – che spiegherebbe la pregnanza offensiva di reati come la corruzione, la frode pensionistica o l’usura – si sviluppa a partire dalle nozioni di *esaurimento del reato*, coniata ai primi del Novecento⁸² per indicare un reato che strutturalmente costruito come reato istantaneo⁸³ viene tuttavia portato ad un approfondimento dell’offesa dal contegno attivo del reo o dal concorso successivo di un concorrente.

La stessa Corte di Cassazione sembra peraltro far propria tale nozione, laddove definisce il reato di cui all’art. 12 T.U. imm. come *reato eventualmente permanente*, rispetto al quale *la permanenza cessa quando per una qualsiasi ragione venga interrotta l’attività criminosa, prima del procurato ingresso illegale in Italia dello straniero clandestino e, comunque, in ogni caso, quando sia stato raggiunto lo scopo illecito perseguito*⁸⁴.

L’affermazione di una nozione siffatta apre senza dubbio le porte ad un ampliamento dei limiti spaziali di cui all’art. 6 c.p., con spostamento ‘in avanti’ del *tempus commissi delicti*.

La costruzione della norma incriminatrice in questione in termini di autentica *alternative Mischgesetz*⁸⁵ – costituita dunque non da una pluralità di illeciti, ma da una pluralità *modale* di violazione del precetto – porterebbe però anche all’inevitabile conclusione di dover escludere l’impiego del termine *favoreggiamento*⁸⁶, che è fenomeno assai diverso a quello descritto dalla norme di cui all’art. 12 T.U. imm.⁸⁷

⁷⁸ Il riferimento è a I. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori: problemi di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino.

⁷⁹ Si veda *supra*, anche Cass. pen. Sez. I, 28 ottobre 2003, n. 5583.

⁸⁰ Si è vista (*supra* nt. 54) la possibilità di ricostruire il reato di favoreggiamento come reato di evento a forma libera.

⁸¹ I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 26. A tal proposito, con riferimento al reato di corruzione ed in termini perentori, A. PAGLIARO, *La fattispecie di corruzione come legge mista alternativa*, in nota a Cass. Sez. VI, 12 novembre 1996, in *Riv. trim. dir. pen. proc.*, 1997 (1). Di recente, sulla corruzione ex artt. 318 e 319 c.p. come reato eventualmente permanente, Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2016, n. 40237.

⁸² CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., § 49-bis. In particolare, lo stesso Carrara accennava al “reato portato a conseguenze ulteriori” come ad una speciale ipotesi di esaurimento del reato, per indicare il contributo di un concorrente ad un’azione tipica che non poteva né essere più consumazione, né post fatto non punibile. Sul punto, I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 3.

⁸³ I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 5 secondo cui, per l’appunto, le conseguenze ulteriori aggravatrici del danno sono possibili anche nei reati istantanei.

⁸⁴ Cass. Pen., Sez. III, 19 maggio 2005, n. 35629 in *Guida al Diritto*, 2005, 43, 94 (corsivo aggiunto).

⁸⁵ Fenomeno assai simile, come segnalato, alla corruzione o ancora all’usura, A. PAGLIARO, *La fattispecie di corruzione come legge mista alternativa*, cit.

⁸⁶ L’art. 378 c.p. si risolve in un mero “aiuto” post-delittuoso commesso da un soggetto diverso da colui il quale ha commesso il reato base e la cui funzione è rivolta essenzialmente alla tutela dell’amministrazione della giustizia. Ad esempio, già nel codice Zanardelli, ricorda I. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 4, la figura del favoreggiatore si aveva qualora la condotta era commessa non “senza concerto anteriore al delitto stesso”, ma anche “senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori”.

⁸⁷ A parziale conferma di quanto sostenuto basti considerare che in Germania la repressione del fenomeno viene affidata ad una fattispecie formulata negli stessi termini di quella italiana – ma non rubricata quale *favoreggiamento*. Essa viene definito come “*Einschleusung*”, ossia come *introduzione di migranti clandestini*. Si può vedere S. CANNAWURF, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, Duncker & Humblot, 2007.

D'altronde, a ben vedere, il reato di favoreggiamento di cui all'art. 378 c.p. è formulato in termini assai diversi rispetto all'art. 12 T.U. imm., il quale – facendo affidamento ad una tecnica legislativa tipica di una legislazione emergenziale – formula l'incriminazione già in termini di attentato ed amplia, inoltre, il novero delle condotte punibili, ciascuna delle quali idonea, nel caso concreto, a portare il reato a conseguenze ulteriori. E così, sussistendo una norma con pluralità di condotte tipizzate (ad es. “atti diretti a procurare l'ingresso”, ma anche “organizzazione, finanziamento, trasporto”), l'alternatività di tali condotte si risolverebbe piuttosto nel dare prevalenza a quella con il contenuto offensivo maggiore, secondo un criterio di tipo valutativo⁸⁸.

Cosicché, nel caso del trasbordo di clandestini da nave madre ad altre imbarcazioni – ai fini dell'individuazione del *locus commissi delicti* – occorrerebbe prendere in considerazione l'approfondimento dell'offesa al bene giuridico, la quale consente di dilatare la cornice del fatto tipico sino ad abbracciare gli accadimenti cui era indirizzato lo *scopo criminoso*.

Sembra proprio questo il percorso logico-motivazionale seguito dalla Cassazione nella sentenza in commento.

4.

Alcune riflessioni conclusive: *de iure condito* è meglio che *de iure condendo*.

Allo stato attuale dell'ordinamento italiano permangono vuoti di tutela, nonché sfere di impunità, nella materia del traffico di migranti, a causa della teorica carenza di giurisdizione, non soltanto italiana, per i fatti avvenuti in acque extraterritoriali, ossia in ipotesi di reati perpetrati e interamente consumati nell'Alto mare; come, ad esempio, nei casi di naufragi, lesioni o omicidi, in cui la condotta criminosa dei trafficanti e l'evento sia siano verificati in alto mare, ove, come visto, non sussisterebbe alcuna giurisdizione.

In tali contesti, sarebbe possibile immaginare che ci sia spazio per l'affermazione di una *giurisdizione universale*; ed è forse questa la direzione verso cui sta iniziando a muoversi la scienza penalistica sotto la spinta propulsiva degli interventi internazionali di contrasto ai crimini globali e di tutela dei diritti umani. In tal senso, ci si potrebbe sforzare in qualche esercizio speculativo circa l'opportunità di un ampliamento della giurisdizione universale esercitata dell'*International Criminal Court* (ICC)⁸⁹. Allo stato attuale, tuttavia, sussistono ancora alcuni ostacoli che si appuntano, in particolare, sulla specifica natura del reato di traffico di migranti. Il diritto internazionale penale che istituisce una giurisdizione universale “non dentro gli Stati” ma “contro gli Stati”⁹⁰ appare fondata su una stretta interpretazione del principio di legalità-tassatività dei crimini⁹¹ che – a partire dal Trattato di Roma – ha imposto una precisa elencazione e definizione dei reati perseguibili internazionalmente: con la conseguenza che se, da un lato, ad esempio, il reato di tratta di esseri umani può trovare ‘cittadinanza’ nell'*International Criminal Law* attraverso l'art. 7 del Trattato di Roma, dall'altro lato, la natura e il tipo di reato di traffico di migranti, per quanto per certi versi sovrapponibile alla tratta, non sembra ammissibile per il rilievo, ad esempio, che sono gli stessi migranti a prestare il proprio consenso al loro trasporto: ciò nonostante non vi è chi non veda la possibilità di una interpretazione estensiva dei “crimini contro l'umanità”⁹², laddove si rilevi che, come spesso accade, nei traffici di migranti ricorrente è l'uso di “atti inumani [...] diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale”, art. 7, co. 1, lett. k) del Trattato di Roma.

Poiché, d'altronde, i tempi non appaiono ancora maturi per l'attuazione del modello di giurisdizione di tipo universale proposto, più realisticamente non resta che affidarsi a *soluzioni intermedie*.

⁸⁸ Trova pertanto applicazione il meccanismo di assorbimento, su cui si incentra il modello della “progressione criminosa”. Funditus, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., in part. 202 s.

⁸⁹ Istituita nel 1998 con lo Trattato di Roma. Cfr. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2013, in part. 137 s.

⁹⁰ Espressione utilizzata da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X Ed., Wolters Kluwers, Vicenza, 2017, 944.

⁹¹ F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 940. Altres', C. BASSIOUNI, *op. ult. cit.*, 246.

⁹² Ad esempio, si può segnalare un filone giurisprudenziale dell'ICC che di recente ha ritenuto perseguibili – e sottoposti alla sua giurisdizione universale – anche i reati contro il patrimonio culturale, cfr. B. VAREANO, *La tutela del patrimonio culturale: Riflessioni a margine della sentenza di merito resa dalla corte penale internazionale nel caso Al Faqhi Al -Mahdi*, *Riv. trim. pen. cont.*, 5/2017, 243.

Si potrebbe dunque pensare di *sistematizzare* – anche secondo le indicazioni sopra illustrate – i recenti traguardi raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità, in merito alle condotte di favoreggiamento *ex art. 12 T.U. imm.*, in modo da radicare *tout court* la giurisdizione italiana per i reati commessi sulle imbarcazioni nell’alto mare e dedite, per evidenti profili probatori, al traffico di migranti, qualunque sia il tipo o la natura dell’illecito commesso (e dunque anche per i casi di lesioni, omicidio o, in generale, per i casi di reati lesivi di *diritti umani*).

Inoltre, sembrano delinearci due ulteriori direttrici interpretative rilevanti, a cui è possibile in conclusione accennare senza alcuna pretesa di completezza⁹³.

Per un verso, si potrebbe ragionare di operare un’operazione ermeneutica dell’art. 6 c.p. che possa valorizzare il profilo del medesimo disegno criminoso secondo il vincolo della continuazione *ex art. 81, co. 2, c.p.* Quest’ultimo potrebbe, in effetti, essere invocato qualora si accerti un *collegamento* tra condotte delittuose commesse fuori dal territorio statale⁹⁴ con altre commesse in territorio nazionale, in questo modo sfruttando surrettiziamente l’istituto della continuazione come ‘grimaldello’ per ampliare l’efficacia spaziale della legge penale. In effetti, non sarebbe peregrino ragionare sull’opportunità di ampliare il *fatto tipico* attraverso il ricorso al medesimo disegno criminoso: una tale unificazione, all’evidenza, *normativa* potrebbe operare, quindi, non solo sul piano sanzionatorio, ma anche in quello del radicamento della giurisdizione, considerando dunque come unico reato continuato l’insieme dei *fatti di reato* commessi in Italia con quelli commessi all’estero, qualora, ovviamente, “i fatti realizzati all’estero siano già di per sé punibili secondo la legge italiana”⁹⁵. In tale prospettiva di ampliamento dei limiti spaziali che faccia affidamento a soluzioni interpretative, vi è anche chi, seppur in modo non del tutto convincente, ritiene di potere operare direttamente sull’art. 6 c.p. in via “analogica” nella misura in cui il concetto di “frazione” del reato *semplie* sia equiparabile al concetto di “episodio” del reato continuato⁹⁶.

Oppure, per altro verso, si potrebbe suggerire una interpretazione evolutiva dell’art. 7 c.p. ormai orientato alla *tutela solidale dell’uomo*⁹⁷, sicché sarebbe plausibile radicare la giurisdizione italiana in ipotesi di violazioni di diritti umani ampiamente protetti e garantiti (“*secure and protect*”) dalle Convenzioni internazionali che, come si è detto, con sempre maggiore insistenza invitano gli Stati a prevedere l’applicabilità extraterritoriale delle proprie leggi.

In realtà, la prima ipotesi sembra difficilmente percorribile, perché – nonostante voci discordanti in dottrina⁹⁸ – secondo giurisprudenza recente si tratterebbe di “ipotesi non compresa tra quelle che, ai sensi degli artt. 7 a 10 c.p., comportano deroga al principio di territorialità”⁹⁹.

La seconda ipotesi, invece, valorizzerebbe gli sviluppi internazionali in tema di diritti umani, nella misura in cui l’art. 7 sia oggi funzionale ad una prospettiva di preminenza delle esigenze di tutela dei diritti umani e di attuazione di un’efficace repressione di condotte idonee a ledere interessi generali¹⁰⁰. Così avviene, ad esempio, in Germania in cui la giurisdizione è riconosciuta, ai sensi del § 6 StGB, in caso di violazione di *beni giuridici internazionalmente protetti* che fa altresì specifico riferimento ai reati di tratta di esseri umani (n. 4), i quali sono in grado, pertanto, di dischiudere una giurisdizione universale – c.d. *Weltrechtsgrundsatz* – in quanto funzionale a dare maggiore tutela ai diritti umani¹⁰¹. A sua volta, quindi, il n. 5) dell’art. 7 c.p. che non opera nel campo della sfera della legge penale, ma, per l’appunto, in quello della giurisdizione¹⁰², potrebbe dischiudere, caso per caso, la possibilità di radicare quella italiana, qualora siano i diritti umani, internazionalmente riconosciuti e garantiti, ad essere violati e sia necessario l’esercizio della potestà punitiva per evitare che i trafficanti di migranti possano

⁹³ Si badi che quanto detto prescinde dalla considerazione della presenza del reo nel territorio dello Stato – la cui ipotesi è disciplinata dagli artt. 9 e 10 c.p. – e garantirebbe il potere giurisdizionale su un determinato *fatto* a prescindere dalle condizioni di procedibilità ivi previste (presenza del colpevole sul nostro territorio, richiesta ministeriale ecc.).

⁹⁴ Così anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 943 non sembra escludere la possibilità di far ricorso alla continuazione di reati per ampliare i limiti spaziali della giurisdizione italiana.

⁹⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. ult. cit.*, 943.

⁹⁶ BAROSIO, *Il principio di ubi quità in rapporto al reato continuato*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1969, 538 s.

⁹⁷ Vedi anche *supra*, nt. 30.

⁹⁸ Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 943, BAROSIO, *Il principio di ubi quità in rapporto al reato continuato, cit.*, 538.

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 25889.

¹⁰⁰ Ad esempio, è prevista l’ampliamento della giurisdizione per l’associazione criminale transnazionale in quanto rientra nell’art. 7, n. 5 c.p., in relazione all’art. 15, comma 2, lett. c) che rinvia all’art. 5 paragrafo 1 della Convenzione ONU di Palermo.

¹⁰¹ Il § 6 è rubricato “*Auslandstaten gegen international geschützte Rechtsgüter*”, che fonda il c.d. *Weltrechtsgrundsatz* (principio mondiale del diritto); cfr. K. AMBOS, *Münchener Kommentar*, § 6, C.H. BECK, 2016.

¹⁰² T. REVES, *op. ult. cit.*, 99.

godere di intollerabili ‘sacche’ di impunità. Una tale prospettazione ermeneutica è già stata elaborata con riferimento ai reati di terrorismo e potrebbe non trovare ostacoli nell’ambito del contrasto ai traffici di esseri umani, inquadrabile oggi come *delicta iuris gentium*¹⁰³: ed in tal senso, soccorre, ad esempio, già la Convenzione di Palermo con il Protocollo sullo *smuggling* che riconosce – sebbene solo sul piano dei poteri di *enforcement* – maggiori poteri giurisdizionali di fermo e sequestro agli stati rivieraschi, rispetto a quanto in precedenza stabilito dalla più volte menzionata Convenzione di Montego Bay (UNCLOS)¹⁰⁴.

¹⁰³ Si fa riferimento, in particolare, a D. FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, Voce, in *Dig. Disc. Pen.*, 2005, 1604 s.

¹⁰⁴ Infatti, l’art. 8, par. 7 del Protocollo sullo *smuggling* riconosce ampi poteri di fermo e ispezione in Alto Mare. In tal senso, U. LEANZA, F. GRAZIANI, *Poteri di enforcement e jurisdiction*, *cit.*, 191 che concludono che il Protocollo sullo *smuggling* “ad una più attenta analisi segna un’ulteriore decisiva evoluzione rispetto alle soluzioni offerte dalla Convenzione di Montego Bay, giacché le sue norme non hanno soltanto un contenuto meramente dichiarativo del diritto consuetudinario ma, per certi versi e sotto alcuni specifici profili, sono di sviluppo progressivo, specificando in modo compiuto e dettagliato le regole della UNCLOS”.

Mutamenti nella politica criminale dell'Unione

Dall'interpretazione strumentale del reato associativo relativo al contrabbando di tabacchi all'approvazione della Direttiva PIF

Changes in EU criminal policy

From the political interpretation of the associative crime related to tobacco smuggling to the approval of the PIF Directive

MARCELLO SESTIERI
Università LUISS "Guido Carli"
ms@vassalliolivo.it

SENTENZA TARICCO, PRINCIPIO DI ASSIMILAZIONE,
ASSOCIAZIONE FINALIZZATA AL CONTRABBANDO
DI TABACCHI, DIRETTIVA PIF, DIRITTO PENALE
GIURISPRUDENZIALE

TARICCO JUDGMENT, PRINCIPLE OF ASSIMILATION,
THE ASSOCIATIVE CRIME RELATED TO TOBACCO SMUGGLING,
PIF DIRECTIVE, LAW IN ACTION

ABSTRACT

Muovendo dalla premessa che, alla base dell'applicazione fornita dalla sentenza Taricco al principio di assimilazione, vi dovrebbe essere stato un giudizio di comparabilità tra i reati connessi alle gravi frodi IVA e quello di cui all'art. 291-*quater* TULD, obiettivo del presente contributo sarà quello di verificare, attraverso una puntuale analisi del delitto doganale, il predetto assunto espresso dalla Corte del Lussemburgo. Da tale disamina si potrà cogliere la valenza più che altro politica della pronuncia Taricco e, dunque, in quest'ottica, si svolgeranno alcune brevi riflessioni in ordine alle conseguenze politico-criminali derivanti dalla stessa sentenza della CGUE, con particolare attenzione alla recente Direttiva PIF.

The application of the Taricco judgment to the principle of assimilation underlies a comparison between serious VAT fraud and the crime set forth in Article 291-*quater* TULD. However, a close analysis of this smuggling crime calls into question the assumption of the Luxembourg Court and points out the political nature of the Taricco judgment. Therefore, this paper will focus on the consequences on the EU criminal policy arising from this decision, with particular attention to the PIF Directive.

SOMMARIO

1. Premessa - 2. Il presupposto di matrice giurisprudenziale all'applicabilità del principio di assimilazione - 3. Il *quid pluris* della fattispecie di cui all'art. 291-*quater* TULD: la finalità di contrasto alle attività della criminalità organizzata di stampo mafioso - 4. La risposta della Direttiva PIF ad una "grave" lacuna della sentenza Taricco - 5. Conclusioni

1.

Premessa

Trascorsi ormai più di due anni dall'emissione della 'fatidica' sentenza della CGUE dell'8 settembre 2015 (causa C-105/14)¹, la "saga Taricco"² non sembra ancora giunta ad una conclusione. Infatti, a seguito della c.d. sentenza Taricco II³, se è indubbio che la disapplicazione del termine ordinario di cui all'art. 160, co. 3, c.p. non potrà operare – per contrarietà al principio di irretroattività della legge penale – con riguardo alle frodi IVA commesse prima dell'8.9.2015, invece, per quelle compiute successivamente alla data predetta, la situazione continua ad apparire incerta.

Ciò, in quanto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la pronuncia del 5.12.2017, in realtà, non si è espressa sulla determinatezza della regola stabilita con l'originaria sentenza Taricco, rimettendo alla sensibilità dei giudici di merito tale delicata valutazione, e, conseguentemente, fornendo, ancora una volta, a questi ultimi la possibilità di disapplicare la norma sopra richiamata⁴.

In prospettiva delle prime risposte giurisprudenziali e di un auspicato intervento legislativo – che già si annuncia problematico⁵ – in recepimento della Direttiva PIF, gioverà svolgere qualche breve riflessione a proposito di uno snodo essenziale (rimasto parzialmente in ombra) del menzionato percorso comunitario e riguardante proprio uno dei temi oggetto della presente edizione del Corso di formazione interdotto intitolato all'illustre memoria di Giuliano Vassalli.

Ci si soffermerà, in particolare, sul presupposto concreto che ha consentito alla CGUE, con la sentenza Taricco I, di dare applicazione al c.d. principio di assimilazione⁶; il riferimento, ancor più nello specifico, è al giudizio positivo reso dalla Corte del Lussemburgo in ordine alla comparabilità tra le gravi frodi IVA e il reato di associazione per delinquere finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, di cui all'art. 291-*quater* del d.P.R. n. 43 del 1973

¹ Pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 14.9.2015, con nota di VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*.

² L'espressione è stata utilizzata da NATALE, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in www.questionegiustizia.it, 2017;

³ CGUE 5.12.2017 (causa C-42/17), pubblicata in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017, con nota di CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia. L'attesa sentenza della Corte di Giustizia*.

⁴ V., in particolare, il punto 59 della sentenza Taricco II, ove la CGUE ha stabilito che: «ne deriva, da un lato, che spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza Taricco, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione».

⁵ Cfr. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017, 121; in particolare, l'A. segnala come appaia probabile che, con riguardo alle frodi IVA realizzate successivamente all'8.9.2015, le controversie relative alla disapplicazione dell'art. 160, co. 3, c.p. si acuiranno proprio all'atto del recepimento da parte del legislatore nazionale della Direttiva PIF.

⁶ I profili concernenti il principio di assimilazione – all'epoca vigente in forza dell'art. 280, par. 2, TCE – furono immediatamente oggetto di attenzione da parte di autorevole dottrina, cfr. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994, 129 ss.

Per una puntuale riflessione in ordine alle ricadute del principio in questione sugli obblighi di incriminazione di fonte comunitaria, v., più di recente, GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 10.2.2016.

Infine, si segnalano come alcuni aspetti riguardanti, nello specifico, la peculiare interpretazione dell'art. 325, par. 2, TFUE adottata dalla CGUE nella sentenza Taricco sono stati esaminati da MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, 2^a ed., Bologna, 2017, 58 ss.; sul punto, v. anche MEZZETTI, SESTIERI, *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fra intendimenti sul principio di assimilazione*, in *Arch. pen.*, 2016/1.

(d'ora in poi, TULD)⁷.

2. Il presupposto di matrice giurisprudenziale all'applicabilità del principio di assimilazione

La sentenza Taricco è stata oggetto di un inusitato approfondimento dottrinale⁸, tanto che appare probabilmente ridondante anche solo riepilgarne i contenuti; sembra, invece, più opportuno arrivare 'dritti al punto' che si intende analizzare in questa sede: le modalità prescelte dalla CGUE per dare applicazione, con la pronuncia dell'8 settembre 2015, al principio di assimilazione.

Giova preliminarmente ricordare che il principio in esame si trova espresso nell'art. 325 TFUE (che ricalca in gran parte il precedente art. 280 TCE); in particolare, detta norma prevede, nel primo paragrafo, l'obbligo per l'Unione e gli Stati membri di contrastare le attività fraudolente lesive degli interessi finanziari dell'Unione; nel paragrafo successivo, il legislatore europeo ha rivestito di sostanza tale obbligo, disponendo che «gli Stati membri adottano, per combattere la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari»⁹.

Sul punto, inoltre, si segnalano come il TCE, prima, e il TFUE, poi, sembrino aver mutuato, nel definire il principio di assimilazione, l'insegnamento della nota sentenza sul caso "Mais greco", mediante la quale, già sul finire degli anni '80, la Corte del Lussemburgo imponeva agli Stati membri di «vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate [...] in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza»¹⁰.

In relazione alla pronuncia appena citata, preme sottolineare come la CGUE avesse consentito l'operare del principio di assimilazione purché le sanzioni, di cui si assumeva l'illegittimità, concernessero violazioni del diritto interno e di quello comunitario "simili per natura e importanza".

Tale inciso, sebbene non sia stato recepito testualmente nelle norme dei Trattati, ha trovato conferma – rappresentando, all'evidenza, espressione di buon senso – anche nelle pronunce della Corte di Giustizia successive a quella da ultimo richiamata¹¹, ivi inclusa la stessa sentenza Taricco, nella quale, al punto 48, veniva ribadito che l'art. 325, par. 2, TFUE potrebbe trovare applicazione solo con riguardo a fatti "di natura e gravità comparabili".

Ciò posto, secondo la CGUE, l'ordinamento italiano non rispetterebbe il principio di assimilazione in ragione della previsione, ai sensi dell'art. 160, co. 3, c.p., di un termine massimo

⁷ Detto giudizio di comparabilità è stato espresso dalla CGUE, al punto 48 della citata sentenza, in questi termini: «inoltre, il giudice nazionale dovrà verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, come richiesto dall'articolo 325, paragrafo 2, TFUE. Ciò non avverrebbe, in particolare, se l'articolo 161, secondo comma, del codice penale stabilisse termini di prescrizione più lunghi per fatti, di natura e gravità comparabili, che ledano gli interessi finanziari della Repubblica italiana. Orbene, come osservato dalla Commissione europea nell'udienza dinanzi alla Corte, e con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, il diritto nazionale non prevede, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione per quel che riguarda il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco».

⁸ Fra i numerosi interventi, v., ad esempio, quelli di EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *questa Rivista*, 2/2015, 40 ss.; MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, 2015/3; MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *L.P.*, 2016; PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 24.10.2016; VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29.10.2015.

⁹ Anche il principio di assimilazione è stato al centro di diverse analisi da parte della dottrina, cfr., *ex multis*, BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della comunità: progressi e lacune*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Atti, Catania, 1998, 13 ss.; COMI, *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013/2; DAMATO, *sub art. 325 TFUE*, in POCAR, BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, 1486 ss.; DAMATO, DE PASQUALE, PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014, 289 ss.; GRASSO, SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 286 ss.; MEZZETTI, *La tutela*, cit., 129 ss.; ID., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in RONCO, AMBROSETTI, MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 3ª ed., Bologna, 2016, 198 ss.; RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in GRASSO (a cura di), *La lotta*, cit., 97 ss.; SALAZAR, *sub art. 325 TFUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 415 ss.

¹⁰ Così, CG, 21.9.1989, causa C-68/88, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, punto 24, pubblicata in DAMATO, DE PASQUALE, PARISI, *Argomenti*, cit., 294 ss.

¹¹ Cfr., *ex plurimis*, CG, 8.7.1999, causa C-186/98, *Nunes e De Matos*, punto 14, pubblicata in *www.curia.europa.eu*.

alla prescrizione in caso di interruzione della stessa riferibile alle gravi frodi IVA (lesive, in quanto tali, degli interessi finanziari dell'Unione) e non anche al reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (fattispecie che, invece, sarebbe posta a presidio della percezione, di interesse esclusivamente nazionale, delle accise sul tabacco).

Pertanto, alla luce di quanto stabilito al citato punto 48 della sentenza Taricco, sembra chiaro che la Corte del Lussemburgo, per giungere a siffatte conclusioni, deve aver valutato come comparabili (per natura e gravità) i reati concernenti le frodi IVA e quello di cui all'art. 291-*quater* TULD. Occorre, tuttavia, aggiungere come la CGUE, a ben vedere, non abbia esplicitato le motivazioni a supporto di tale (implicita) valutazione, la quale forse avrebbe meritato maggiore attenzione.

In particolare, potrebbe risultare quantomeno opportuno verificare se il regime speciale, previsto ai sensi dell'art. 160, co. 3, c.p., con riguardo al reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacco, trovi effettivamente la propria *ratio* nella volontà del legislatore nazionale di predisporre una tutela rafforzata agli interessi finanziari interni ovvero se, in realtà, non siano state altre le ragioni di politica criminale sottese a tale scelta.

3. **Il *quid pluris* della fattispecie di cui all'art. 291-*quater* TULD: la finalità di contrasto alle attività della criminalità organizzata di stampo mafioso**

Il reato di cui all'art. 291-*quater* TULD, introdotto nell'ordinamento dalla l. n. 92 del 2001, stabilisce una fattispecie associativa *ad hoc* in relazione alla commissione del delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri¹², con un trattamento sanzionatorio differenziato per i vertici¹³ dell'associazione (da tre a otto anni di reclusione) rispetto ai semplici partecipanti alla stessa (da uno a sei anni).

Detta norma dispone, inoltre, significativi aumenti di pena qualora l'associazione sia composta da dieci o più persone, ovvero se la stessa sia armata o, ancora, quando ricorrono le circostanze di cui alle lettere d) od e) dell'art. 291-*ter*, cpv., TULD¹⁴; infine, è prevista una circostanza attenuante per coloro che, dissociandosi dagli altri compartecipi, si siano adoperati per evitare le ulteriori conseguenze delittuose derivanti dal reato, anche fornendo un concreto supporto investigativo alle autorità procedenti.

Ora, dalla mera esegesi letterale delle disposizioni contenute nell'art. 291-*quater* TULD, sembra emergere più di un'affinità – già a livello lessicale – tra la norma predetta e quella di cui all'art. 416-*bis* c.p.; almeno a prima vista, dunque, non sembrerebbe azzardato operare un parallelismo, pure sotto il profilo politico-criminale, tra le due ipotesi associative in questione.

Sul punto, in effetti, occorre evidenziare come esistano diversi ed univoci elementi, sia normativi che fattuali, dai quali appare possibile desumere che le finalità di tutela sottese al reato di cui all'art. 291-*quater* TULD siano anch'esse collegate con l'esigenza di reprimere fenomeni legati alle attività della criminalità organizzata di stampo mafioso¹⁵.

¹² A commento di tale fattispecie, cfr. P. INSOLERA, *sub art. 291-*quater**, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, in LANZI, G. INSOLERA (a cura di), *Codice penale d'impresa*, Roma, 2015, 234 ss.; MONTICELLI, *I reati di contrabbando*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Torino, 2017, 1539 ss.; NOTARO, *art. 1 (art. 291-*quater* t.u. doganale), Modifiche alla normativa concernente la repressione del contrabbando di tabacchi lavorati – Legge 19 marzo 2001, n. 91*, in L.P., 2002, 645 ss.; NUZZO, *sub art. 291-*quater**, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, in PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, 882 ss.; PRONTERA, *Contrabbando*, in PALAZZO, PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 802 ss.

¹³ Coloro cioè che, stando al dettato normativo, «promuovono, costituiscono, dirigono, organizzano o finanziano l'associazione».

¹⁴ Il rinvio è, dunque, ai casi in cui, nel commettere il reato, l'autore «ha utilizzato mezzi di trasporto, che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche idonee ad ostacolare l'intervento degli organi di polizia ovvero a provocare pericolo per la pubblica incolumità» ovvero «ha utilizzato società di persone o di capitali ovvero si è avvalso di disponibilità finanziarie in qualsiasi modo costituite in Stati che non hanno ratificato la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 9 agosto 1993, n. 328, e che comunque non hanno stipulato e ratificato convenzioni di assistenza giudiziaria con l'Italia aventi ad oggetto il delitto di contrabbando».

¹⁵ In tal senso, peraltro, si sono espressi IZZO, *La repressione del contrabbando di t.l.e. si ispira a quella del narcotraffico*, in *Impresa c.i.*, 2001/4, 682 ss.; LAUDATI, *Il coordinamento delle indagini in materia di contrabbando di tabacchi*, in MELILLO, SPATARO, VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, 2004, 459 ss.

Per una puntuale ricostruzione delle varie modalità di contrasto alla criminalità organizzata adottate in Italia, v. MILITELLO, *Contrasto alle organizzazioni di tipo mafioso e sistema penale italiano*, in LA SPINA, MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Torino, 2016, 13 ss.

In fatto, è la stessa realtà giudiziaria a testimoniare come il fenomeno del contrabbando di sigarette sia appannaggio specialmente della Camorra e della Sacra Corona Unita¹⁶. Basti pensare, d'altra parte, che, nella sola Campania, si consuma poco meno del 40% del tabacco di contrabbando di tutta l'Italia e che i principali canali per l'ingresso nel Paese di tale prodotto sono i porti di Taranto e di Brindisi, i quali convogliano gli ingenti flussi di sigarette contrabbandate provenienti dall'area balcanica¹⁷.

Inoltre, sempre da un punto di vista empirico, è stato registrato che, in Italia, solamente nel 2015, sono state consumate più di 2 miliardi di sigarette di contrabbando, ne venivano sequestrate circa 275 tonnellate ed il danno all'erario per le mancate entrate tributarie causate da simile attività è stato stimato in una cifra superiore agli 800 milioni di euro¹⁸. Trattasi, dunque, di un fenomeno di portata tale da necessitare, quasi fisiologicamente, una gestione a monte da parte di una struttura (criminale) organizzata.

Trasferendo ora l'analisi sul piano normativo, occorre anzitutto considerare le (già anticipate) affinità tra le fattispecie di cui agli artt. 291-*quater* TULD e 416-*bis* c.p.: anche il reato di associazione di tipo mafioso prevede un trattamento sanzionatorio aggravato per i vertici dell'organizzazione rispetto ai semplici partecipanti, oltre alla circostanza aggravante di associazione armata e quella attenuante della dissociazione attuosa¹⁹.

Per ciò che concerne l'ambito delle misure ablatorie, è prevista per entrambe le ipotesi associative la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituirono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto²⁰; inoltre, con riguardo ai beni predetti, sono vigenti due apposite discipline relative alla destinazione degli stessi²¹. Infine, la misura di prevenzione di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992 può essere disposta con riferimento, sia all'ipotesi associativa di stampo mafioso, che a quella finalizzata al contrabbando²².

Un ulteriore elemento a sostegno della natura della fattispecie in commento quale reato volto a contrastare le attività della mafia è possibile trarlo dall'analisi dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario; tale disposizione, infatti, inserisce espressamente, oltre all'art. 416-*bis* c. p., anche la norma di cui all'art. 291-*quater* TULD nel novero dei reati dalla cui condanna discende il divieto di applicazione dei benefici penitenziari, nonché la possibilità di essere assoggettati al c.d. "carcere duro"²³.

Paradossalmente, la prova forse decisiva della citata finalità politico-criminale la si può desumere proprio dal regime eccezionale (contrario, secondo la CGUE, al principio di assimilazione) stabilito dall'art. 160, co. 3, c.p., che, infatti, richiama il delitto doganale in questione solo indirettamente, attraverso, cioè, il riferimento all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.²⁴: tale osservazione è decisiva, in quanto, come è noto, i reati annoverati nell'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. sono proprio quelli di competenza della Direzione Nazionale Antimafia.

Pertanto, se appare all'evidenza quale sia stato l'intento di politica criminale sotteso all'introduzione della fattispecie associativa sin qui commentata, sembra parimenti chiaro come l'eccezione posta dall'art. 160, co. 3, c.p. non sia dovuta alla volontà del legislatore nazionale di apportare una tutela più significativa agli interessi finanziari interni rispetto a quelli dell'Unione ma all'esigenza di reprimere nel modo più incisivo possibile un fenomeno direttamente collegato alle attività della criminalità organizzata di stampo mafioso.

Traendo le debite conclusioni da quanto appena osservato, emerge più di qualche perplessità in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti applicativi del principio di assimilazione nel caso Taricco. La CGUE, in particolare, avrebbe ommesso di rilevare la mancanza del richiamato requisito della comparabilità "per natura e gravità" tra la fattispecie che tutela gli interessi finanziari dell'Unione e quella posta a presidio soltanto delle entrate nazionali.

¹⁶ Per alcuni tra i numerosi fatti di cronaca legati alle attività della Camorra e della Sacra Corona Unita in relazione al contrabbando di sigarette, cfr. i seguenti articoli: [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#).

¹⁷ Tali dati provengono dal report di KPMG, *Project Sun. A study of the illicit cigarette market*, 2016.

¹⁸ Sul punto, cfr., nuovamente, il report di KPMG, *Project Sun. A study of the illicit cigarette market*, 2016.

¹⁹ Prevista, con riguardo all'ipotesi di associazione di tipo mafioso, ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 152 del 1991.

²⁰ In forza, rispettivamente, degli artt. 301 TULD e 416-*bis*, co. 7, c.p.

²¹ Cfr. artt. 301-*bis* TULD e 45 e ss., d.lgs. n. 159 del 2011.

²² Il citato art. 12-*sexies*, infatti, richiama l'art. 295, cpv., lett. d, TULD.

²³ Per come stabilito ai sensi dell'art. 41-*bis* della medesima l. n. 354 del 1975

²⁴ Peraltro, allo stesso modo, tra gli altri, degli artt. 406, co. 5-*bis*, e 599-*bis*, cpv., c.p.p.; dette norme prevedono, rispettivamente, una deroga – di impatto assai significativo – all'obbligo di notificare alla persona sottoposta alle indagini la richiesta di proroga delle indagini preliminari e l'esclusione dalla possibilità applicare il nuovo istituto del concordato sui motivi d'appello, nei casi in cui, appunto, si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51 co. 3-*bis* c.p.p.

In effetti, gli illeciti tributari – sia pure fossero contestati in forma associativa – difettano, all'evidenza, della specifica esigenza di reprimere condotte collegate all'attività delle criminalità organizzata di stampo mafioso; esigenza che, invece, permea il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

Con ciò, naturalmente, non si vuole sminuire la serietà dei fenomeni legati alla criminalità tributaria; d'altra parte, tuttavia, non sembra neppure corretto valutare la precipua finalità di contrasto alle mafie del delitto di cui all'art. 291-*quater* TULD alla stregua di un mero "orpello" della fattispecie stessa: tale connotazione parrebbe imporre un vero e proprio 'salto di qualità' al reato predetto, che, dunque, sarebbe certamente più grave rispetto a qualsivoglia illecito connesso alle frodi IVA.

Viene così a mancare quella comparabilità tra le due ipotesi che, a rigore, costituisce l'indefettibile presupposto applicativo del principio di cui all'art. 325, cpv., TFUE.

4. La risposta della Direttiva PIF ad una "grave" lacuna della sentenza Taricco

Un simile esempio di 'superficialità' giuridica sembra, allora, rappresentare l'ulteriore riprova della natura, per così dire, "paralegislative" della pronuncia Taricco – che, non a caso, è stata icasticamente definita come una "sentenza militante"²⁵ – mediante la quale, cioè, la CGUE avrebbe assunto un ruolo politico, più che giurisdizionale.

Ora, prendendo a spunto tale considerazione per la parte conclusiva del presente contributo, non si intende (né si è in grado di) dare un giudizio sui contenuti politici della sentenza in questione o, a monte, sull'opportunità che la CGUE si erga a fonte del diritto²⁶, così da poter essere legittimamente portatrice di autonome istanze di politica criminale.

Piuttosto, atteso che l'approvazione della Direttiva PIF²⁷, il 5 luglio 2017, ha rappresentato, almeno in materia penale, uno dei più significativi approdi comunitari degli ultimi anni, appare maggiormente proficuo, in termini di attualità, compiere un'ultima riflessione proprio con riguardo ad un aspetto della stessa Direttiva che sembra concernere da vicino, per l'appunto, la sentenza Taricco.

Nello specifico, il riferimento è all'art. 2, par. 2, della Direttiva, ai sensi del quale un reato in frode alla riscossione dell'IVA potrà essere considerato "grave" soltanto «qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale secondo la definizione di cui all'articolo 3, paragrafo 2,

²⁵ L'espressione è di MICHELETTI, *Premesse*, cit., in *L.P.*, 2016. In questa prospettiva, v. anche EUSEBI, *Nemmeno*, cit., 44, che sottolinea «il configurarsi della CGUE quale organo rivolto a far valere gli interessi della UE, più che a tutelare i diritti individuali fondamentali con riguardo alla potestà normativa europea».

²⁶ Il c.d. diritto penale giurisprudenziale rappresenta probabilmente uno dei fenomeni giuridici che più ha destato l'attenzione della dottrina penalistica italiana nell'ultimo quinquennio, sul punto, v., *ex multis*, BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 13 ss.; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *questa Rivista*, 3/2016, 13 ss.; MANES, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017/3, 955 ss.; MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *questa Rivista*, 2/2016, 8 ss.; PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016/7-8, 2695 ss.; PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, 3/2016, 4 ss.; PALIERO, *Il diritto liquido pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014/3, 1099 ss.; PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 50 ss.

Il tema in questione, tuttavia, non era affatto sconosciuto alla dottrina, cfr., ad esempio, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007; FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

Tale argomento, inoltre, è stato esaminato anche con particolare riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee: per la CEDU, v. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 28 ss.; DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *questa Rivista*, 4/2017; per la CGUE, cfr., invece, LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del Caso Taricco*, in *Arch. pen.*, 2017/2.

²⁷ La Direttiva (UE) 2017/1371 (c.d. PIF) è stata già oggetto di alcune analisi dottrinali, cfr. ARANCI, *La direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017: la protezione degli interessi finanziari UE mediante il diritto penale*, in *www.eurojus.it*, 2017; BASILE, *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 12/2017, 63 ss.; PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2017.

Inoltre, si segnalano che le varie fasi del percorso comunitario da cui è scaturita l'adozione della Direttiva PIF sono state commentate da VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione Europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (c.d. Direttiva PIF)*, in *Dir. pen. cont.*, 5.9.2012; VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015/6, 2442 ss.

lettera d)²⁸, siano connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 000 000 EUR».

Giova subito segnalare come la citata limitazione, lungi dal rivestire una funzione meramente definitoria, sortisca, al contrario, degli effetti di estremo rilievo sul complessivo impianto della Direttiva PIF, la cui applicabilità, infatti, è consentita proprio in relazione «unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA»²⁹.

Ora, al di là delle valutazioni di merito su tale scelta di politica criminale (da cui la portata della Direttiva esce depotenziata non in piccola misura), in un'ottica prettamente analitica, è interessante notare come, a ben vedere, proprio le lacune sottese ai principi della sentenza Taricco sembrerebbero aver costituito la causa principale che ha determinato il legislatore europeo all'apposizione della soglia di danno sopra menzionata.

In particolare, come fu correttamente osservato nell'ordinanza della Cassazione che rimise l'affaire Taricco alla Corte Costituzionale³⁰, la CGUE, con la pronuncia in commento, ha limitato l'applicabilità dell'art. 325 TFUE ai soli casi di "gravi" frodi IVA, senza, tuttavia, fornire alcun criterio per orientare i giudici di merito in ordine ad una simile valutazione.

Veniva, quindi, consegnata all'interprete pratico una norma apparentemente contrastante con il principio di determinatezza della legge penale. Il che, peraltro, è stato ribadito anche dalla successiva ordinanza per mezzo della quale la Corte Costituzionale ha ulteriormente rimesso (su questo specifico punto, però, senza successo) la questione alla Corte di Giustizia³¹.

Occorre, inoltre, sottolineare come detta apparente situazione di mancato rispetto del principio di legalità si sia ancor più acuita con le prime applicazioni pratiche derivanti dal dettato della sentenza Taricco: quando, cioè, l'astratta indeterminatezza dell'art. 325 TFUE si è manifestata, in concreto, nell'imprevedibilità applicativa della norma stessa.

Segnatamente, i giudici di merito, potendo adottare i più disparati parametri per valutare la gravità delle frodi IVA (la giurisprudenza, a tale scopo, ha enucleato, fra gli altri, i seguenti criteri: la partecipazione di più soggetti al fatto, l'interposizione fittizia di società, la connessione con altri reati, la sistematicità delle operazioni fraudolente, la loro reiterazione nel tempo ovvero, ancora, l'esistenza di un contesto associativo criminale³²), hanno spesso trovato un "commodus discessus"³³ nel disapplicare l'art. 325 TFUE, semplicemente ritenendo come "non gravi" i reati che erano stati, di volta in volta, contestati.

Ebbene, una situazione di così profonda incertezza necessitava di un intervento chiarificatore: in questo senso, forse si riesce a comprendere meglio la ragione dell'"ansia definitoria" della Direttiva PIF, mediante la quale, infatti, il legislatore europeo ha, all'evidenza, tentato di conferire alla materia novellata dei confini netti, in ossequio al principio di legalità.

Dunque, l'apposizione, all'art. 2, par. 2, della Direttiva, di una soglia numerica (come tale ben definita), se può certamente essere criticabile in relazione all'elevato *quantum* della stessa, comunque, avendo colmato una significativa lacuna della sentenza Taricco, dovrebbe essere

²⁸ Ai sensi del quale: «In materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, l'azione od omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegue la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegue lo stesso effetto; ovvero iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA».

²⁹ Così, lo stesso art. 2, par. 2, Direttiva (UE) 2017/137.

³⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 30.3.2016, n. 28346, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 15.7.2016, per la quale: «la Corte di Giustizia individua i presupposti dell'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione in concetti vaghi ed indeterminati, quali "la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE" ed il "numero considerevole di casi di frode grave" che dovrebbe essere oggetto di accertamento giudiziale. L'indeterminatezza dei concetti, che comporta una elusione sostanziale della stessa riserva di legge, è stata già apprezzata in precedenza, ai diversi fini della valutazione di rilevanza della questione di costituzionalità. Sotto un primo profilo, si è evidenziato che la nozione di "frode grave" è rimessa alla valutazione del giudice, in assenza di parametri normativi univoci e direttamente applicabili; del resto, la stessa individuazione della soglia di Euro 50.000,00 quale indice di "gravità" della frode, in quanto indicata dalla Convenzione PIF, è incompatibile con le soglie di rilevanza penale (non di gravità) indicate in alcuni reati tributari – comunemente commessi in esecuzione delle operazioni fraudolente –, quali l'omessa dichiarazione (il D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 5 indica la soglia di rilevanza penale in Euro 50.000,00), l'omesso versamento di IVA (l'art. 10 ter indica la soglia in Euro 250.000,00)».

³¹ Il riferimento è all'ordinanza della Corte Costituzionale, 26.1.2017, n. 24, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, con nota di CUPELLI, *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*. A proposito di tale pronuncia, v. anche i commenti di MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13.2.2017; PALAZZO, *La Consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 285 ss.; VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27.3.2017.

³² Cfr., in tal senso, la già citata Cass. pen., Sez. III, 30.3.2016, n. 28346, nonché le due sentenze della Corte di Appello di Milano, Sez. II, 14.12.2016, n. 8266 e 23.1.2017, n. 524, pubblicate in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, con nota di FARCI, *Il giudice di merito davanti a Taricco: il commodus discessus della gravità delle frodi*.

³³ L'espressione è di FARCI, *op. ult. cit.*, a cui si rinvia per più ampie considerazioni sul punto.

apprezzata, in tale ottica, perlomeno con riguardo all'*an*.

Conclusivamente, occorre segnalare come, a seguito della sentenza Taricco II³⁴, la norma appena menzionata potrebbe assumere una valenza ancor più cruciale: se, infatti, la giurisprudenza la adotterà quale unico e vincolante parametro per verificare la sussistenza del requisito della gravità delle frodi IVA, l'art. 325 TFUE sarebbe difficilmente tacciabile di configurare, in concreto, una violazione dell'art. 25, cpv., Cost.³⁵; al contrario, qualora la predetta definizione fornita dalla Direttiva PIF fosse perlopiù ignorata e si ripiombasse nella precedente situazione di incertezza, non parrebbe azzardato pronosticare l'utilizzo, nel prossimo futuro, dell'arma (atomica?) dei "controlimiti" avverso la norma del Trattato.

5. Conclusioni

La Direttiva PIF è stata approvata a meno di due anni dalla pubblicazione della sentenza Taricco ma, tra tali eventi-spartiacque nel diritto dell'Unione, è possibile notare una sensibile differenza in ordine alle modalità adottate dalle due istituzioni al fine di implementare l'integrazione europea.

Infatti, con la pronuncia commentata, la CGUE si è resa facile bersaglio per la ricorrente (e, talvolta, strumentale) critica in ordine al "deficit di democraticità" che caratterizzerebbe l'UE: non è difficile rilevare come, nel caso di specie, l'unico obiettivo della Corte fosse stato quello di tutelare le finanze europee, senza la minima considerazione per i diritti e le garanzie individuali; adottando, così, un approccio politico, avulso dalle istanze che dovrebbero muovere un organo giudicante.

Se, dunque, la sentenza Taricco ha acuito le incertezze che già pervadevano le incriminazioni legate alle attività d'impresa e per le quali gli operatori del mercato sono sottoposti ad un continuo "rischio penale da posizione", la Direttiva PIF, al contrario, ha quantomeno tentato di rimediare agli elementi di ulteriore caos con cui la CGUE ha (poco opportunamente) ritenuto di gravare il sistema dei reati tributari.

In prospettiva politica criminale, tale attenzione del legislatore europeo per l'essenziale tutela della determinatezza della legge penale potrebbe costituire il primo accenno di una mutata consapevolezza nelle istituzioni europee in relazione al dovere di rappresentare anche gli interessi dei cittadini dell'Unione ed all'importanza di colmare l'avvertita (e perniciosa) distanza tra questi ultimi e la stessa UE.

Da ultimo, si ritiene che la "vicenda Taricco" possa essere valorizzata, non solo al fine di segnalare la (forse) crescente premura in ambito comunitario verso il rispetto delle garanzie individuali, ma anche, in un'ottica più generale, quale vicenda paradigmatica delle possibili criticità legate alle 'invasioni di campo' giurisprudenziali.

In particolare, occorre osservare come l'aver omesso di enucleare in modo chiaro il concetto di gravità delle frodi IVA parrebbe aver rappresentato, più che un'ulteriore forzatura della sentenza Taricco, la mera conseguenza di un limite intrinseco al potere giudiziale: sarebbe stato, cioè, del tutto inverosimile se il Giudice del Lussemburgo avesse avuto la pretesa di imporre una definizione di "gravità" in qualche misura assimilabile a quella prevista dall'art. 2, par. 2, della Direttiva PIF.

Al più, per agevolare l'interprete nell'individuazione dei reati "gravi" in frode alla riscossione dell'IVA, la CGUE avrebbe potuto – secondo lo schema poi adottato dalla giurisprudenza nazionale – indicare, allo scopo, una serie di parametri valutativi di carattere generico ed esemplificativo; tuttavia, quanto all'effettiva idoneità di una simile soluzione a rendere concretamente prevedibile la regola di cui all'art. 325 TFUE, – almeno stando alla menzionata

³⁴ Arresto che, come detto, ha nuovamente affidato ai giudici di merito la valutazione in ordine al rispetto del principio di determinatezza da parte dell'art. 325 TFUE.

³⁵ Come puntualmente sottolineato da MEZZETTI, *Diritto*, cit., 15 ss., la giurisprudenza, tanto della Corte Costituzionale, quanto della CEDU, è del tutto pacifica nel ritenere che il sindacato sulla determinatezza di una disposizione dovrebbe sempre essere operato in concreto, alla luce, cioè, di come la norma risulti a seguito dell'interpretazione giurisprudenziale. In tal senso, v., *ex plurimis*, Corte Cost., 18.7.1997, n. 247; Corte Cost. 18.3.1999, n. 69; Corte Cost., 13.1.2004, n. 5. Sul fronte della giurisprudenza di legittimità, cfr., su tutte, Cass. pen., Sez. Un., 20.9.2012, n. 36258. Infine, per la giurisprudenza di Strasburgo, v. CEDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 25.3.1993; CEDU, Gr. Ch., *Cantoni c. Francia*, 15.11.1996; CEDU, Gr. Ch., *Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia*, 8.7.1999.

Detti principi, peraltro, sono stati anche ribaditi dalla nota sentenza CEDU, Gr. Ch., *De Tommaso c. Italia*, 23.2.2017, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, fasc. 33/2017, con nota di VIGANO, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione*. Per ulteriori puntuali riflessioni sui rapporti tra la Corte di Strasburgo e il principio di determinatezza, cfr. DE BLASIS, *Oggettivo*, cit.

esperienza interna – sarebbe stato perlomeno lecito dubitare.

Insomma, si ha la sensazione di come, senza l'intervento (pur sollecitato dalla stessa sentenza Taricco) del legislatore europeo con la Direttiva PIF, la giurisprudenza, avviluppata su sé stessa, si stesse indirizzando verso un vicolo cieco.

La vicenda in commento, allora, potrebbe essere descritta come un caso fallito di creazione giurisprudenziale del diritto, da cui, però, sono anche sortiti degli effetti propulsivi tali da imporre una risposta innovativa da parte del legislatore europeo: la dialettica tra poteri ha così determinato il “divenire” (per dirla in termini hegeliani) del diritto.

In sintesi, se il rispetto del principio di prevedibilità³⁶ costituisce probabilmente l'unico argine concreto a quel fenomeno ormai pervasivo che venne definito come la trasformazione del reato in un “rischio sociale”³⁷, sorge spontaneo un interrogativo: per dare seguito ad una esigenza tanto cruciale nel diritto penale della contemporaneità, è davvero sufficiente un “dialogo (soltanto) tra corti” o una simile soluzione non rappresenta, più che altro, la mera utopia di un legislatore nazionale sempre più (colpevolmente) silenzioso³⁸?

³⁶ Sul quale non si può che rimandare al contributo di VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19.12.2016.

³⁷ Il riferimento è, naturalmente, all'opera di SCUBBI, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

³⁸ Emblematico (e francamente sconcertante), in tal senso, quanto accaduto con riguardo al delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione: nonostante che il richiamo da parte dell'art. 75, cpv., del d.lgs. n. 159 del 2011 alle prescrizioni (contenute nell'art. 8, co. 4, del medesimo decreto) dell'*honeste vivere* e del rispetto della legge sia stato dichiarato contrario al principio di legalità, non solo dal già citato intervento della CEDU, *De Tommaso c. Italia*, ma anche da un ancora più recente sentenza della Cass. pen., Sez. Un., 27.4.2017, n. 40076, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, il legislatore, con la l. n. 161 del 2017 di modifica del codice antimafia, ha ritenuto di non dover apportare alcuna modifica alla norma predetta.

Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno

The Concurrence of Mafia-Type Conspiracy and Drug Trafficking Conspiracy: Searching for a Rational Way to Fight the Phenomenon

EMANUELE BIRITTERI

Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa presso l'Università LUISS "Guido Carli"
emanuele.birritteri@gmail.com

ASSOCIAZIONE A DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO,
ASSOCIAZIONE FINALIZZATA AL TRAFFICO DI
STUPEFACENTI, CONCORSO APPARENTE DI NORME,
AUTOMATISMI SANZIONATORI

MAFIA-TYPE CONSPIRACY, DRUG TRAFFICKING CONSPIRACY,
APPARENT CONCURRENCE OF CRIMINAL PROVISIONS,
DUPLICATIONS OF SANCTIONS

ABSTRACT

Il lavoro analizza il tema dei rapporti tra le fattispecie associative di cui agli artt. 416-bis c.p. e 74 d.p.r. n. 309/90, sottoponendo a critica l'orientamento giurisprudenziale che riconosce pacificamente il concorso formale tra i due reati, così determinando un automatismo sanzionatorio in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Si evidenzia, in particolare, come l'applicazione di criteri di risoluzione del conflitto apparente di norme basati su giudizi di valore, anziché logico-strutturali, consentirebbe nella specie di addivenire a soluzioni più equilibrate sotto il profilo del *quantum* di pena da irrogare, oggi del tutto sproporzionato rispetto al disvalore concreto del fatto associativo in conseguenza dell'atteggiamento della giurisprudenza e delle scelte del legislatore.

The essay examines the connections between the crimes provided by arts. 416-bis c.p. and 74 d.p.r. n. 309/90, criticizing the case law of the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*) that usually considers these two crimes to be formally concurrent (*concorso formale di reati*), thus determining an automatic duplication of sanctions in breach of the substantial *ne bis in idem* principle.

In particular, the paper underlines how the application of value-based criteria to solve the issue of the apparent concurrence (*concorso apparente*) of criminal provisions, rather than logical and structural criteria, would allow to achieve more balanced solutions regarding the level of the penalty to be imposed, which today is completely disproportionate as compared to the concrete disvalue of the conspiracy because of Courts' attitude and legislative choices.

SOMMARIO

1. Premessa. 2. Il granitico indirizzo della giurisprudenza di legittimità: l'ennesimo ripiegamento nella "trincea" della specialità? 3. Una possibile interpretazione "dogmaticamente" orientata del principio di consunzione 4. Conclusioni e spunti per una riflessione *de iure condendo*.

1.

Premessa

Il traffico di stupefacenti rappresenta, ormai da decenni, una delle attività illecite più redditizie per la criminalità organizzata anche transnazionale¹.

Si tratta, invero, di un "mercato" criminale che garantisce profitti rapidi e particolarmente ingenti².

Il mediterraneo, in particolare, è da anni crocevia di questi traffici, in esso confluendo interessi criminali di matrice e origine diversa, ma con obiettivi comuni.

Un esempio per tutti. In una delle decisioni che si inseriscono nel filone giurisprudenziale che sarà oggetto di analisi è stata accertata in via definitiva l'esistenza di una vera e propria *joint ventures* criminale, tra famiglie mafiose palermitane e 'ndrine con sede operativa a Milano, per l'acquisto in Marocco e il successivo smercio di ingenti quantità di stupefacenti³.

Si tratta quindi di una prassi criminale multiforme ed in costante evoluzione.

Che le associazioni mafiose abbiano investito e puntato con decisione in tale settore è peraltro dato ben noto alle cronache⁴.

Il fenomeno, pertanto, necessita di una severa repressione. Severa repressione che però non può né dovrebbe mai giustificare risposte del tutto sproporzionate e irragionevoli da parte dell'ordinamento, seppure a fronte di realtà criminalità così allarmanti.

Il riferimento è a quell'orientamento giurisprudenziale che – come si vedrà – da anni riconosce pacificamente l'ammissibilità di un concorso formale tra associazione di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti. E ciò quandanche ci si trovi di fronte ad un unico sodalizio criminale, operante sulla base di uomini, mezzi, logiche, organizzazione e strutture del tutto identiche⁵.

Già ad un primissimo approccio al problema, ben si comprende come a venire in rilievo siano principi basilari del nostro ordinamento penalistico. Risponde al senso comune, prima ancora che a quello giuridico, del resto, la considerazione per cui ritenere configurabili, in presenza di unico soggetto collettivo criminale, due reati associativi sia operazione che, quanto meno, imponga qualche riflessione circa il necessario rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale. In nessun caso, difatti, si dovrebbe poter accedere a meccanismi di automatica

¹ Per una compiuta analisi delle fattispecie incriminatrici in tema di traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope si vedano: PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti: profili penali*, Padova, 1994; AMATO, *Stupefacenti, teoria e pratica*, Roma, 2006; AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, INSOLERA, MANES (a cura di), Milano, 2012; CAPUTO, FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, (diretto da) PALAZZO, PALIERO, Torino, 2012; TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti: il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali e sostanziali*, Milano, 2015; GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017.

² A riguardo si veda il *World Drug Report* del 2017 dell'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*). Il testo integrale del rapporto – che contiene un'analisi dettagliata delle caratteristiche e delle prospettive dei mercati criminali internazionali della droga – può essere consultato sul sito ufficiale dell'UNODC, in [questa pagina web](#).

³ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 maggio 2005, n. 35034, Lo Nigro, in *C.E.D. Cass.*, n. 232574. La Suprema Corte, in particolare, ha rigettato i ricorsi avverso la sentenza della Corte di appello di Palermo che aveva rilevato come "...gli esponenti della famiglia mafiosa di Brancaccio avevano costituito insieme ad alcuni boss della 'ndrangheta calabrese residenti a Milano, una vera e propria associazione avente ad oggetto un indeterminato e stabile programma criminoso per l'acquisto in Marocco e il successivo smercio di sostanze stupefacenti, anche in quantità ingenti e per la realizzazione di una raffineria per la lavorazione della cocaina; il tutto in presenza di un'organizzazione di persone e mezzi idonea alla realizzazione della comune attività criminosa, con una ben precisa ripartizione di compiti".

⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *World Drug Report 2017*, cit.: Booklet 5, *The drug problem and organized crime, illicit financial flows, corruption and terrorism*, 19. In tale sezione del rapporto, in particolare, si evidenzia che "...despite the transformations in recent decades and a trend towards crime diversification, the drug market continues to play a key role in organized crime activities. In Europe, illicit drugs not only constitute the single largest organized crime market, but also a market that shows a high degree of both collaboration and competition between organized crime groups across national, linguistic and ethnic divisions".

⁵ Da ultimo, in particolare, si veda Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, P.M. in proc. Corso, in *C.E.D. Cass.*, n. 258163. Anche in tale occasione, infatti, la Corte ha confermato il proprio costante orientamento in base al quale "...i reati di associazione per delinquere, generica o di stampo mafioso, concorrono con il delitto di associazione per delinquere dedita al traffico di sostanze stupefacenti, anche quando la medesima associazione sia finalizzata alla commissione di reati concernenti il traffico degli stupefacenti e di reati diversi".

duplicazione della sanzione penale per un medesimo ed unico fatto (in tal caso, associativo)⁶.

Vediamo dunque di analizzare più in profondità il menzionato indirizzo applicativo al fine di verificare se, quella percorsa dalla giurisprudenza, sia davvero una strada necessitata.

2. Il granitico indirizzo della giurisprudenza di legittimità: l'ennesimo ripiegamento nella "trincea" della specialità?

La Corte di Cassazione, come anticipato, riconosce pacificamente la configurabilità di un concorso formale tra i due reati associativi in parola⁷. E ciò sulla base di due fondamentali ragioni.

La prima è che ci si trova di fronte a due disposizioni che, da un punto di vista strutturale, si trovano in un rapporto di specialità reciproca, circostanza che, secondo il costante orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, esclude l'applicabilità dell'art. 15 del codice penale e, quindi, la prevalenza di una delle due disposizioni sull'altra⁸.

Trattasi del resto di considerazione ineccepibile se si procede (e potremmo dire, anticipando alcune conclusioni, se ci si limita) ad un confronto logico-strutturale tra le due norme.

Non può in effetti non riconoscersi al riguardo come il reato di cui all'art. 416-bis c.p. contenga l'elemento specializzante del metodo mafioso rispetto all'associazione prevista dall'art. 74 del d.p.r. 309 del '90, mentre quest'ultima disposizione preveda, rispetto alla prima, quello relativo alla particolare natura (chiusa) dei reati-fine del sodalizio criminale, che devono essere necessariamente quelli previsti dallo stesso Testo Unico sugli stupefacenti⁹.

La seconda (invero meno convincente) argomentazione fa invece leva sulla parziale diversità delle oggettività giuridiche delle due disposizioni, essendo nel primo caso tutelato l'ordine pubblico messo in pericolo dalle situazioni di assoggettamento e omertà derivanti dalla forza di intimidazione dell'organizzazione criminale mafiosa, mentre nel caso dell'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti accanto a siffatto bene – comune a tutte le fattispecie associative – a rilevare è altresì la protezione della salute individuale e collettiva, minacciata dalla diffusione di droghe e sostanze psicotrope¹⁰.

⁶ Il tema oggetto del presente scritto, va detto, non sembra aver suscitato diffuso interesse in dottrina. Tra i pochi autori che se ne sono occupati si vedano: MEZZETTI, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative*, in AA.Vv., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 227 ss.; MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309): un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in AA.Vv., *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità, Atti del seminario tenutosi a Pisa, il 20-21 giugno 2014*, MORGANTE (a cura di), Torino, 2015, 227 ss.

⁷ In tal senso si vedano, in particolare: Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 563, Viscido, in *C.E.D. Cass.*, n. 265762; Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, P.M. in proc. Corso, in *C.E.D. Cass.*, n. 258163; Cass. Pen., Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 17702, Di Lauro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247059; Cass. Pen., Sez. U., 25 settembre 2008, n. 1149, Magistris, in *Cass. pen.*, 2009, 6, 2278 ss., con nota di RUGGIERO, *I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei "collaboratori di giustizia"*; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 12349, Angioletti, in *Cass. pen.*, 2008, 11, 4294 ss., con nota di AMATO, *Configurabilità del concorso tra associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e associazione di tipo mafioso*; Cass. pen., Sez. VI, Lo Nigro, cit.; Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 2005, n. 21956, Laraspata, in *C.E.D. Cass.*, n. 231972; Cass. pen., Sez. I, 20 dicembre 2004, n. 2612, P.M. in proc. Tomasi, in *C.E.D. Cass.*, n. 230450; Cass. pen., Sez. V, 29 novembre 1999, n. 5791, Aparo, in *C.E.D. Cass.*, n. 215257; Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 1997, Calabrò, in *C.E.D. Cass.*, n. 208883; Cass. pen., Sez. I, 29 settembre 1994, n. 4094, Tudisco, in *C.E.D. Cass.*, n. 199791.

⁸ Da ultimo, sul punto, si è pronunciata Cass. pen., Sez. U., 23 febbraio 2017, n. 20664, Stalla, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 344 ss., con nota di FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità: le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*. In tale decisione la Suprema Corte ha invero ribadito come "...nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 cod. pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore". In senso conforme, pur con (lievi) differenti sfumature concettuali, *ex multis*, si vedano: Cass. pen., Sez. U., 22 giugno 2017, n. 41588, La Marca, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, p. 173 ss., con nota di SERRA, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*; Cass. pen., Sez. U., 28 ottobre 2010, n. 1963, P.M. in proc. Di Lorenzo, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7 848 ss., con nota di VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni, convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*.

⁹ Tale ricostruzione sul punto registra diffusi consensi anche in letteratura. In argomento, in particolare, si vedano, tra gli altri: TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 233 ss., il quale evidenzia come si tratti di una "...situazione un po' anomala, dovuta forse a una carenza di coordinamento tra legge antimafia e legge sugli stupefacenti"; LOMBARDI, *Rapporti con altre figure di reato*, in AA.Vv., *Le associazioni di tipo mafioso*, ROMANO (a cura di), Milanofiori Assago, 2015, 287 ss., la quale tuttavia evidenzia come occorra distinguere "...il caso in cui il traffico di stupefacenti costituisca il fine dell'associazione mafiosa e venga esercitato all'interno dell'unico sodalizio, mafioso e dedito al narcotraffico, dal caso in cui vi sia un apparato autonomo, sia pure inserito all'interno dell'organismo criminale mafioso e ad esso collegato, volto sistematicamente al narcotraffico. Nel primo caso, il delitto di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309/1990 è assorbito nel reato di cui all'art. 416 bis c.p.; nel secondo caso, i componenti del gruppo dedito al narcotraffico che partecipano all'associazione mafiosa, nonché coloro che, all'interno del sodalizio mafioso, gestiscono il narcotraffico, dovranno rispondere di entrambi i reati"; BORRELLI, sub art. 416-bis c.p., in AA.Vv., *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, LATTANZI-LUPO (a cura di), Milano, 2010, 205.

¹⁰ Sul punto si veda, su tutte, Cass. pen., Sez. II, Laraspata, cit.

Nel delineare poi i requisiti (oggettivi e soggettivi) di partecipazione a entrambe le associazioni in questione, peraltro, la Cassazione ha offerto ulteriori spunti.

In alcune decisioni, ad esempio, si afferma che laddove un soggetto inserito in un determinato contesto criminale si occupi esclusivamente del traffico di sostanze stupefacenti, affinché egli risponda non solo dell'illecito associativo di cui all'art. 74 del T.U. in materia di stupefacenti, ma anche del reato di associazione di stampo mafioso, è sufficiente la mera consapevolezza che il traffico di sostanze psicotrope è gestito dall'associazione mafiosa, in quanto ciò contribuirebbe causalmente alla realizzazione di una delle finalità tipiche del predetto sodalizio¹¹.

In tal caso, oltre ai predetti profili di frizione con il canone del *ne bis in idem* sostanziale, bisognerebbe quantomeno riflettere sulla sostenibilità di una simile impostazione se letta alla luce del principio di colpevolezza, qui imputandosi l'effettiva partecipazione ad un ulteriore sodalizio sulla base della mera conoscenza dell'esistenza di legami e collegamenti esterni tra la struttura criminale in cui si presta la propria opera illecita e un sodalizio mafioso¹².

Si prescinde, dunque, dal compiere qualunque accertamento circa la sussistenza dei requisiti oggettivi di partecipazione al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.¹³

La stessa giurisprudenza di legittimità, infatti, distingue al riguardo da tempo la figura del partecipe all'associazione mafiosa – individuato nel soggetto organicamente inserito nella struttura associativa dell'ente criminale e dotato di una vera e propria *affectio societatis* – da quella del mero concorrente esterno che fornisca un contributo di effettiva rilevanza causale alla conservazione o al rafforzamento del sodalizio¹⁴.

La situazione concreta al centro di tali decisioni, quindi, sembrerebbe al più richiamare – almeno in astratto – il ben noto e diverso schema del concorso eventuale nella fattispecie associativa¹⁵.

Ad ogni modo, la validità di una simile ricostruzione sembra trovare ostacolo, come si è detto, nella fondamentale circostanza che nelle ipotesi considerate dalle sentenze in questione i gradi di merito avevano accertato l'esistenza di un unico sodalizio criminale.

Il punto decisivo, quindi, rimane, in realtà, sempre lo stesso: la presenza di un'unica organizzazione, che sembrerebbe reclamare il riconoscimento in capo ai soggetti coinvolti di un solo reato associativo.

In altre decisioni, peraltro, nonostante vi fossero spazi per argomentare la sussistenza di un concorso materiale tra i due reati in questione, la giurisprudenza di legittimità ha riproposto lo schema del concorso formale tra le fattispecie malgrado le emergenze processuali suggerissero la presenza di diversi sodalizi, operanti sulla base del meccanismo organizzativo delle c.d. piazze di spaccio¹⁶.

Il fenomeno, in particolare, si sostanzia nella presenza di quella che può definirsi una *holding* mafiosa che coordina e controlla un vasto territorio, all'interno del quale operano dei sottogruppi che gestiscono lo spaccio in località ristrette e con un'organizzazione largamente autonoma, nonché con strutture e mezzi (anche finanziari) diversi, pur rispondendo sempre agli indirizzi della capo-gruppo¹⁷.

¹¹ Così Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 36692, Abbrescia, in *C.E.D. Cass.*, n. 253892. In senso conforme si veda anche Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2009, n. 4651, in *Cass. pen.*, 2010, 12, 4367 ss., con nota di LA GRECA, *L'associazione criminale "al quadrato": la responsabilità dei soggetti operanti nel comparto di produzione e traffico di droga dell'impresa mafiosa*.

¹² In argomento si veda anche MILONE, *L'associazione*, cit., 251, la quale evidenzia come nella specie si sia di fatto ammesso un automatismo "...che trascura l'eterogeneità dei vincoli associativi [...] e considera immanente nella generica consapevolezza di svolgere un'attività controllata da un sodalizio mafioso – a prescindere dalla prova di un accordo a tal fine – la partecipazione allo stesso".

¹³ In letteratura sul delitto in parola si vedano, oltre agli autori già citati: BARILLARO, *Il reato di associazione mafiosa*, Milano, 2011; RIONDATO-FORNASARI (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017; SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993.

¹⁴ In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 18 giugno 2014, n. 33885, Marcello, in *C.E.D. Cass.*, n. 260178. In letteratura, sul tema del concorso eventuale nell'associazione mafiosa, diffusamente v.: MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995; PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.Vv., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, PELISSERO (a cura di), Torino, 2010, 299 ss.; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale: raccolta di scritti*, Torino, 2014.

¹⁵ Sul punto anche MILONE, *L'associazione*, cit., 251, la quale tuttavia pone in luce come sia imprescindibile, per poter argomentare nella specie la sussistenza del c.d. concorso esterno, accertare l'effettiva rilevanza del contributo, dovendosi escludere l'applicazione dell'istituto allorché il ruolo del soggetto impegnato nel traffico di stupefacenti sia meramente "fungibile" nell'ambito del sodalizio mafioso.

¹⁶ Così Cass. pen., Sez. I, Di Lauro, cit. Nel procedimento penale in questione, invero, i gradi di merito avevano accertato la presenza di diversi sottogruppi criminali che gestivano con una certa autonomia diverse "piazze di spaccio" nel napoletano.

¹⁷ In tal senso MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 229. L'autore evidenzia come in questi casi "...l'apparato strutturale delle organizzazioni criminali si attinga in modo simile a quello di un gruppo societario".

In tal caso la soluzione non ci sembra dover essere quella del concorso formale, essendovi due gruppi criminali pienamente distinguibili, il che giustificherebbe il riconoscimento di un concorso materiale tra i due reati nei confronti (beninteso) di quei soggetti che facciano parte di entrambe le associazioni.

Ciò nonostante la Cassazione è giunta nelle decisioni in questione a un approdo che, seppur di segno corretto, appare muovere da erronee premesse teoriche, acriticamente recependosi gli indirizzi tramandatisi nel tempo, senza che il Giudice di legittimità approfondisse i profili dogmatici che pure emergevano nelle fattispecie oggetto di giudizio¹⁸.

Non mancano del resto decisioni ove si è riconosciuto il concorso anche tra associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e l'associazione a delinquere c.d. "semplice" prevista dall'art. 416 del codice penale.

Si è detto in particolare che, laddove il sodalizio illecito sia costituito e effettivamente operi al solo fine di commettere reati in materia di stupefacenti, la norma di cui all'art. 74 del testo unico si pone come norma speciale rispetto all'associazione per delinquere semplice e risulterà in effetti l'unica configurabile in virtù dell'applicabilità, nel caso di specie, del principio di specialità *ex art. 15 c.p.* Nelle ipotesi in cui, invece, si costituisca un sodalizio finalizzato alla commissione sia di reati in materia di stupefacenti che di figure criminose diverse a trovare applicazione sarà non solo l'art. 74, ma anche l'art. 416 c. p.

E ciò, a giudizio della Cassazione, in considerazione di "*quell'ulteriore evento giuridico, le-sivo del bene tutelato, ravvisabile nella costituzione di una seconda situazione di pericolo, autonomamente [riscontrabile] con riferimento [...] all'indeterminatezza del programma criminoso e all'esistenza di una struttura organizzativa adeguata allo scopo che "...ponendosi quali elementi che rientrano nella previsione di carattere generale, si sottraggono a quella speciale e, perciò, sfuggono, alla disposizione dell'art. 15 cod. pen.*"¹⁹.

Basterebbe, dunque, tale ulteriore mera finalità psicologica a giustificare l'attribuzione in capo agli agenti di un secondo reato (fatto) associativo che potrebbe anche non trovare riscontro nella oggettiva realtà empirica, essendo legittima tale contestazione, secondo la giurisprudenza di legittimità, anche qualora si sia in presenza di un unico (e mai "duplicatosi") nucleo criminale.

In altre decisioni, infine, si è riconosciuta non soltanto l'ammissibilità di un concorso tra associazione mafiosa e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, ma si è ritenuta configurabile, rispetto a quest'ultima fattispecie, anche l'aggravante di cui al nuovo art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p.²⁰, laddove si operi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. anche nella concreta gestione del traffico di droga²¹.

In tal caso, le distorsioni applicative dell'indirizzo in commento si manifestano in tutta la

¹⁸ Cass. pen., Sez. I, Di Lauro, cit. Al riguardo, peraltro, in alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità si riscontra una certa imprecisione concettuale, essendosi predicata la configurabilità di un concorso materiale, tra gli artt. 416-*bis* c.p. e 74, d.p.r. n. 309/1990, in presenza di un'unica organizzazione criminosa, riconducendosi le diverse condotte partecipative "*...a due aspetti diversi della realtà fenomenica, sicché il singolo soggetto ben può far parte del sodalizio mafioso ma restare escluso dall'attività criminosa nel campo degli stupefacenti, ovvero occuparsi di tale settore ma restare al di fuori non solo degli altri campi di azione del "clan", ma dallo stesso metodo mafioso*": così Cass. pen., Sez. II, 22 marzo 1996, n. 10469, P.M. in proc. Arena, in *C.E.D. Cass.*, n. 206493. In senso conforme si veda anche Cass. pen., Sez. II, 10 novembre 2000, n. 13151, Gianfreda, in *C.E.D. Cass.*, n. 218599. Tale orientamento, invero, pur apprezzabile sotto il profilo della necessità di procedere a distinti accertamenti per verificare la partecipazione di un singolo ad entrambi i sodalizi – rifuggendo quindi sul punto da qualunque automatismo – appare criticabile rispetto all'impossibilità di argomentare la sussistenza di un concorso materiale in presenza di un'unica condotta associativa, dovendo necessariamente porsi in tali casi il diverso tema della sussistenza di un concorso formale di reati, piuttosto che di un concorso apparente di norme.

¹⁹ Così Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 1995, n. 11413, Montani, in *C.E.D. Cass.*, n. 203643. In argomento si veda anche Cass. pen., Sez. VI, P.M. in proc. Corso, cit. In tali ipotesi, tuttavia, per le medesime ragioni che si diranno più avanti, sembrerebbe dover applicarsi il solo reato di cui all'art. 74 del d.p.r. n. 309 del 1990.

²⁰ Con il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 – recante "*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*" – il legislatore, invero, ha abrogato gli artt. 7 e 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, "trasferendone" il contenuto in un'unica norma del codice penale – l'art. 416-*bis*.1 – rubricata "*Circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose*".

²¹ In tal senso si veda Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 2016, n. 9956, in *C.E.D. Cass.*, n. 269715. La decisione in parola ha cassato la sentenza con cui diversi affiliati ad un unico clan camorristico (Vanella Grassi) sono stati giudicati responsabili di entrambe le fattispecie associative in parola, con l'aggravante di cui all'ex art. 7 del d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p.) rispetto al delitto di cui all'art. 74 d.p.r. 309/1990, per aver esercitato il metodo mafioso "*...nell'acquisizione delle "piazze di spaccio", nelle modalità del controllo della gestione del traffico della droga, nella finalità di avvantaggiare l'associazione camorristica egemone nella costituzione di un monopolio dello spaccio nonché nella partecipazione ai relativi utili di detto gruppo criminale, che assicurava protezione dalle pretese di organizzazioni contrapposte*". Sul punto si veda anche Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2014, n. 1783, P.M. in proc. Barilari, in *C.E.D. Cass.*, n. 262093. La decisione risulta invero apprezzabile sotto il profilo dell'esclusione di ogni automatismo nell'accertamento della sussistenza dell'aggravante in parola, essendosene esclusa la ricorrenza nella specie nell'impossibilità di fare esclusivo riferimento al riguardo al modello "*...di funzionamento interno del sodalizio o alla [n.d.r. mera] presenza nello stesso di soggetti partecipi anche ad una organizzazione di tipo mafioso*".

loro evidenza.

Non si comprende, invero, come la contestazione (ai partecipi del sodalizio finalizzato al traffico degli stupefacenti) dell'essersi avvalsi della forza di intimidazione del vincolo mafioso – e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano – non sia ritenuta assorbita dall'integrazione del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., trattandosi di due reati associativi che, già a livello astratto, presentano le medesime caratteristiche oggettive²².

Considerata l'omogeneità strutturale di base tra le due fattispecie, quindi, la reputata configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p. ci pare risolversi in un illegittimo automatismo sanzionatorio legato a una modalità oggettiva dell'agire del soggetto collettivo criminale la quale, come appena rilevato, secondo la giurisprudenza di legittimità, rappresenta a ben vedere proprio quell'elemento specializzante in grado di aprire la strada all'integrazione dell'art. 416-*bis* che, in sua assenza, non avrebbe trovato applicazione.

Davvero problematico è allora l'esito di un simile ragionamento: nei casi in cui il sodalizio finalizzato al traffico di stupefacenti operi anche con le metodologie descritte dal delitto di associazione mafiosa a trovare applicazione sarà una sorta di duplice sanzione di "mafiosità" (art. 416-*bis* e art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p.) per il mero – e, in alcuni casi, medesimo – fatto tipico associativo²³.

3. Una possibile interpretazione "dogmaticamente" orientata del principio di consunzione

L'analisi sin qui compiuta mette a nudo le criticità di un orientamento che, in presenza di un'unica impresa criminale, pacificamente riconosce il concorso formale tra i due reati sulla base di premesse teoriche assunte al grado di veri e propri dogmi incontestabili.

Ed invece il rischio di violazione del basilare canone del *ne bis in idem* sostanziale – principio che risponde a fondamentali esigenze di equità e certezza del diritto – emerge in modo particolarmente chiaro nell'ipotesi qui in esame²⁴.

Sembrirebbe quantomeno doveroso, pertanto, vagliare la praticabilità di soluzioni ermeneutiche in grado di condurre a esiti più equilibrati e maggiormenti in linea con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

In particolare, se, come si anticipava, non pare possibile individuare un rapporto di prevalenza strutturale tra i due reati associativi predetti (in virtù del loro rapporto di specialità reciproca)²⁵, l'applicabilità di criteri di risoluzione del conflitto apparente di norme basati su giudizi di valore, anziché su profili di carattere logico-strutturale, potrebbe consentire di individuare una risposta maggiormente razionale al pur grave fenomeno criminale associativo in questione.

Non è ovviamente questa la sede per una puntuale ricostruzione delle complesse questioni

²² Sul quest'ultimo punto si veda, per tutte, Cass. pen., Sez. VI, Montani, cit. Evidenzia invero la Corte come "...il reato associativo si caratterizza per tre elementi fondamentali, costituiti: a) da un vincolo associativo tendenzialmente permanente, o comunque stabile, destinato a durare anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati; b) dall'indeterminatezza del programma criminoso, che distingue tali reati dall'accordo che sorregge il concorso di persone nel reato, indeterminatezza che non viene meno per il solo fatto che l'associazione sia finalizzata esclusivamente alla realizzazione di reati di un medesimo tipo o natura, giacché essa attiene al numero, alle modalità, ai tempi, agli obiettivi dei delitti integranti eventualmente anche un'unica disposizione di legge, e non necessariamente alla diversa qualificazione giuridico-penalistica dei fatti programmati; c) dall'esistenza di una struttura organizzativa, sia pur minima, ma idonea, e soprattutto adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira".

²³ In argomento anche MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 237.

²⁴ Sul punto, nella manualistica, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milanofiori Assago, 2017, 469. In letteratura si veda quanto evidenziato in argomento da CAVALIERE, sub. art. 416 c.p., in AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, MOCCHIA (a cura di), Napoli, 2007, 338, secondo cui il principio del *ne bis in idem* sostanziale "...appare riconducibile al principio costituzionale di proporzione e, in diritto penale, anche al principio di personalità della responsabilità penale ed alla funzione costituzionale della pena: una doppia punizione dello stesso fatto risulta, infatti, in evidente contrasto con la funzione rieducativa della pena e con esigenze di orientamento dei consociati, e può essere ricondotta soltanto a prospettive di mera strumentalizzazione del reo [...] in chiave di deterrenza".

²⁵ Sul punto si vedano MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI ed., Milano, 2017, 521, 522. Evidenziano invero gli autori come appaia fallace "...la pretesa di ricondurre alla disciplina dell'art. 15 c.p. le ipotesi di c.d. specialità reciproca (o bilaterale): cioè i casi in cui due norme descrivono fatti di reato che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presentano elementi speciali ed elementi generali rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra [...] infatti "...anche ammesso che in casi di questo genere possa ancora parlarsi di specialità, risulta pressoché impossibile individuare, sul terreno dei rapporti strutturali tra figure astratte di reato, un criterio plausibile per stabilire quale sia la norma speciale che deve prevalere sull'altra: e in effetti i criteri indicati dai fautori della specialità reciproca (ad es. quello del maggior numero degli elementi specializzanti) appaiono apodittici e/o impraticabili".

teoriche sollevate dallo studio del concorso apparente di norme²⁶, vero e proprio nodo gordiano della scienza penalistica che, per usare le parole di Antolisei, ha costituito “un’arena di più o meno eleganti esercizi di ginnastica intellettuale, di virtuosismi accademici, di ragionamenti nebulosi e inafferrabili”²⁷.

Ciò nonostante si può ipotizzare qualche soluzione.

Sotto un primo profilo, sembra doversi escludere l’applicabilità nel caso di specie del c.d. principio di sussidiarietà, presupponendo lo stesso un’identità di beni tutelati tra le norme in conflitto²⁸ che, nella specie, non è riscontrabile, essendo parzialmente diverse le oggettività giuridiche delle due disposizioni, ciascuna delle quali in sé non può contenere integralmente l’altra. E ciò malgrado si riscontri – come si vedrà – un nucleo comune costituito dalla tutela dell’ordine pubblico.

Una alternativa, però, potrebbe essere offerta dal c.d. criterio di consunzione.

Tale criterio, va detto, è principalmente ricondotto, come evidenza autorevole dottrina, alle ipotesi in cui “...la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione consuma e assorbe in sé l’intero disvalore del fatto concreto”, richiamandosi, in particolare, la figura del reato complesso²⁹.

Un’ipotesi, dunque, strutturalmente diversa da quella in analisi, non essendo l’agire associativo con metodo mafioso sempre e necessariamente funzionale alla costituzione anche di un’organizzazione criminale finalizzata alla commissione di reati in materia di stupefacenti, né (e soprattutto) viceversa la costituzione di quest’ultima associazione ha come sbocco necessario, secondo l’*id quod plerumque accidit*, l’istituzione di un’impresa mafiosa. Ciò, almeno in astratto, perché la prassi e l’esperienza concreta insegnano che difficilmente si osserverà un’associazione mafiosa non impegnata anche nel traffico di stupefacenti.

Altra autorevole dottrina ha invece ricostruito in termini parzialmente differenti il principio di consunzione, ritenendolo operante in quelle ipotesi in cui tutto il disvalore penale del fatto in concreto si accentra in una sola delle norme che concorrono.

Esso si basa sul fondamentale canone di giustizia del *ne bis in idem* sostanziale, per cui nessuno può essere “...punito più volte per lo stesso contenuto sostanziale di illecito”, e su un criterio non logico, ma di valore, in virtù del quale preverrà sempre la norma che prevede il reato più grave³⁰.

Si deve innanzitutto far riferimento, quindi, non tanto o non soltanto alla “...stretta identità naturale del fatto” (che pure nelle ipotesi predette sarebbe ravvisabile essendovi un unico fatto associativo), ma all’identità normativa del fatto concreto “...rispetto ai fini dell’ordinamento”, al modo cioè normale di verificarsi del reato (il c.d. illecito sostanziale) che “...guida il legislatore nello stabilirne il regime penale”³¹. La consunzione, inoltre, in base all’impostazione in parola potrebbe operare anche nelle circostanze in cui vi sia uno sviluppo di violazioni omogenee³².

E in effetti nelle fattispecie analizzate potrebbero riscontrarsi entrambi gli elementi descritti. Appartiene invero al normale modo di atteggiarsi del reato di associazione mafiosa che esso si ‘proietti’ verso la commissione di reati in materia di stupefacenti. Allo stesso modo, può costituire un normale sviluppo dell’ipotesi di cui al menzionato art. 74 che detta associazione operi con metodo mafioso per acquisire il controllo di determinati mercati criminali.

L’esperienza, infatti, insegna che in determinate zone ad alta densità mafiosa è sostanzialmente impossibile esercitare un ruolo di rilievo nello spaccio di stupefacenti senza avvalersi di una struttura associativa che presenti gli elementi descritti dall’art. 416-bis del codice penale³³.

Ma al di là di tale considerazione che, guardando alla realtà fenomenica, si esporrebbe alle

²⁶ In letteratura sul punto si vedano: MORO, *Unità e pluralità di reati: principi*, Padova, 1951; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; DE FRANCESCO, *Specialità ed interferenze nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974; PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale: contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

²⁷ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 261.

²⁸ In argomento, su tutti, si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 463 ss.

²⁹ In tal senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 527. In argomento si vedano anche MASERA, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, CASSESE (diretto da), Milano, 2006, p. 1163 ss.; PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, p. 508 ss.

³⁰ In tal senso PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1392.

³¹ Così PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., 1392 ss. In termini parzialmente corrispondenti sul punto v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2014, 723, i quali fanno riferimento al concetto di “...unitarietà normativo-sociale del fatto”.

³² V. PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., 1394.

³³ Per un approfondimento dei profili storici e criminologici si vedano: ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa: profili giuridici e storico-criminologici*, Bari, 2006; APOLLONIO (a cura di), *La mafia e “le” mafie: percorsi e geografie del crimine organizzato*, Lecce, 2013.

obiezioni di regola mosse a quei criteri che non risultano suscettibili di applicazione in una serie indeterminata di ipotesi, ciò che ci sembra contare di più è che, laddove in concreto ci si trovi, come nelle ipotesi analizzate, in presenza di un unico sodalizio criminale, entrambi i fatti descrivono una violazione sostanzialmente omogenea (un unico fatto associativo con le medesime caratteristiche oggettive) rispetto al nucleo centrale comune degli interessi tutelati, costituito dal bene giuridico dell'ordine pubblico³⁴.

Tale interpretazione del principio di consunzione potrebbe consentire nei casi in questione di ritenere configurabile un unico reato associativo e in particolare, in base al criterio di cui si tratta, quello punito più gravemente, ovvero sia l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti.

Sia nel caso della partecipazione semplice, che nel caso della partecipazione c.d. qualificata di promotori ed organizzatori del sodalizio, infatti, il delitto di cui all'art. 74 risulta essere più gravemente punito, prevedendosi rispettivamente la reclusione non inferiore a dieci anni, nel primo caso, e non inferiore a venti, nel secondo, modulandosi il massimo edittale secondo quanto previsto dalla disposizione generale di cui all'art. 23 c.p.

All'evidenza, si tratta di un trattamento sanzionatorio di gran lunga più severo di quello riservato all'associazione mafiosa, ove sono previste pene, per la mera partecipazione e per quella qualificata, che vanno da dieci a quindici anni di reclusione nel primo caso, e da dodici a diciotto nel secondo. Situazione che non muta, peraltro, laddove il sodalizio sia armato.

A prevalere dunque sarebbe il reato di associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti che, senza alcun dubbio, costituisce il delitto più severamente punito, eventualmente aggravato dall'essersi il sodalizio avvalso delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. – interpretazione ammissibile in base al disposto letterale art. 416-bis.1, comma 1, c.p., che fa riferimento a qualunque delitto punito “...con pena diversa dall'ergastolo” – ferma restando, ovviamente, la contestabilità dei vari reati-scopo posti in essere dal sodalizio, anch'essi in caso aggravati ai sensi della disposizione appena richiamata³⁵.

Come recentemente riconosciuto dalla Cassazione, del resto, la c.d. aggravante mafiosa è di natura oggettiva in quanto attiene ad una modalità dell'azione, sicché essa si comunica a tutti i concorrenti nel reato³⁶.

Tale soluzione sembra essere l'unica praticabile per garantire l'effettivo rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Nonostante, infatti, il Giudice di legittimità abbia espressamente sancito l'inapplicabilità dei cc.dd. criteri di valore nelle ipotesi in analisi, in quanto le due disposizioni realizzerebbero due diversi eventi di pericolo che “...non si pongono in rapporto di graduazione di dignità e gra-

³⁴ Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass., Sez. U., Magistris, cit., 26), del resto, riconoscono come la tutela “...dell'ordine pubblico [sia] una finalità tipica di tutti i delitti associativi”.

³⁵ Giunge alle medesime conclusioni, pur attraverso un percorso argomentativo parzialmente differente, LA GRECA, *L'associazione criminale “al quadrato”*, cit., la quale evidenzia altresì (l'irragionevolezza) della mancanza di qualunque coordinamento tra le pene stabilite dal legislatore per i due reati associativi in questione. Argomenta invece la prevalenza del solo art. 416-bis, quale norma contenente il maggior numero di elementi specializzanti, MILONE, *L'associazione*, cit., 250 ss., ritenendo pertanto il criterio strutturale della specialità reciproca – rapporto tra i due delitti sussistente in parte per aggiunta e in parte per specificazione – idoneo a risolvere il conflitto apparente tra le due norme in discorso. Si evidenzia altresì, tuttavia, come “...alle medesime conclusioni favorevoli alla necessità di applicare il concorso apparente di norme [...] può giungersi ricorrendo, in luogo del criterio strutturale, al criterio di valore dell'assorbimento, dal momento che, in presenza di un'“unitarietà normativa-sociale” del fatto associativo [...] pare inevitabile ritenere assorbito il disvalore del fatto concreto nella fattispecie che sanziona il reato più grave” per cui, si spiega, nella specie “...potrebbe propendersi per la prevalenza dell'art. 74 T.U. Stup.” dovendosi accogliere una “...interpretazione delle fattispecie associative che valorizzi come fulcro del disvalore l'elemento strutturale dell'organizzazione, più che la specifica tipologia dello scopo delittuoso”. Riconduce altresì alla specialità reciproca il rapporto tra le due norme, tuttavia applicando come criterio di prevalenza quello della sanzione più grave, MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 241 ss., il quale evidenzia, conseguentemente, come “...nell'ipotesi in esame, dovrebbe dunque ragionevolmente ritenersi prevalere la fattispecie di cui all'art. 74 D.P.R. 309/90, che verrebbe ad assorbire anche il disvalore sotteso alla previsione dell'art. 416-bis c.p. tanto nell'ipotesi di partecipazione qualificata, quanto in quella di partecipazione semplice”. L'Autore rileva altresì come nella specie i delitti-fine eventualmente commessi dall'associazione potrebbero ritenersi aggravati “...ai sensi dell'art. 7 l. 203/91 qualora le condotte ivi descritte siano state poste in essere avvalendosi, in concreto, della carica intimidatoria e dello stato di assoggettamento e di omertà che ne derivano”. Si evidenzia, tuttavia, come non si possa imputare tale aggravante con riferimento al mero reato associativo giacché “...la sua funzione è quella di sanzionare l'effettivo ricorso al metodo mafioso nei singoli episodi criminali posti in essere dagli affiliati”. Propendono invece per il concorso formale tra i due delitti, in adesione al granitico indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato: AMATO, *Configurabilità del concorso*, cit.; CAVALIERE, sub. art. 416 c.p., cit., 846, il quale tuttavia evidenzia l'irragionevolezza delle scelte sanzionatorie del legislatore il quale ha previsto pene “...sproporzionatamente severe” per il reato di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, considerando tale delitto più grave “...della realizzazione di atti di intimidazione collettiva che possono essere finalizzati, eventualmente, anche a commettere delitti in materia di stupefacenti”. L'autore rileva infine come tra i due reati possa riconoscersi il vincolo della continuazione, ove ne sussistano i presupposti.

³⁶ In tal senso si veda Cass. pen., Sez. II, 24 novembre 2016, n. 52025, Vernengo, in C.E.D. Cass, n. 268856.

*vità di offesa ai medesimi beni, bensì in rapporto di diversità di beni giuridici tutelati*³⁷, non può non riconoscersi come, nonostante alcuni profili di parziale divergenza, i beni presi in esame dai due reati abbiano in comune il principale profilo di tutela che, come detto, verte sulla protezione dell'ordine pubblico.

Al riguardo, in particolare, deve evidenziarsi come rispetto all'art. 74 del d.p.r. n. 309 del 1990 la tutela della salute, a ben vedere, rimanga sullo sfondo rispetto agli altri reati in materia di stupefacenti contenuti all'interno dello stesso Testo Unico.

Il legislatore, infatti, punisce in tal caso la mera costituzione (e partecipazione con o senza un ruolo apicale) a una associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, anche (ovviamente) laddove alcun reato "scopo" sia stato effettivamente commesso.

In tal senso, pertanto, la salute collettiva sembra ricevere soltanto una protezione strumentale e "indiretta" dall'art. 74 del Testo Unico, potendo tale interesse essere inciso in via diretta ed immediata solo dalla materiale diffusione e "gestione" della sostanza e non già in virtù della mera predisposizione di una struttura operativa diretta a tale scopo.

Sicché ben si comprende come l'integrazione del delitto associativo in parola sia in primo luogo tale da esporre a pericolo l'ordine pubblico, mentre la salute pubblica assumerà rilievo centrale in relazione alla commissione di singoli reati in materia di stupefacenti.

Ci pare che un percorso quale quello qui tratteggiato che, facendo leva sulla richiamata prospettazione del principio di consunzione, ammetta l'operatività dei cc.dd. criteri di valore – anche in casi (come quelli in discussione) in cui il nucleo centrale degli interessi protetti sia, tanto formalmente quanto sostanzialmente, omogeneo – consentirebbe di pervenire a soluzioni più equilibrate. Il *quantum* di pena che sarebbe così individuato permetterebbe meglio di cogliere l'effettiva carica offensiva ed il disvalore reale della vicenda associativa di cui si tratta.

Ciò, beninteso, allorché ci si trovi di fronte a un unico sodalizio criminale; laddove per contro sia possibile riscontrare e distinguere due diverse organizzazioni criminali, operanti sulla base di logiche, strutture organizzative e soprattutto mezzi finanziari sostanzialmente differenti, sarà possibile ravvisare un concorso materiale tra i due reati³⁸.

Non ci si nasconde certo il fatto che la soluzione prospettata conduce alla prevalenza di una disposizione, che – al netto dell'eventuale riconoscimento dell'aggravante mafiosa – non è in grado di cogliere appieno, a livello simbolico e per certi versi di sistema, i variegati profili di offensività propri dell'associazione di cui all'art. 416-*bis* del codice penale.

Ciononostante la soluzione predetta, che ci appare in armonia con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, garantirebbe in ogni caso un'adeguata e razionale risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento e, d'altro canto, non porrebbe alcun ostacolo nemmeno rispetto alla corretta individuazione dei soggetti danneggiati dal reato, in quanto anche coloro che abbiano subito danni patrimoniali (e non) in relazione ai reati assorbiti per consunzione conservano pur sempre il diritto al risarcimento³⁹.

³⁷ Così Cass. pen., Sez. VI, Montani, cit. Per un approfondimento dei profili dogmatici legati all'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p. si veda, su tutti, DELLA RAGIONE, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa"*, in AA.VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, MAIELLO (a cura di), Torino, 2015, 69 ss.

³⁸ Chiaramente, come si è detto, il concorso materiale andrà riconosciuto soltanto nei confronti di quei soggetti rispetto ai quali si raggiunga la prova dell'effettiva partecipazione a entrambi i sodalizi: in argomento si veda MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 245. L'Autore evidenzia come nelle ipotesi in parola potrebbe applicarsi "...il regime più favorevole della continuazione, di cui all'art. 81, comma 2, c.p., ogni qual volta nell'ambito del programma criminale fosse comprovata la sussistenza ab origine, almeno a grandi linee, dell'intenzione di erigere un apposito vincolo al quale delegare lo svolgimento delle attività di produzione e traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope". In tal senso risultano apprezzabili le conclusioni cui sono pervenute alcune risalenti pronunce del giudice di legittimità, che sembrerebbero (almeno in astratto) richiedere l'effettività distinguibilità dei sodalizi per ritenere configurabile un concorso tra reati associativi. In particolare, si vedano: Cass. pen., Sez. II, 4 maggio 1995, n. 478, Allegretto, in *C.E.D. Cass.*, n. 202810, ove si evidenzia come "...la costituzione, da parte di un'organizzazione criminosa già operante, al fine di estendere il proprio campo di influenze, di un gruppo criminale associato che agisce in un determinato territorio con autonomia decisionale e operativa, determina la configurabilità di una diversa ed autonoma fattispecie associativa"; Cass. pen., Sez. I, 24 aprile 1996, Marsano, n. 2620, in *C.E.D. Cass.*, n. 204902, secondo cui "...è possibile il concorso tra i reati associativi di cui agli artt. 416-*bis* c.p. e 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 quando si sia in presenza, da una parte, di un organismo (quello di stampo mafioso) a carattere federalistico e verticistico, raggruppante l'intera massa degli associati, dall'altro di organismi che, operando nello specifico campo del traffico degli stupefacenti, fruiscono, pur sotto la sorveglianza e con il contributo logistico dell'organizzazione di stampo mafioso, di una certa libertà operativa e siano (eventualmente) differenziati soggettivamente dallo schema strutturale di detta ultima organizzazione. Ne consegue che proprio per la pur limitata autonomia dell'associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti e la possibile, almeno parziale, differenza nella componente soggettiva, l'affiliazione all'organizzazione mafiosa non è da sola sufficiente a dimostrare la partecipazione all'altra, per la cui sussistenza occorre verificare se il soggetto risulti inserito e partecipe della particolare, autonoma finalità dell'illecita circolazione dello stupefacente"; Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 1999, n. 2136, Lezzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 213767, secondo cui "...in tema di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, è correttamente contestata la partecipazione dell'indagato a due distinte strutture criminose (anche se, in parte, attive nello stesso periodo di tempo), nel caso in cui esse siano costituite, per la maggior parte, da persone diverse, abbiano diverso ambito territoriale di operatività e si occupino di diversi tipi di sostanza".

³⁹ Sul quest'ultimo punto v. PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., 1393.

4.

Conclusioni e spunti per una riflessione *de iure condendo*

Il tema dei rapporti tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti rappresenta un interessante osservatorio tanto per l'interprete quanto per il legislatore.

Per il primo, la tipologia di casi qui in esame ci pare metta in evidenza l'opportunità di valorizzare, nella soluzione dei rapporti di interferenza tra le norme penali, criteri anche altri rispetto a quello – certamente più rassicurante nella sua 'oggettività' – di specialità di cui all'art. 15 c.p.

Sappiamo bene che la Cassazione è con forza attestata su quest'ultimo versante e che difficilmente rivedrà in futuro le proprie posizioni. Eppure, ipotesi quali quelle in esame dimostrano come un impiego accorto del principio di consunzione, alla luce dell'esigenza di rispettare la logica del *bis in idem* sostanziale, possa condurre a soluzioni più razionali e dotate comunque di una controllabilità sul piano logico.

Per il legislatore, la sfida è, se vogliamo, ancora più complessa atteso che l'esito che abbiamo qui proposto svela in ogni caso i suoi limiti nella misura in cui decreta la 'prevalenza' di una disposizione, quella di cui all'art. 74 Testo Unico stupefacenti, che dovrebbe cedere il passo, quanto a disvalore, all'associazione di stampo mafioso.

Il segnale dunque che la vicenda qui analizzata lancia è quello di una rimediazione in prospettiva *de iure condendo* dei rapporti di forza tra i delitti qui in esame a favore dell'art. 416 *bis* c.p.⁴⁰

Se ad oggi ciò non è stato possibile, pur a fronte dei continui innalzamenti delle cornici edittali che hanno interessato la disposizione da ultimo richiamata, l'indicazione dovrebbe allora essere nella direzione di rivedere le scelte sanzionatorie riguardanti l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, esempio emblematico di un diritto penale emergenziale che è ben lungi dal fare i conti con il rispetto dovuto al principio di proporzione del trattamento sanzionatorio.

⁴⁰ Sul punto si vedano anche: MILONE, *L'associazione*, cit., 253, la quale auspica l'introduzione di meccanismi legislativi di coordinamento tra i vari fenomeni associativi, quali, ad esempio, "...*clausole di riserva che escludano in radice ogni possibilità di violare un principio cardine del diritto penale quale il ne bis in idem sostanziale*"; LA GRECA, *L'associazione criminale "al quadrato"*, cit., 4384, la quale ritiene opportuno in tal senso "...*un intervento legislativo volto a ricomporre il carico affittivo previsto dalle due fattispecie associative, adeguandolo alla concreta carica lesiva discendente dalle entità rispettivamente incriminate*".

L'insostenibile leggerezza. La non punibilità del fatto avente ad oggetto droghe leggere tra prospettive di riforma e ripieghi ermeneutici

The Unbearable Softness. Decriminalization of Soft-Drug Offenses Between Law in the Book and Law in Action

EDOARDO MAZZANTI

*Perfezionato in 'Legge penale e persona', Scuola Superiore Sant'Anna Pisa
mazzanti.ed@gmail.com*

STUPEFACENTI, DEPENALIZZAZIONE, OFFENSIVITÀ,
COLTIVAZIONE, PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

DRUG OFFENSES, DECRIMINALIZATION, HARMFULNESS,
CULTIVATION, PETTY CRIMES

ABSTRACT

Partendo dal sostanziale fallimento della politica criminale in materia di stupefacenti, l'articolo esamina le vie battute nel nostro ordinamento per ridimensionare l'area di rilevanza penale dei fatti aventi ad oggetto droghe 'leggere'. Dall'analisi, emerge un quadro a due facce: da un lato, l'incapacità del legislatore di riformare l'attuale disciplina sul contrasto agli stupefacenti; dall'altro, la tendenza di certa giurisprudenza a escludere conseguenze penali per i fatti caratterizzati da minima pericolosità. Nel contributo, si argomenta che la soluzione esclusivamente giurisprudenziale, per quanto benefica, non sia sufficiente né in termini di certezza normativa, né in termini di efficace lotta al narcotraffico.

The article moves from Italian drug-policy's failures and goes on to analyze how the Italian legal system endeavors to minimize soft-drug offenses relevance. A two-faced picture thus emerges: on the one side, the legislator proves incapable of reforming the current, wasteful drug-policy; on the other, some judges tend to 'practically decriminalize' low-danger offenses. The author maintains that this case-law approach, although somehow alleviating, does neither match the goal of legal certainty, nor prove effective in fighting mass drug-dealing.

SOMMARIO

1. Il lato oscuro della 'war on drugs' - 2. Il traffico di cannabis in Italia. L'inefficacia della risposta sanzionatoria - 3. L'irrilevanza del fatto avente ad oggetto droghe 'leggere' in Italia - 3.1. La via legislativa - 3.2 La via giurisprudenziale - 3.2.1. Il coinvolgimento della Corte costituzionale - 3.2.2. I rimedi della giurisprudenza ordinaria - 4. Meriti e criticità della depenalizzazione 'in concreto' - 5. Il futuro della legislazione sulle droghe 'leggere'.

1.

Il lato oscuro della 'war on drugs'

Il fallimento della c.d. *war on drugs* rappresenta un dato difficilmente controvertibile. Gli effetti negativi - e, si badi, non necessariamente collaterali¹ - di questa lotta su scala globale sono ormai evidenziati in numerosi, autorevoli documenti internazionali. L'apparente paradosso è che, per larghi tratti, questi effetti attengono ai medesimi aspetti negativi tradizionalmente connessi alla circolazione di droga in quanto tale²: pericoli per la salute pubblica, in particolare dei giovani; insidie alla pace e sicurezza globale; danni ambientali, come inquinamento e deforestazione; danni all'economia; stigma sociale e discriminazione di tutti i soggetti coinvolti, dal maxi-trafficante al semplice assuntore; incremento dell'economia criminale.

Focalizzandosi su quest'ultimo aspetto, notiamo che il rapporto tra associazioni criminali e circuiti della droga assume molteplici sfaccettature³. Produzione e circolazione di droga, a ben vedere, hanno effetti sul sistema economico legale, s'intrecciano con ulteriori attività di carattere criminale, provocano strappi istituzionali e, non per ultimo, sortiscono drammatici effetti sulla società civile in genere⁴.

Questo fenomeno, secondo le fonti più accreditate, coinvolge a pieno titolo anche l'Europa, rispetto alla quale il Mar Mediterraneo continua a rivestire il ruolo di canale privilegiato. E coinvolge, a dispetto della sua primigenia 'immagine benigna'⁵, anche il mercato della cannabis, sostanza di cui, secondo stime necessariamente approssimative⁶, circa tre milioni di europei tra i 15 e i 64 anni fanno uso giornaliero⁷.

Una puntuale analisi dei fenomeni connessi al traffico di droga impone di valutare separatamente ciascuna sostanza, in modo da individuare con maggior precisione rotte e organizzazioni criminali coinvolte. Nel mondo della cannabis, ad esempio, sostanze erbacee (marijuana) e sostanze resinose (hashish) seguono canali diversi: le prime vengono, alternativamente, coltivate nel Continente ovvero fatte entrare dai Balcani, prevalentemente dall'Albania; le seconde, invece, vengono principalmente prodotte in Marocco o Afghanistan e fanno ingresso nell'area mediterranea, rispettivamente, tramite Spagna, Paesi Bassi, Belgio o ancora l'Albania. Il traffico è tendenzialmente in mano a un *network* di organizzazioni criminali marocchine, olandesi e albanesi, con presenze altresì di associazioni vietnamite (specie nell'Europa dell'est), della camorra e, per quanto riguarda l'hashish, dei talebani.

L'urgenza di aggiornare la politica di contrasto al fenomeno, anche alla luce di una nuova sensibilità affiorata a livello internazionale, è tale da aver sollecitato l'anticipazione della Sessione Speciale dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dedicata alle politiche in materia di droga (UNGASS 2016); in tale sede, numerosi Paesi - specie dell'America latina - hanno

¹ M. VERGA, *Gli 'effetti collaterali' del proibizionismo*, Cass. pen. 2005, 9, pp. 2790, 2798.

² Si veda l'approfondito lavoro di S. ROLLES ET AL., *The alternative world drug report 2016*, www.countthecosts.org, che mostra come l'approccio 'punitivo e militare' dell'ONU nella lotta alla droga da parte mini i tre pilastri - sicurezza, sviluppo e diritti umani - su cui dovrebbe essere basato il suo operato.

³ UNODC, *World drug report 2017. The drug problem and organized crime, illicit financial flows, corruption and terrorism*, www.unodc.org/wdr2017.

⁴ In chiave criminologica, per una riflessione sul concetto di 'danno' (*harm*), con molteplici rimandi ai *drug-related offenses*, L. PAOLI - V.A. GREENFIELD, *Harm: a neglected concept in Criminology, a necessary benchmark for crime-control policy*, *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.* 2013, 21, p. 359; L. PAOLI, *Starting from the end: a plea for focusing on the consequences of crime*, *ibidem* 2015, 23, p. 87.

⁵ EMCDDA - EUROPOL, *EU drug markets report 2016. In-depth analysis*, www.emcdda.europa.eu, p. 62.

⁶ I valori si basano prevalentemente su indicatori indiretti; su tutti, le quantità di sostanza sequestrata. Anche tale dato è però relativo, poiché dipendente dalle priorità d'azione delle singole autorità di *law enforcement*.

⁷ EMCDDA, *Relazione europea sulla droga 2017. Tendenze e sviluppi*, www.emcdda.europa.eu, p. 15; avuto riguardo alla medesima fascia d'età, si stima che 23,5 milioni di europei (7% della popolazione UE) abbiano fatto uso di cannabis nell'anno passato, 87,7 milioni (26,3% della popolazione UE) nell'intero arco di vita.

ribadito l'insostenibilità economica, politica e democratica della *war on drugs* generalizzata⁸. Sennonché, nella Risoluzione adottata a margine dell'incontro⁹, nonostante i generali propositi di promuovere una «*società libera dall'abuso di droga, in modo da assicurare che ogni popolo viva in salute, dignità e pace, con sicurezza e prosperità*», l'Assemblea rifiuta di promuovere una linea comune e forte sulla decriminalizzazione dell'uso personale di droghe cc.dd. leggere, consentendo, al più, una certa flessibilità a livello domestico nell'interpretazione delle Convenzioni ONU in materia di stupefacenti¹⁰.

2. Il traffico di cannabis in Italia. L'inefficacia della risposta sanzionatoria

Nel nostro Paese, la cannabis rappresenta tutt'oggi la droga più consumata e smerciata¹¹; il *business* criminale è principalmente in mano alla camorra - che sfrutta i propri insediamenti in Spagna come terminale di contatto coi luoghi di produzione nordafricani - e a organizzazioni criminali albanesi.

Nel far fronte al fenomeno, il legislatore ha sempre dato acritica preminenza allo strumento punitivo, confidando nella sua alta capacità deterrente senza mai seriamente interrogarsi sulle sue effettive ricadute. Il tratto comune del pluriennale, disordinato avvicinarsi legislativo in materia di droga (anche) 'leggera', insomma, resta la «rarefazione, o l'assenza, di un dibattito teorico consapevole sull'*an*, prima ancora che sul *quomodo* e sul *quantum*, dell'intervento penale»¹².

Sul piano sanzionatorio, come noto, la sentenza Corte cost. n. 32/2014 ha 'ripristinato' la biforcazione tra droghe cc.dd. pesanti e leggere: in dettaglio, l'art. 73 co. 4 d.P.R. 9.10.1990 n. 309 (c.d. Testo unico stupefacenti, TUS) prevede che, se taluno dei fatti previsti ai commi precedenti riguarda sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dall'art. 14 (quindi, anche la cannabis), si applicano la reclusione da due a sei anni e la multa da euro 5.164 a euro 77.468. La divisione vale anche per le sanzioni amministrative connesse ai fatti finalizzati all'uso personale (art. 75 co. 1 TUS), mentre non si applica al fatto di lieve entità (art. 73 co. 5 TUS).

Si tratta di un sistema indubbiamente meno irrazionale - e, per quanto attiene le droghe cc.dd. leggere, meno rigoroso - di quello precedente. Nondimeno, esso continua a presentare criticità, sia in termini di *ragionevolezza*¹³ che in termini di *efficacia*, qui intesa, in accezione 'filosofica'¹⁴, come capacità delle norme di realizzare gli obiettivi per cui sono state introdotte¹⁵.

⁸ Tutti i documenti su UNGASS 2016 nonché gli aggiornamenti in vista di UNGASS 2019 possono essere consultati su <http://www.unodc.org/ungass2016/>.

⁹ UNGASS, *Resolution adopted by the General Assembly on 19th April 2016, A/Res/S-30/1*, <https://undocs.org/A/RES/S-30/1>.

¹⁰ Si tratta, nell'ordine, della Convenzione unica sugli stupefacenti di New York (1961, modificata dal Protocollo di Ginevra, 1972), della Convenzione sulle sostanze psicotrope (1971) e della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope (1988). «Nelle intenzioni dei governi che hanno acconsentito a un documento consensuale, giocoforza debole, c'era anche quella di sganciare l'implementazione dei tre documenti Onu da un'interpretazione prevalentemente punizionista. La flessibilità viene invocata per promuovere la depenalizzazione dell'uso personale, le alternative al carcere, la proporzionalità delle sanzioni, programmi di riduzione dei rischi e dei danni che includano anche la somministrazione delle sostanze sotto controllo medico, l'uso tradizionale o religioso di alcune piante, l'aumento della produzione di oppiacei. Insomma flessibilità è sinonimo di buon senso che però esclude la legalizzazione» (M. PERDUCA, *Armistizio sulla droga, l'ONU è pronta?*, in *Libro bianco sulla legge sulle droghe. Dopo Ungass 2016*, VII ed., fuoriluogo.it 2016, p. 33).

¹¹ A livello applicativo, i numeri non lasciano spazio ad equivoci: stando a un report basato sui dati del Ministero dell'Interno, nel 2015, su quasi 19.000 operazioni di polizia, circa 11.000 hanno avuto ad oggetto cannabis (48%). I dati, peraltro, evidenziano un rapporto tra fattispecie base e fattispecie associativa intorno al 4/1 (c.d. *darwinian trafficker dilemma*). Anche sul piano amministrativo, poi, si stima che, dall'entrata in vigore della Russo-Iervolino (1990), di circa un milione di segnalazioni al Prefetto per possesso di stupefacenti, quasi il 73% abbia avuto ad oggetto cannabinoidi. Nel 2013, in Italia è stato sequestrato, rispettivamente, il 9% e il 7% di marijuana e di hashish dell'intero comparto europeo.

¹² V. MANES, *Il nuovo art. 73 del D.P.R. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, *Cass. pen.* 2008, 11, p. 4461.

¹³ Si consideri, ad esempio, la persistente equiparazione tra tabelle per i fatti di lieve entità (art. 73 co. 5 TUS), recentemente 'salvata' da Corte cost. n. 23/2016, con note di C. BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73 co. 5 T.U. Stup.: insindacabile la scelta legislative di equiparare droghe pesanti e leggere*, *Dir. pen. cont.*, 7.3.2016; R. RAVI PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo*, *Oss. AIG* 2016, 3. Per un esame approfondito sui profili di (ir)ragionevolezza della disciplina penale sugli stupefacenti, si rinvia al raffinato lavoro di A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, a cura di G. Morgante, Torino 2015, p. 83.

¹⁴ Recentemente, G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, *Mat. st. cult. giur.* 2016, 1, pp. 213ss.

¹⁵ Sul punto, si rimanda a *Le opinioni degli italiani sulle leggi in materia di droghe leggere*, sondaggio promosso dall'intergruppo parlamentare per la cannabis legale che offre uno spaccato abbastanza nitido sulla percezione generale di scarsa efficacia della legislazione sulla cannabis.

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, si segnala una recente e inaspettatamente dura presa di posizione della Direzione Nazionale Antimafia (DNA). In una lettera d'osservazioni inviata alla Presidenza della Commissione Giustizia della Camera a metà del 2016, la DNA, richiamando la Relazione annuale 2015, registra il «*totale fallimento dell'azione repressiva*» nel contrasto alla diffusione dei cannabinoidi; parallelamente, nel documento si auspica, anche per il nostro Paese, il passaggio ad un regime legalizzato di coltivazione, lavorazione e vendita di cannabis e derivati. Fra i possibili benefici di tale riforma, vengono menzionate la rilevante liberazione di risorse umane e finanziarie della Pubblica Amministrazione, una rilevante liberazione di risorse nel settore della Giustizia, la potenziale acquisizione - mediante accise - di consistenti introiti per lo Stato e, infine, «*la perdita secca di importanti risorse finanziarie, per le mafie e per il sottobosco criminale che, ad oggi, hanno il monopolio del traffico*», unita al «*prosciugamento, in una più ampia prospettiva di legalizzazione a livello europeo, di risorse economiche e finanziarie per il terrorismo integralista*».

La logica che ispira la DNA è, in linea con quanto detto sopra, di *efficacia*: le indicazioni non sono finalizzate al mero contenimento del fenomeno del narcotraffico ma ad una vera e propria inversione del *trend*. È in questa direzione che, tenendo comunque saldi i motivi *teorici* che depongono a favore della decriminalizzazione¹⁶, intendiamo orientare il presente lavoro.

3. Le vie della depenalizzazione

Come abbiamo visto, la DNA si sofferma sul nodo che lega a doppio filo stupefacenti e criminalità, individuando nella depenalizzazione dei fatti meno offensivi un modo per, se non proprio scioglierlo, quantomeno allentarlo. Ma quali sono, allo stato attuale, le vie battute nel nostro ordinamento per escludere o ridimensionare la rilevanza penale di reati aventi ad oggetto le droghe cc.dd. leggere?

3.1. La via legislativa

La via maestra, espressamente patrocinata dalla stessa DNA, appare senz'altro quella legislativa.

In tal senso, una prima mossa s'è avuta con l'art. 3 co. 7 d.lgs. 15.1.2016 n. 8, attuativo di l. 28.4.2014 n. 67, che ha depenalizzato la coltivazione di sostanze stupefacenti in difformità rispetto all'autorizzazione di cui all'art. 26 TUS, che può essere concessa dal Ministro della Salute a istituti universitari e laboratori pubblici aventi fini istituzionali di ricerca, per scopi scientifici, sperimentali o didattici (art. 28 co. 2 TUS). La modifica appare assai timida: in un senso, non si tratta di legalizzazione *tout court* ma, appunto, soltanto di degradazione a livello amministrativo; nell'altro, notiamo che il fatto insiste su una realtà assai circoscritta, ben lontana dai frangenti che rendono il mercato della droga un settore 'a rischio' e che una ponderata opera di regolamentazione potrebbe fronteggiare. Nondimeno, essa, in quel preciso momento storico, rappresentava un'apertura senz'altro significativa, quantomeno perché, all'epoca, si poteva legittimamente postulare una sua 'valenza programmatica': all'adozione del d.lgs. n. 8/2016, infatti, erano in discussione numerosi progetti volti a rivedere l'impianto sanzionatorio in materia di droghe cc.dd. leggere.

Era sui molteplici e variopinti disegni di legge finalizzati alla legalizzazione della cannabis *anche* a scopo ricreativo che, appunto, venivano riposte le aspettative maggiori. Il testo oggetto di maggiore dibattito - la c.d. proposta Giachetti (AC-3235) - nella sua versione originaria, mirava a introdurre un regime *liberalizzato* di micro-detenzione, micro-coltivazione e micro-cessione gratuita di droghe cc.dd. leggere.

Nello specifico: (i) si modificava l'art. 26 TUS, interpolando due commi che disciplinavano, rispettivamente, la coltivazione domestica e la coltivazione associata, rendendola - entro

¹⁶ Si pensi, per fare qualche esempio, ai principi di offensività, di proporzionalità e di autodeterminazione individuale. Per un quadro lucido e fortemente critico, A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, *Dir. pen. proc.* 2014, p. 586; dall'angolo visuale del rapporto tra politica criminale e paternalismo, Id., *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, *i-Lex* 2013, 20, p. 421, part. pp. 432ss.

certi limiti - pienamente legale e, quanto alla seconda ipotesi, persino protetta in termini di *privacy*; (ii) si introduceva un nuovo art. 30-*bis* TUS, in base al quale diventava lecita la detenzione di cannabis fino a cinque grammi lordi, quindici in caso di detenzione domiciliare. Veniva comunque fatto divieto di fumare cannabis in luoghi pubblici e ambienti di lavoro pubblici/privati; (iii) si modificava l'art. 73 TUS, interpolando il comma 3-*bis* e rivisitando il comma 5: nel primo senso, si sanciva la non punibilità di cessione gratuita a terzi entro i limiti sanciti dall'art. 30-*bis*, purché non minorenni o manifestamente infermi di mente; nel secondo senso, si distingueva il trattamento sanzionatorio a seconda che il fatto di lieve entità avesse ad oggetto droghe cc.dd. pesanti o leggere; (iv) si modificava la legge sul monopolio di sali e tabacchi (l. 907/1942), sancendo il monopolio dello Stato sopra la coltivazione, preparazione e vendita di cannabis e derivati, fatti salvi i nuovi limiti su coltivazione e cessione personale; (v) veniva introdotto un importante - benché controverso - meccanismo di rideterminazione delle pene - anche definitive - inflitte prima di Corte cost. n. 32/2014 per fatti aventi ad oggetto droghe cc.dd. leggere; (vi) venivano dettate norme sulla coltivazione a fini medicali.

I primi commentatori avevano salutato con favore il proposito del legislatore, pur non mancando di sottolineare alcune vistose criticità¹⁷, globalmente riconducibili alla scelta di riformare l'impianto punitivo anti-droga lavorando direttamente sull'attuale Testo unico¹⁸ anziché forgiandone uno *ex-novo*. In ogni caso, conclamate ragioni di equilibrio politico-partitico hanno spinto la Camera ad approvare un testo drasticamente ridimensionato (c.d. stralcio Miotto), incentrato unicamente su produzione e somministrazione di cannabis per usi medici¹⁹.

Nonostante le proprietà terapeutiche della sostanza, in definitiva, la sua regolamentazione a fini ricreativi resta in agonizzante attesa.

3.2. *La via giurisprudenziale*

Se, a livello legislativo, la situazione è di sostanziale stallo, a livello applicativo, per converso, si registra un certo fermento. In linea col regime di complessivo *favor* conseguente a Corte cost. n. 32/2014, in effetti, la giurisprudenza si sta rivelando cautamente incline a restringere l'area penale connessa ai reati aventi ad oggetto droghe leggere²⁰. I tentativi di ridimensionamento attingono due piani.

3.2.1. *Il coinvolgimento della Corte costituzionale*

Negli ultimi quattro anni, varie disposizioni - o, meglio, vari profili delle stesse disposi-

¹⁷ Il dubbio sul regime riservato alle condotte prodromiche alla cessione di cui al nuovo art. 73 co. 3-*bis*; il mancato coordinamento tra nuovi artt. 73 e 75 quanto alle sostanze (pur sempre 'leggere') di cui alla tabella IV; l'eliminazione dei criteri utili a individuare la detenzione a fini personali, soprattutto per quanto riguarda le droghe 'pesanti'. V. MANES - L. ROMANO, *Uno sguardo d'insieme sulla proposta di legge 'Giachetti'*, *Riv. it. med. leg. dir. campo sanit.* 2016, 4, pp. 1556ss; M. TORIELLO, *Le novità in materia di coltivazione (in forma personale e associata)*, *ibidem*, pp. 1578s.

¹⁸ Si consideri, ad esempio, l'art. 73 co. 3-*bis* TUS, che richiamava il limite di cui all'art. 30-*bis* co. 1, il quale però, a sua volta, ne prevedeva due diversi (uno per la detenzione esterna, uno per la detenzione domestica).

¹⁹ La disciplina, previ ulteriori ritocchi, è definitivamente confluita nell'art. 18-*quater* d.l. 16.10.2017 n. 148, conv. in l. 4.12.2017 n. 172.

²⁰ L'apertura giurisprudenziale sembrerebbe porsi in contraddizione coi dati sugli ingressi in carcere del 2016, tornati per la prima volta a crescere dal 2013. Si veda S. ANASTASIA - M. CIANCHELLA, *La macchina della punizione. Gli effetti penali e sanzionatori della criminalizzazione della circolazione e del consumo di droghe*, in *Libro bianco sulle droghe. Dalla semina americana al deserto italiano*, VIII ed., *fuoriluogo.it* 2017, p. 5; A. SCANDURRA, *Droghe e carcere: i dati della ricerca del Consiglio d'Europa*, *ibidem*, p. 11, il quale, tracciando un confronto tra il periodo 2010-2015 e gli anni successivi, parla apertamente di «due Italie».

zioni - del d.P.R. n. 309/1990 sono state fatte oggetto di questioni di legittimità²¹: l'intento è quello di scavare da dentro una disciplina che, nonostante il - *rectius*, talvolta proprio a causa del - 'ritorno al futuro' post-sentenza n. 32/2014, in molti continuano ad avvertire come anacronistica; quindi, in un modo o nell'altro, da superare.

Ai nostri fini, di sicuro interesse è la sentenza Corte cost. n. 109/2016, che ha rigettato una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 75 TUS²² nella parte in cui non include tra le condotte punibili con sole sanzioni amministrative, ove finalizzate in via esclusiva all'uso personale della sostanza stupefacente, anche la coltivazione di piante di cannabis²³. In estrema sintesi, le censure del giudice *a quo* atenevano, *in primis*, alla supposta disparità di trattamento tra chi detiene cannabis dopo averla coltivata e chi la coltiva al fine di farne mero uso personale; in subordine, al difetto di offensività in astratto della condotta di coltivazione, non necessariamente in grado, si argomentava, di alimentare le provviste di droga circolanti sul mercato.

La Consulta non condivide le doglianze. Quanto alla prima, si replica che la denunciata disparità «*poggia su una premessa inesatta*», vale a dire che la detenzione a fini personali assorba la pregressa condotta di auto-coltivazione; in realtà, si chiarisce, «*il detentore a fini di consumo personale dello stupefacente 'raccolto' e il coltivatore 'in atto' rispondono entrambi penalmente*». Quanto al secondo profilo, i giudici costituzionali ribadiscono che la coltivazione è condotta 'neutra', compatibile sia con l'uso personale che con la destinazione a terzi; questa caratteristica, considerati i beni giuridici di riferimento, rende la coltivazione condotta maggiormente pericolosa e, perciò, la sua 'copertura penale' non irragionevole.

Sulla base di queste motivazioni, la Corte dichiara così la questione non fondata, ribadendo però, come già in un famoso precedente²⁴, che spetta al giudice ordinario il compito di accertare l'eventuale difetto di offensività *in concreto* del fatto singolarmente considerato. Possiamo insomma dire che, astenendosi dal censurare l'irragionevolezza della norma²⁵ e confidando nel prudente apprezzamento da parte della magistratura, la Corte confermi il proprio atteggiamento di *self-restraint*, rinunciando ad assumere posizioni antagonistiche e, anzi, operando una vera e propria 'delega del controllo di costituzionalità' a beneficio dei giudici ordinari²⁶.

3.2.2. I rimedi della giurisprudenza ordinaria

È appunto sul piano della giurisprudenza ordinaria che la tendenza riduzionista s'è maggiormente sviluppata. È possibile riportare vari esempi, alcuni riferibili alle sostanze stupe-

²¹ La maggior parte delle questioni arrivate davanti alla Consulta si sono concluse con decisioni di rigetto. In relazione all'equiparazione di trattamento sanzionatorio tra droghe cc.dd. leggere e pesanti all'interno del fatto lieve, Corte cost. n. 23/2016, sulla quale v. *supra* n. 13; in relazione alla mancata inclusione della coltivazione tra le condotte compatibili con l'uso personale, Corte cost. n. 109/2016, con note di J. DE LILLO, *La coltivazione di 'cannabis' per uso personale alla luce dell' "id quod plerumque accidit"*. Ancora riflessioni a margine di Corte cost., 9 marzo 2016, n. 109, *Ind. pen.* 2016, 1, p. 253; V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di 'cannabis'*, *Giur. cost.* 2016, 3, p. 941; L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u.stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)*, *Dir. pen. cont.*, 30.5.2016; in relazione al minimo edittale per il fatto base avente a oggetto droghe cc.dd. pesanti, nel senso dell'inammissibilità della questione, Corte cost. n. 179/2017, con note di E. APRILE, *'Monito' della Consulta al legislatore sulle sproporzioni di trattamento sanzionatorio previsto per i reati in materia di stupefacenti*, *Cass. pen.* 2017, 11, p. 3981; C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, p. 231; sull'ordinanza di remissione, M. GAMBARDILLA, *Sindacato di costituzionalità 'in malam partem' e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, *Cass. pen.* 2017, 2, p. 567. Fra le questioni dichiarate manifestamente inammissibili, Corte cost. n. 184/2017. In senso diverso, con esito favorevole e declaratoria d'incostituzionalità del d.l. 272/2005 nella parte in cui aveva introdotto l'art. 75-bis TUS, Corte cost. n. 94/2016, con note di E. APRILE, *Per la Consulta è illegittima la norma del d.p.r. n. 309 del 1990 che prevede speciali prescrizioni per le misure di prevenzione per i tossicodipendenti*, *Cass. pen.* 2016, 7/8, p. 2764; nonché, volendo, E. MAZZANTI, *'Et in pulverem reverteris'. Demolito un altro pilastro della legge Fini-Giovanardi*, *Giur. it.* 2016, 11, p. 2942.

²² Così come modificato dall'art. 1 co. 24-*quater* d.l. 20.3.2014 n. 35, conv. con mod. in l. 16.5.2014 n. 79.

²³ Oltre ai commenti citati *supra* n. 21, sull'ordinanza di remissione, L. ROMANO, *Sollevarla questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del D.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui non annovera la coltivazione finalizzata all'uso personale tra le condotte passibili di mera sanzione amministrativa*, *Dir. pen. cont.*, 11.6.2015.

²⁴ Corte cost. n. 360/1995, esplicitamente richiamata da Corte cost. n. 109/2016, § 6.

²⁵ Critico V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività*, cit., p. 950, che reputa il canone di offensività ridotto a «retorica 'a buon mercato'»; in senso critico sull'attuale paradigma di penalizzazione, anche L. ROMANO, *Non viola la Costituzione*, cit., pp. 12s, la quale, tuttavia, ammette che il cambiamento non passa dalle valutazioni della Corte costituzionale. Per ulteriori profili di supposta illegittimità costituzionale della norma, specificamente inerenti il principio di uguaglianza e di proporzionalità, V. MANES, *Il nuovo art. 73 D.P.R. n. 309/1990*, cit., pp. 447-4s.

²⁶ A. GARGANI, *La giurisprudenza costituzionale e la parte speciale del diritto penale*, *Leg. pen.* 2017, part. pp. 19s. La questione, riproposta nei medesimi termini, è stata dichiarata manifestamente infondata da Cass. pen. sez. IV, 18.5.2017 n. 43465.

facenti *tout court*²⁷, altri specificamente alla coltivazione di cannabis. Per ragioni di spazio e di attinenza, ci concentreremo sulle seconde, dando conto dei nuovi orizzonti dischiusi da recente giurisprudenza di legittimità.

L'interpretazione sedimentata tende a far ricadere ogni tipo di coltivazione entro lo spettro dell'art. 73 TUS, a prescindere dall'estensione della piantagione e dallo scopo del soggetto agente²⁸. L'unica 'via di fuga', come ricordato, è rappresentata dal ricorso al principio di offensività *in concreto*²⁹: posto che la fattispecie vanta una sua offensività in astratto, resta compito del giudice verificare se la condotta singola sia assolutamente inidonea, nel caso specifico, a ledere/mettere in pericolo i beni protetti. Tradizionalmente, l'inoffensività in concreto tende a coincidere con la assoluta inattitudine drogante della sostanza ricavata³⁰.

Questo assunto, di per sé piuttosto generico, si presta sovente a formidabili torsioni applicative. Emblematico il caso della coltivazione di piante non ancora giunte a maturazione: in tali frangenti, la Cassazione ha più volte sottolineato che la coltivazione è punita ad ogni stadio, senza che la mancata maturazione delle piante possa escludere tipicità od offensività, poiché, diversamente, «verrebbero irragionevolmente escluse dall'area della punibilità tutte le piantagioni scoperte e interrotte in una fase immediatamente antecedente a quella della maturazione»³¹. Si tratta, ci pare, di un cortocircuito logico-interpretativo: da un lato, si ritiene tipico un fatto in sé non arrivato a piena consumazione; dall'altro, si bypassa l'accertamento dell'offensività in concreto, non possibile su piante che non abbiano ancora prodotto sostanza. In definitiva, s'inverna qui il rischio che il bene protetto, come efficacemente scritto, finisca per non essere che «il semplice simulacro del 'divieto in sé'»³².

Dal filone più restrittivo, si distaccano tuttavia alcune recenti, significative sentenze di legittimità.

Un primo caso riguarda un episodio di coltivazione di nove piante di cannabis, rinvenute quando erano «poco più che germogli»; in tale frangente, la Cassazione accoglie il ricorso proposto dall'imputato e annulla con rinvio la sentenza di condanna, censurando l'interpretazione del giudice di merito poiché reputata fonte di un'eccessiva anticipazione della tutela penale. Il Collegio, in particolare, sancisce che la verifica dell'offensività in concreto non può limitarsi all'accertamento della corrispondenza al tipo botanico, ma «deve essere rivolta ad accertare la potenziale lesività delle piantine [...] avendo riferimento all'attualità, non alla futura ed eventuale capacità di mettere in pericolo il bene tutelato»; «la Corte d'appello», conclude il S.C., «ha ommesso ogni valutazione in concreto sulla offensività della condotta oggetto di contestazione, operando un giudizio sulla futura esistenza di principi attivi e, dunque, sulla capacità drogante della sostanza estraibile dalle piantine, pervenendo ad un accertamento ipotetico che fonda il riconoscimento della responsabilità penale con riferimento ad una condotta di coltivazione di cui non risulta dimostrata la capacità di mettere in pericolo il bene tutelato»³³.

In un altro caso, stavolta relativo alla coltivazione di sole due piantine, la Corte ha fatto espressamente perno sul principio di offensività (in concreto), approdando ad un esito di maggior favor. In dettaglio, pur sancendo che «la 'coltivazione' non può essere direttamente ricollegata all'uso personale ed è punita di per sé in ragione del carattere di aumento della disponibilità e della

²⁷ Ad esempio, viene ribadito il valore prettamente sintomatico degli indici di cui all'art. 75 co. 1-bis TUS (Cass. pen. sez. IV, 8.6.2016 n. 34834) e, più precisamente, la valenza non assorbente del dato quantitativo (Cass. pen. sez. VI, 28.4.2017 n. 27090; Cass. pen. sez. III, 27.10.2016 n. 5631); si registra maggior scrupolo nell'accertamento della destinazione a terzi, con corretto riparto dell'onere della prova tra le parti (Cass. pen. sez. VI, 8.6.2016 n. 26623); ancora, si nota un'interpretazione piuttosto flessibile del 'fatto di lieve entità', fattispecie (ora autonoma) entro cui vengono fatti ricadere, a contrario, tutti gli episodi che non «possano ritenersi dimostrativi di una significativa potenzialità offensiva e, dunque, di un elevato pericolo di diffusività della sostanza» (Cass. pen. sez. VI, 3.7.2017 n. 39374; Cass. pen. sez. VI, 2.7.2017 n. 17061).

²⁸ In passato, giurisprudenza minoritaria aveva tentato di stemperare il rigore della disposizione proponendo, sulla base di un raffronto tra gli artt. 26 e (vecchio) 73 TUS, la dicotomia tra coltivazione 'domestica' - equiparata alla detenzione a fini personali - e coltivazione 'tecnico-agraria' - passibile di rilevanza penale (per tutte, Cass. pen. sez. VI, 18.1.2007 n.17983). L'orientamento è stato autorevolmente superato da Cass. pen. sez. un., 24.4.2008 nn. 28605 e 28606.

²⁹ In dottrina, per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, pp. 245ss.

³⁰ Per una panoramica, MASSIMARIO CORTE DI CASSAZIONE, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione di piante stupefacenti*, Rel. n. 36/16, 7.6.2016.

³¹ Cass. pen. sez. VI, 15.5.2013 n. 22459. In senso analogo, da ultimo, Cass. pen. sez. IV, 5.7.2017 n. 50970; Cass. pen. sez. IV, 10.5.2017 n. 30238; Cass. pen. sez. VI, 28.4.2017 n. 35654; Cass. pen. sez. VI, 1.2.2017 n. 10931.

³² V. MANES, *Il nuovo art. 73 D.P.R. n. 309/1990*, cit., p. 4471. In modo piuttosto netto, da ultimo, Cass. pen. sez. IV, 4.7.2017 n. 43849; in passato, in senso non dissimile, Cass. pen. sez. un., 22.1.2009 n. 22676.

³³ Cass. pen. sez. VI, 21.10.2015 n. 2618. Già in passato, la Corte aveva sentenziato che la prognosi del consulente tecnico non può soppiantare il riscontro della attuale capacità drogante della sostanza (Cass. pen. sez. VI, 28.10.2008 n. 1222).

possibilità di ulteriore diffusione», motivo per cui «l'azione tipica della coltivazione si individua senza alcun riguardo all'accertamento della destinazione della sostanza bastando che sia realizzato il pericolo presunto quale sopra specificato», la Corte stabilisce che manca l'offensività in «quelle condotte che dimostrino tale levità da essere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcuna ulteriore diffusione della sostanza»³⁴.

Secondo questa nuova chiave interpretativa, insomma, sembrerebbe possibile testare la concreta offensività del singolo fatto di coltivazione basandosi su parametri che, in linea con la vocazione plurioffensiva dei delitti di droga³⁵, trascendano il semplice, potenziale effetto drogante della sostanza.

4.

Meriti e criticità della depenalizzazione 'in concreto'

Lo schema brevemente tratteggiato consente di fare alcune considerazioni di ordine generale.

In prima battuta, ci sembra che i tentativi di attenuare la risposta punitiva in caso di reati aventi a oggetto droghe cc.dd. leggere debbano essere accolti con favore. Le tendenze cui s'è fatto cenno sono - è il caso di dire - seminali e tuttora minoritarie, ma lasciano auspicare alcuni sprazzi di luce nel (comunque cupo) futuro del diritto penale in materia di stupefacenti: da una parte, si stempera l'eccessivo rigore in relazione alla sostanza dal potenziale dannoso minore; dall'altra, simmetricamente, si concentra l'attenzione sulle sostanze più nocive, la cui circolazione, sebbene ad oggi inferiore rispetto alle droghe cc.dd. leggere, risulta in preoccupante aumento.

In questo senso, un utile apporto potrebbe essere dato già dai giudici di merito, inevitabilmente 'più vicini' ai fatti in causa: in attesa di un agognato intervento riformatore, potrebbero essere proprio loro a rivitalizzare un principio, quello di offensività, spesso ridotto a mera clausola di stile; un principio che, orientato in direzione della 'idoneità a incrementare il mercato', potrebbe rivelare potenzialità finora poco o mal espresse³⁶.

Indispensabile, in ogni caso, l'*actio finium regundorum* tra inoffensività in concreto e non punibilità per particolare tenuità del fatto³⁷: sul punto, dopo una prima sentenza che aveva sostanzialmente confuso i due piani³⁸, la Cassazione ha 'aggiustato il tiro', precisando che «l'art. 131-bis c.p. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità, ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato»³⁹. Così ricostruito, l'iter di accertamento del delitto di coltivazione si sviluppa in modo autenticamente graduato: il giudice è chiamato a sondare, nell'ordine, l'eventuale difetto di tipicità (es., inefficacia drogante della sostanza), l'eventuale assenza di offensività in concreto (es., realistica inattitudine della sostanza a incrementare il circolo di droga) e, solo da ultimo, l'eventuale limitatezza del pericolo/danno insito nel fatto di per sé tipico e offensivo (ad es., esiguo numero di piantine comunque giunte a piena maturazione). Una scansione logica di tal fatta, a ben vedere, combinerebbe *ad unum* ragioni di ordine eminentemente pratico e aspirazioni di teoria

³⁴ Cass. pen. sez. VI, 10.11.2015 n. 5254; conf. Cass. pen. sez. IV, 27.1.2017 n. 17167; Cass. pen. sez. VI, 26.9.2016 n. 40030; Cass. pen. sez. VI, 15.9.2016 n. 8058; Cass. pen. sez. IV, 19.1.2016 n. 3787.

³⁵ E. LA ROSA, *La coltivazione 'domestica' di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, *Giur. it.* 2016, 1, p.200.

³⁶ In proposito, molto interessante, ai nostri fini, una sentenza del Tribunale di Milano di alcuni anni fa, che ha mandato assolto un soggetto imputato di coltivazione di cannabis con la precisazione che «la creazione di nuove disponibilità di sostanza stupefacente per uso esclusivamente personale, peraltro anche a livello prognostico assai limitata in ragione delle circostanze oggettive insite nella coltivazione in vasi all'interno di un piccolo appartamento, non implementa il mercato in danno delle giovani generazioni ma risulta semmai idonea ad erodere dall'interno la richiesta di stupefacente sul mercato, senza finanziare e rafforzare l'attività della criminalità organizzata» (T. Milano sez. IV pen., 22.5.2013 n. 5471).

³⁷ Sulla necessità di tenere distinti i due profili, come chiarito anche nella *Relazione ministeriale allo schema del decreto legislativo*, nell'ormai ampia letteratura, C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, *Dir. pen. proc.* 2015, 5, p. 523; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, *ibidem* 2015, 6, pp. 661ss; R. BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, *Leg. pen.* 2016, p. 6ss.

³⁸ Cass. pen. sez. III, 7.7.2015 n. 38364, con nota critica di E. LA ROSA, *La coltivazione 'domestica' di cannabis*, cit., p. 196, part. pp. 202s; *contra*, in senso adesivo, M. TORIELLO, *Nuovi orizzonti del principio di offensività in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti*, *Cass. pen.* 2016, 5, pp. 1968s.

³⁹ Cass. pen. sez. VI, 10.11.2015, cit.; da ultimo, implicitamente, Cass. pen. sez. IV, 10.5.2017 n. 30238.

generale del reato⁴⁰.

In base alla prospettiva del presente intervento, tuttavia, riteniamo che la *sola* soluzione giurisprudenziale non possa affatto soddisfare. A ben vedere, ci troviamo di fronte a una sorta di 'depenalizzazione in concreto' che pone problemi sia di ordine sistematico, sia di ordine pratico.

Nel primo senso, viene reso esponenziale un vizio segnalato dalla dottrina già in relazione al processo di depenalizzazione in sé: il fatto che esso sia pensato più in funzione del giudice che non del cittadino⁴¹. In questo senso, in effetti, non solo si mantiene una logica puramente funzionalistico-deflattiva⁴² ma, paradossalmente, si grava lo stesso giudice dell'onere di esercitarla. Una depenalizzazione, verrebbe da dire, pilatesca; un obiettivo di politica-criminale 'tacitamente' scaricato sulla magistratura.

Ma è sul piano pratico che questa opzione casistica presenta le maggiori criticità: delegare ai giudici, *solo* ai giudici il compito di ridurre la rilevanza penale dei 'fatti di cannabis', da un lato, dà vita ad un «indulgenzialismo 'anarchico' della prassi»⁴³ che mette a rischio l'uniforme applicazione della normativa⁴⁴; dall'altro, riprendendo l'*incipit* del nostro discorso, non consente in alcun modo di sottrarre quote di mercato alle associazioni criminali, rimanendo le droghe cc.dd. leggere totalmente illegali e, dunque, loro (quasi) esclusivo appannaggio⁴⁵.

5. Il futuro della legislazione sulle droghe 'leggere'

L'ammodernamento della risposta ai fatti aventi ad oggetto droghe cc.dd. leggere imporrebbe riflessioni e, soprattutto, interventi di più ampio respiro. Come sottolineato dalle agenzie europee impegnate nel contrasto al narcotraffico, infatti, il legame tra commercio di droga e associazioni criminali, vista la natura straordinariamente *flessibile* di quest'ultime⁴⁶, dev'essere essere orientato non a singoli gruppi e men che meno a singoli autori, bensì agli interi processi⁴⁷. A tal proposito, va segnalato che, da alcuni anni, in materia di *drug-policies* si registra, a livello globale, «un inedito cambio di passo»; il tema «non sembra più essere quello dell'opportunità politico-criminale di abbandonare o meno schemi d'impronta marcatamente proibizionista, quanto, piuttosto, quello dell'individuazione del modello alternativo da abbracciare»⁴⁸.

Muovendosi in questo solco, è possibile ipotizzare, anche per l'Italia, svariati modelli d'intervento, che spaziano dal regime legalizzato in condizioni di monopolio⁴⁹, al regime autore-

⁴⁰ Sottolinea questa duplice traiettoria nei recenti progetti di depenalizzazione, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, *Riv. it. dir. pen. proc.* 2014, 4, p. 1693.

⁴¹ A. SERENI, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica*, *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2015, 3, p. 563.

⁴² Con specifico riferimento alla l. n. 67/2014 e alla sua incompatibilità con un'autentica «politica di beni giuridici», A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria* (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67), *Leg. pen.* 2015, pp. 23ss.

⁴³ Così, sebbene in campo diverso, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna 2012, p. 18.

⁴⁴ Sulle oscillazioni della giurisprudenza in materia di coltivazione, di recente, C. BRAY, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, *Dir. pen. cont.*, 23.5.2016; ipotizza la necessità di ricorrere ad un nuovo intervento delle Sezioni unite, M. TORIELLO, *Nuovi orizzonti del principio di offensività*, cit., p. 1968. In prospettiva più ampia, sottolinea il contrasto tra incertezza giurisprudenziale in materia di stupefacenti e garanzie fondamentali dell'individuo, V. MANES, *Il nuovo art. 73 D.P.R. n. 309/1990*, cit., pp. 4479ss.

⁴⁵ Condivisibilmente, V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività*, cit., p. 951, sottolinea che «i danni all'individuo e alla società prodotti dalla repressione penale della coltivazione per uso personale rischiano di soverchiare i benefici. Da un lato, l'autoreferenzialità di tale condotta [...] non favorisce la crescita del mercato illegale alimentandone la domanda. Dall'altro, il 'coltivatore' può evitare il contatto con i terminali delle organizzazioni criminali, inclini a proporre droghe sempre più insidiose, anche per l'aggiunta di additivi».

⁴⁶ Con specifico riferimento alle organizzazioni coinvolte nel traffico di cannabis, UNODC, *World drug report 2017. The drug problem and organized crime*, cit., p. 16; con specifico riferimento alla diversificazione dei prodotti collegati alla cannabis in Europa, EMCDDA - EUROPOL, *EU drug markets report 2016*, pp. 60s.

⁴⁷ EMCDDA - EUROPOL, *EU drug markets report 2016*, cit., p. 44.

⁴⁸ V. MANES - L. ROMANO, *Uno sguardo d'insieme*, cit., pp. 1548s.

⁴⁹ Va in questa direzione la proposta della DNA: «appare sicuramente condivisibile l'idea di inquadrare la cannabis fra i generi di Monopolio. L'assimilazione cioè - sia pure nella particolarità del caso - del regime giuridico della cannabis a quello dei tabacchi [...] appare una soluzione concreta, fattibile e priva di rischi. [...] Fermo restando, infatti, il divieto di vendita della cannabis ai minori [...] esiste, invece, una rete già nota, collaudata, sicura e conosciuta di rivenditori di generi di monopolio e non si vede perché non si possa ricorrere alla stessa - ovvero a parte della stessa, escludendo chi abbia eventuali controindicazioni di carattere oggettivo e soggettivo - per la distribuzione del prodotto». Seguono indicazioni sulla riforma dell'apparato sanzionatorio, che la DNA immagina costruito in senso 'scalare' e con una distinzione della risposta sulla base della natura monopolistica (lecita) o autoprodotta (illecita) della sostanza.

golamentato in forma associativa⁵⁰ fino al regime autocontrollato di coltivazione domestica⁵¹. Sulle ali d'un ottimismo probabilmente immotivato, c'è da augurarsi che il tema venga seriamente affrontato nella prossima legislatura⁵²; per quanto i confronti con altri ordinamenti debbano essere condotti con estrema cautela, infatti, alcuni studi sugli effetti della legalizzazione in vari Stati americani⁵³ sembrano iniziare a dare riscontri positivi su più fronti⁵⁴.

Ovviamente, qualunque opzione legalizzatrice o persino liberalizzatrice porrebbe a sua volta delle nuove questioni. Se ne segnalano, e in estrema sintesi, giusto due.

Anzitutto, qualunque riforma volta a restringere l'area del penalmente rilevante in materia di droga potrebbe astrattamente porsi in contrasto con gli obblighi di incriminazione di fonte internazionale⁵⁵. Come noto, le Convenzioni internazionali sugli stupefacenti sposano un'impostazione particolarmente restrittiva. Nella speranza che UNGASS 2019 segni una svolta nell'approccio alle politiche globali in materia di droga, al momento, le soluzioni prospettabili sembrerebbero essere, in alternativa, una (per vero, difficile) revisione dei trattati⁵⁶ o, assai più realisticamente, un'interpretazione *flessibile e contestuale* di quelli esistenti⁵⁷, generalmente consentita dalla Convenzione internazionale di Vienna del 1969 e, come premesso in apertura, espressamente patrocinata nella Risoluzione UNGASS 2016. Da segnalare, in questa direzione, anche la duplice traiettoria indicata dalla UE, la quale, da un lato, orienta le politiche di contrasto alla droga allineandola con gli obiettivi di protezione del mercato interno⁵⁸; dall'altro, lascia agli Stati membri un discreto margine di manovra in materia di uso esclusivamente personale⁵⁹.

Un'ulteriore problematica si colloca proprio sul piano UE e attiene al possibile c.d. *balloon-effect* o, nella colorita terminologia sudamericana, 'effetto cucaracha'. Considerate le criticità dovute alla libera circolazione di persone e merci all'interno dell'Unione⁶⁰, la legalizzazione delle droghe cc.dd. leggere in un Paese potrebbe rompere determinati equilibri, incentivando il c.d. turismo della droga, in un senso; dirottando i traffici verso Paesi limitrofi, nell'altro. È

⁵⁰ È il caso dei *cannabis social clubs* (CSC) spagnoli. Nati in un ordinamento relativamente tollerante rispetto ai fatti di consumo personale, i CSC non sono al momento oggetto di specifica regolamentazione a livello nazionale, ciò che pregiudica la lineare applicazione della normativa; in ogni caso, esistono dei codici di condotta adottati a livello regionale, oltreché un *Manuale* di linee-guida fissate dall'*European Coalition for Just and Effective Drug Policies* (ENCOD). I principi cardine cui si fondano i CSC sono diritto all'autodeterminazione, diritto di associazione e finalità no-profit. In linea generale, è previsto che il CSC sia costituito in forma di associazione e regolarmente registrato; l'ingresso sia consentito ai soli membri e, solitamente, l'adesione avvenga soltanto su invito o dietro parere medico; la produzione di sostanza rispetti determinati limiti e il consumo avvenga rigorosamente all'interno del CSC; i proventi siano tutti reinvestiti in operazioni di coltura e di gestione del CSC, senza possibilità di forme di profitto diverse.

⁵¹ Il progetto di più ampio respiro, in questo senso, era certamente quello contenuto nei d.d.l. AC-3229 e AS-2007 (proposta Nicchi - Manconi). Aniché lavorare direttamente sul TUS, in questo caso, veniva proposto un articolato esplicitamente derogatorio, in grado di dare alle politiche sulla droga una prospettiva assolutamente nuova. Il disegno si componeva di dodici articoli e constava di numerosi punti: (i) autocontrollo e autoregolazione del consumo di cannabis, tanto in forma domestica quanto in forma associata, con limiti quantitativi ed espressi divieti a tutela dei minori; (ii) drastica riduzione dell'area illecita, con possibilità di accordare sanzioni penali solo a fatti contro la tutela dei minori o relativi ad associazioni criminali; (iii) spostamento dell'asse preventivo dalla sanzione alla tassazione, con previsione di accise sufficientemente alte come per tabacchi ed alcol; (iv) rafforzamento delle politiche di educazione e prevenzione già previste nel TUS ma scarsamente efficaci; (v) istituzione di un'Agenzia nazionale per la Regolamentazione delle Sostanze Psicoattive, il sostegno alla ricerca e alla sperimentazione.

⁵² Sui benefici in termini economici derivanti dall'eventuale legalizzazione, M. ROSSI, *Le implicazioni economiche della legalizzazione della cannabis in Italia*, in *Libro bianco sulle droghe*, cit., p. 51.

⁵³ Negli USA, la marijuana a fini medici è legale in ventotto Stati oltreché nel distretto di Washington; di questi ventotto, circa i due terzi consentono anche l'uso di sostanza con principio psicotropo attivo. Per converso, otto sono gli Stati che, tramite processo referendario, sono addivenuti alla regolazione della marijuana a fini ricreativi. Permangono comunque delle incertezze applicative, giacché il regime *liberal* adottato a livello statale strida con l'approccio proibizionista sposato a livello federale. Per un ipotetico parallelo California-Italia, A. CADOPPI - B. SCARCELLA, *California dreamin'. Per una legalizzazione della cannabis e dei suoi derivati*, in *questa Rivista*, 3/2016, p. 202.

⁵⁴ Nella nostra prospettiva, seppur con riferimento all'uso medicale, E. GAVRILOVA - T. KAMADA - F. ZOUTMAN, *Is legal pot crippling Mexican drug trafficking organizations? The effect of medical marijuana laws on US crime*, *ssrn.com* 2015, ora anche in *The ec. jour.* 16.11.2017; ancora più di recente, si veda il lavoro della DRUG POLICY ALLIANCE, *From prohibition to progress: a status report on marijuana legalization*, (v. [questa pagina web](#)).

⁵⁵ *Contra*, L. ROMANO, *Non viola la Costituzione*, cit., p. 6, secondo la quale impedimento a politiche di minore rigore non sono tanto gli obblighi internazionali, quanto l'associazione generale droga-insicurezza.

⁵⁶ G. ZUFFA, *La legalizzazione della cannabis e le Convenzioni ONU. Opzioni e dilemmi*, in *Libro bianco sulla legge sulle droghe*, cit., p. 35.

⁵⁷ Di questo avviso, A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti*, cit., p. 597, il quale esclude che il passaggio a un regime legalizzato si ponesse in contrasto con gli obblighi internazionali, contenendo le varie convenzioni un'espressa riserva di compatibilità coi principi costituzionali e i valori fondamentali di ciascun ordinamento; per alcune controindicazioni sull'eccessivo affidamento alla flessibilità, G. ZUFFA, *La legalizzazione della cannabis e le Convenzioni ONU*, cit., p. 36.

⁵⁸ Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Verso un'azione europea più incisiva nella lotta alla droga*, Bruxelles 25.10.2011, COM(2011) 689.

⁵⁹ Cfr. cons. 4, art. 2 §2 direttiva 2004/757/GAI. *Ex adverso*, Corte cost. n. 109/2016, § 8.3, nella quale si sottolinea che la direttiva-quadro «non obbliga gli Stati membri a prevedere come reato la coltivazione per uso personale, ma neppure impedisce loro di farlo».

⁶⁰ EMCDDA - EUROPOL, *EU drug markets report 2016*, cit., pp. 45ss.

evidente che il miglior modo per affrontare quest'ordine di problemi sarebbe addivenire ad una (al momento, difficilissima⁶¹) soluzione condivisa a livello UE⁶².

In ogni caso, per concludere, crediamo che le esigenze di riforma rimangano più forti delle eventuali difficoltà teoriche e/o applicative che qualunque nuova soluzione potrebbe comportare. Uno dei messaggi tratti da Corte cost. n. 32/2014 era che la Consulta, censurando la violazione di un preciso vincolo procedurale connesso all'attività legislativa, avesse inteso ribadire la necessità che le politiche in materia di stupefacenti fossero quanto più condivise, meditate e razionalmente fondate⁶³. Come risaputo, la legittimazione di una norma penale deriva anche dalla sua efficacia e dalla sua accettazione sociale⁶⁴, ovverosia dalla forza con cui la comunità di riferimento condivide i valori che stanno alla base dell'incriminazione. Crediamo che, in un'ottica di riforma, il legislatore non possa non tenere conto di questi due aspetti, ricordando, da un lato, il conclamato fallimento di questo perdurante «panproibizionismo penalmente assistito»⁶⁵; dall'altro, la circostanza che il popolo italiano, sebbene diversi anni fa, chiamato a pronunciarsi sulla c.d. dose media giornaliera tramite referendum, si espresse nettamente contro l'illiceità di fatti aventi scarsa rilevanza offensiva.

⁶¹ Oltre alle generali difficoltà di equilibrio politico all'interno della UE, spicca l'assenza di armonizzazione sanzionatoria in materia di contrasto agli stupefacenti. Sul punto, EMCDDA, *Relazione europea sulla droga 2017*, cit., pp. 37ss.

⁶² C. FIJNAUT, *Legislation of cannabis in some American States. A challenge for the European Union and its Member States?*, *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.* 2014, 22, pp. 215s.

⁶³ D. NOTARO, *Fra Corte costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di stupefacenti*, in *Stupefacenti e diritto penale*, cit., pp. 17, 24s.

⁶⁴ Sul tema della legittimazione penale, autorevolmente, G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 2011, p. 135; C.E. PALIERO, *Legittimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale*, *ivi*, p. 157; ID., *L'agorà e il palazzo: quale legittimazione per il diritto penale?*, *Criminalia* 2012, p. 95.

⁶⁵ A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti*, cit., p. 129.

IL NUOVO DIRITTO PENALE AMBIENTALE
THE NEW ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW

Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori

Introduzione agli Atti del II Convegno dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale,
Gruppo Italiano, Sezione Giovani (Firenze, 2 dicembre 2016)

The New Environmental Criminal Law. Issues Concerning Crime Theory and Sanctions

*Introduction to the Conference Proceedings of the 2nd Conference of International Association of Penal
Law, Italian Group, Young Penalists (Florence, December 2nd, 2016)*

PAOLA SEVERINO

Professoressa ordinaria di Diritto penale - Rettore dell'Università LUISS "Guido Carli"
pseverino@luiss.it

ABSTRACT

Il contributo presenta le principali novità, le questioni irrisolte e le sfide future introdotte dalla l. 22 maggio 2015, n. 68 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente". I temi in discorso sono oggetto di ulteriore analisi e approfondimento nei lavori ospitati dal presente fascicolo, i quali costituiscono gli Atti del II Convegno dell'AIDP – Associazione Internazionale di Diritto Penale, Sezione Giovani del Gruppo Italiano, svoltosi a Firenze il 2 dicembre 2016.

This contribution introduces the main innovations, the unsolved problems and the future challenges brought by the Law of 22 May 2015, No. 68. Such topics are in-depth analyzed throughout the papers published in the present Issue, which constitute the conference proceedings of the 2nd Conference of the International Association of Penal Law, Young Penalists of the Italian Group, held in Florence on December 2nd, 2016.

La seconda edizione del Convegno annuale dei giovani penalisti del Gruppo Italiano dell'AIDP è stata dedicata all'analisi delle novità introdotte dalla l. 22 maggio 2015, n. 68, alle questioni irrisolte e alle prospettive evolutive in ambito penale ambientale.

Anche l'oggetto del primo convegno dei giovani penalisti del Gruppo Italiano dell'AIDP era trasversale — *Ricchezza illecita ed evasione fiscale* — e aveva consentito di compiere un viaggio attraverso i diversi strumenti di contrasto alla criminalità del profitto; e anche in quel caso si erano affrontati argomenti classici, ma sempre rivitalizzati dalle modifiche normative e dagli interventi giurisprudenziali, accanto a questioni di più recente emersione — penso al tema del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, su cui successivamente la Grande Camera ha 'ridimensionato' l'impatto della sentenza Grande Stevens, oppure al delitto di autoriciclaggio.

L'area tematica di questo secondo Convegno appare più circoscritta, riferendosi alla tutela penale dell'ambiente: ciò però solo a prima vista, atteso che i nuovi reati ambientali rappresentano lo sfondo per affrontare questioni centrali della teoria del reato nonché aspetti di rilievo in tema di meccanismi sanzionatori.

Il tema della protezione dell'ambiente riveste un indubbio fascino per il penalista, non ultimo in ragione dell'importanza del bene giuridico in questione, nonché per la necessità, nella società attuale, di operare un bilanciamento con altri beni di sicuro rilievo.

È questo un terreno nel quale, infatti, compete al legislatore di individuare il delicato punto di equilibrio tra la tutela dell'ambiente e le esigenze poste dallo svolgimento dell'attività produttiva: un equilibrio, peraltro, mutevole nel tempo. Si pensi solo alla scarsa sensibilità verso le questioni ambientali nella fase della prima industrializzazione, di cui paghiamo ancor oggi le conseguenze — in termini, ad esempio, di inquinamento storico — e, di contro, al progressivo affermarsi delle esigenze di tutela dell'ambiente in tempi più recenti, alla luce della accresciuta consapevolezza delle conseguenze pregiudizievoli degli inquinamenti e in funzione di tutela di oggettività giuridiche ulteriori, quali la vita e l'integrità fisica dei consociati, ma anche la sostenibilità e il benessere delle generazioni future.

Si tratta di un settore che si caratterizza anche per la inevitabile coesistenza di diversi piani di intervento: quello civile, quello amministrativo nonché quello penale; così pure, si tratta di un ambito di disciplina che si è di recente arricchito, accanto a quella della persona fisica, della responsabilità della persona giuridica.

Infine, solo per completare questo schizzo introduttivo, si è al cospetto di una materia che è stata oggetto negli ultimi tempi di precisi obblighi di penalizzazione a livello UE; anzi, la direttiva del 2008, che ha ispirato gli ultimi interventi novellistici, ha rappresentato, come noto, il battesimo della nuova stagione culminata poi con l'adozione del Trattato di Lisbona.

Il percorso evolutivo della normativa nello specifico settore in esame riflette, a ben vedere, il processo di stratificazione della disciplina già registratosi nel campo della salute e sicurezza sul lavoro: un nucleo di previsioni a carattere contravvenzionale, contenute nel Testo Unico dell'Ambiente, affiancato però dalla tutela codicistica in tema di incolumità pubblica, e completato dall'estensione del perimetro di responsabilità all'ente.

Se è vero che i parallelismi con la materia della salute e sicurezza sul lavoro risultano diretti e immediati — in virtù dell'alto tasso di tecnicismo che caratterizza tale settore così come quello ambientale, oggetto delle riflessioni qui condotte — è altrettanto vero che, tuttavia, i risultati raggiunti, anche in seguito alla riforma del 2015, non paiono potersi dire i medesimi.

Mi riferisco alla specificazione del principio di precauzione che nel campo della salute e sicurezza sul lavoro si è raggiunto attraverso una compiuta disciplina dell'autonormazione e della regolamentazione dell'analisi del rischio e che, come avrò modo di dire più avanti, in materia ambientale risulta invece ancora problematica.

Ciascuno degli ambiti di disciplina sopra evocati pone, d'altronde, problemi peculiari: sul fronte contravvenzionale si è in presenza di precetti costruiti secondo la tecnica delle norme a struttura sanzionatoria, con inevitabili riflessi in punto di intellegibilità del precetto; sul versante delle disposizioni codicistiche si è tradizionalmente scontata l'assenza di previsioni *ad hoc*, con il risultato di affidare le istanze di protezione all'ospitale figura del disastro innominato o, in altri casi, di chiamare in causa i delitti classici di omicidio, generando indubbe tensioni rispetto ai principi generali in tema di accertamento della causalità¹ e della colpa; sul terreno della responsabilità degli enti, grava oggi sull'interprete — alla luce appunto delle nuo-

¹ V. le considerazioni di S. ZIRULIA, *infra*.

ve ipotesi introdotte con la legge del 2015 sugli 'ecoreati' — il compito di verificare, in ossequio al principio di legalità *ex art. 2 d.lgs. n. 231 del 2001*, i margini di possibile corresponsabilizzazione dell'ente rispetto a condotte poste in essere nel passato, ma i cui effetti perdurano nel tempo, o a comportamenti solo in parte realizzati dopo l'entrata in vigore della riforma; e senza qui ancora anticipare alcune riflessioni che si indirizzano più specificamente verso il nucleo di fattispecie criminose — dall'inquinamento ambientale al disastro ambientale, e così via procedendo — introdotte con la novella in discorso.

Si tratta di questioni che, opportunamente trattate nel corso del Convegno, dovranno essere poi rimediate in considerazione anche dei nuovi scenari aperti dalle neonate figure criminose appena richiamate.

Lo stesso percorso che ha condotto all'inserimento di siffatte ipotesi mostra, d'altro canto, la difficoltà in capo al legislatore di sviluppare una chiara linea di politica criminale. A fronte dei vincoli di incriminazione posti dalla direttiva del 2008, il legislatore si è infatti inizialmente limitato, con le modifiche del 2011, a operare un primo timido adeguamento agli *input* di fonte UE, inserendo le contravvenzioni di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis*, di natura poco più che bagatellare, nel codice penale, contestualmente iniziando a percorrere anche la strada della responsabilità dell'ente collettivo mediante l'introduzione dei reati ambientali nel *corpus* del "decreto 231". In quella fase, il messaggio che il legislatore sembrava voler veicolare era quello di reputare il sistema interno, per il resto, già conforme agli obblighi eurounitari, avuto riguardo alle condotte di maggior impatto lesivo; parendo così ratificare, in certo qual modo, l'indirizzo giurisprudenziale che nei casi di grave inquinamento faceva ricorso ai delitti di disastro "comune".

Le cose, come noto, sono andate diversamente e le riflessioni sviluppate nei contributi che seguiranno ne sono la prova: il legislatore — e qui è inutile nasconderselo, i noti fatti di cronaca (*Eternit*, *Ilva*² etc.) hanno giocato un ruolo decisivo — è per certi versi tornato sui suoi passi, costruendo un autonomo sottosistema di tutela dell'ambiente a livello codicistico, collocato a ridosso dei delitti contro l'incolumità pubblica, nel nuovo titolo VI-*bis* riservato per l'appunto ai delitti contro l'ambiente.

Dico subito che a me pare apprezzabile aver coniato apposite incriminazioni: per un verso, il legislatore ha così dato ascolto al monito, per anni passato sotto silenzio, lanciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 327 del 2008 che, con un fine percorso interpretativo volto a valorizzare il diritto vivente, era riuscita a salvare dalle censure di imprecisione il disastro innominato, ma al contempo aveva sollecitato l'introduzione di una specifica previsione che si facesse carico di normare la materia del disastro ambientale; dall'altro, in linea con quanto affermato nel Considerando 5 del Preambolo della direttiva del 2008, si è data specifica attuazione alle istanze di tutela dell'ambiente rispetto a tutte le forme di deterioramento significativo che possano interessarlo, attraverso sanzioni penali dotate di una significativa dissuasività.

La prospettiva "ecocentrica" che sembra pervadere l'intera novella del 2015 ha poi comportato l'introduzione nel Testo Unico Ambiente della parte VI-*bis* — comprendente gli artt. da 318-*bis* a 318-*octies* — dedicata a una nuova, speciale disciplina estintiva delle contravvenzioni³.

E infatti, seguendo ancora una volta il sentiero intrapreso in materia di salute e sicurezza sul lavoro, e nella volontà di tutelare l'ambiente migliorando l'efficacia delle prescrizioni a ciò volte, il legislatore ha scelto di 'premiare' con l'estinzione del reato i casi in cui, alla commissione di una fattispecie contravvenzionale, seguano la predisposizione e l'applicazione delle prescrizioni decise dall'autorità competente.

In particolare, in caso di «ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette» (art. 318-*bis*), «l'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'articolo 55 del codice di procedura penale, ovvero la polizia giudiziaria impartisce al contravventore un'apposita prescrizione asseverata tecnicamente dall'ente specializzato competente nella materia trattata, fissando per la regolarizzazione un termine non superiore al periodo di tempo tecnicamente necessario» (art. 318-*ter*).

Si tratta di un procedimento di composizione alternativa del conflitto penale cui il siste-

² Il caso è esaminato nella prospettiva Cedu da V. MANCA, *infra*.

³ Su cui v. il contributo di A. MARTUFI, *infra*.

ma guarda con particolare favore, al punto che, nel caso in cui il procedimento non sia stato attivato dall'organo di vigilanza o dalla polizia giudiziaria, spetta al pubblico ministero darne opportuna comunicazione, affinché questi stessi organi provvedano agli adempimenti di cui agli articoli 318-ter 318-*quater* e successivamente informino il pubblico ministero «della propria attività senza ritardo».

Nonostante siano ancora molte le questioni lasciate aperte dal legislatore, in relazione ad esempio al rapporto tra la disciplina delle estinzioni e l'istituto dell'oblazione ai sensi dell'art. 162-*bis* c.p. — molte volte l'adempimento alle prescrizioni (una sorta di *road map* prevista dalle amministrazioni competenti) richiede la spendita di ingenti risorse economiche, probabilmente, se non certamente, maggiori di quelle a cui il soggetto andrebbe incontro ricorrendo all'oblazione — non si possono trascurare gli effetti positivi e i vantaggi che una simile disciplina potrebbe recare con sé.

In tale ottica, diviene centrale anche il coraggio della pubblica amministrazione competente nello svolgimento delle sue funzioni, avuto riguardo alla scarsa determinatezza che sovente caratterizza le disposizioni che all'amministrazione affidano il compito di eliminare o ridurre i rischi a breve o a lungo termine. È chiaro infatti come quest'ultima, nell'esercizio di un potere discrezionale o in presenza di un ambito riservato di valutazione, possa, all'interno di un perimetro delineato dal rispetto di principi generali quali quelli di proporzionalità e ragionevolezza, ad esempio dare luogo a valutazioni soggettive e giudizi prognostici che, avendo una solida base giuridica e normativa, nonché un considerevole *background* tecnico-scientifico, siano in grado di porsi quali soluzioni ottimali per la tutela di beni giuridici di primaria importanza come l'ambiente, la vita e la salute dell'uomo.

Insomma, mi pare trattarsi, come accennavo prima, di un intervento che si muove nel solco di quanto già sperimentato nel campo della sicurezza sul lavoro e che si mostra, in certa misura, in linea con alcune componenti di 'prezialità' già esistenti nel tessuto previgente di disciplina, rispetto a condotte a carattere 'riparatorio'.

Altri profili problematici emergono dalla fattispecie di disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater* c.p., i cui tratti caratterizzanti riprendono è vero in larga misura quelli del "vecchio" disastro di matrice giurisprudenziale — in relazione al quale, tuttavia, il legislatore non ha colto l'occasione della riforma per risolvere alcune delle questioni più controverse emerse in relazione all'applicazione dell'art. 434 c.p.

Da un lato, dunque, l'introduzione della nuova fattispecie va sicuramente salutata con favore per avere fornito una solida base normativa al disastro ambientale, dall'altro, non può trascurarsi come essa non incida in maniera particolarmente significativa sull'area di illiceità penale che si era arrivata a definire, anche in ragione dell'interpretazione giurisprudenziale.

Delle riflessioni, poi, suscita anche il fatto che il legislatore abbia previsto in relazione al solo delitto di inquinamento ambientale una fattispecie autonoma di morte o lesioni come conseguenza non voluta (art 452-*ter* c.p.)⁴ — peraltro, stranamente non inserita nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti — e non abbia introdotto un'analogha previsione con riferimento al reato di disastro, che pure rappresenta fatti di inquinamento dagli effetti maggiormente significativi, non ultimo da un punto di vista temporale, e dunque dalle potenzialità più aggressive nei confronti dei beni della vita e dell'incolumità fisica.

Semberebbe infatti che il legislatore si sia preoccupato di punire in maniera più incisiva le conseguenze lesive discendenti dalla compromissione e dal deterioramento, e che abbia invece trascurato le analoghe conseguenze che possano derivare da un'alterazione irreversibile dell'ambiente; così sollevando la connessa questione di dover tracciare i confini tra l'ipotesi di disastro *ex* art. 452-*quater*, comma 1, n. 3 c.p. («l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per [...] il numero delle persone offese o esposte a pericolo») e la fattispecie di morte o lesioni, di cui al menzionato art. 452-*ter* c.p.

Innumerevoli, dunque, le criticità emergenti in relazione al nuovo assetto di disciplina le quali, per i diversi profili, saranno oggetto di ulteriore analisi nei contributi che qui seguiranno.

Esse sono in parte riconducibili alla difficoltà di tradurre compiutamente i bisogni e le caratteristiche peculiari di una materia altamente tecnica in dispositivi normativi efficaci e, insieme, rispettosi dei principi di tassatività e determinatezza.

Mi riferisco all'inevitabile e frequente utilizzo di concetti, termini o locuzioni dal significato equivoco e con ampia latitudine semantica, quali ad esempio «abusivamente» e «com-

⁴Per i profili di colpevolezza v. M. MATTHEUDAKIS, *infra*.

promissione o [...] deterioramento significativi» (art. 452-*bis* c.p.) o anche «eliminazione [che] risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali» (art. 452-*quater*), la cui specificazione e il cui chiarimento stanno richiedendo un intenso lavoro da parte di giurisprudenza e dottrina. Non che questo aspetto sorprenda: la materia ambientale, per la verità come altre, ha visto la giurisprudenza svolgere un ruolo propulsivo, tenuto conto anche delle difficoltà legate a un percorso parlamentare articolato e riguardante un tema senza dubbio 'sensibile'.

Credo però che almeno su alcuni profili, come ad esempio sulla nozione di disastro, che ha così affaticato gli interpreti (chiaro naturalmente il riferimento alla vicenda *Eternit*, cruciale peraltro anche per quanto attiene alla controversa individuazione del *tempus commissi delicti*)⁵, si potesse compiere qualche sforzo ulteriore per pervenire a una più puntuale delineazione.

Penso all'apporto, oramai irrinunciabile sembrerebbe, che le linee guida e le *Best Available Techniques* sono in grado di fornire in questo settore di disciplina⁶; senza con ciò voler nascondere le tensioni, in termini di rispetto dei rapporti tra fonte primaria e fonte secondaria nella materia penale, nonché in relazione alla ricostruzione e all'accertamento della colpa, che il ricorso a simili referenti può comportare.

Né mi è possibile qui affrontare i problemi che emergono dal contatto tra la realtà normativa in esame e il principio di precauzione, che sarà poi oggetto di autonoma riflessione⁷.

Mi limito a osservare che bisogna stare attenti ai rischi che un uso "distorto" dell'attività di *risk assessment* e del principio di precauzione possono determinare in tema di rispetto dei principi di garanzia propri della materia penale.

A me sembra che la sede naturale del ricorso alla precauzione — la quale, come principio generale, trova proprio nella materia ambientale una sua esemplificazione normativa — debba essere quello della produzione del diritto.

Essa deve cioè fungere da eventuale motore di scelte a livello legislativo o politico-amministrativo poiché, ove calata sul piano delle metodiche di accertamento degli elementi del reato, comporta il rischio, ad esempio sul terreno della colpa, di ritenere prevedibili eventi lesivi di cui *ex ante* risulta difficile affermare la conoscibilità, secondo una logica del 'senno di poi'.

Non mancano del resto casi in cui la stessa giurisprudenza richiami a un uso attento di tale principio: penso alla sentenza della Cassazione sul terremoto dell'Aquila ove si sottolinea che «la regola cautelare, fondata sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, vale con riguardo ai casi in cui la verifica di questo, in presenza della condotta colposa, può ritenersi, se non certa, quantomeno possibile sulla base di elementi d'indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità, sia pure solo di consistenza empirica e non scientifica. Essa, invece, non può essere individuata sulla scorta del principio di precauzione, che ha riguardo ai casi in cui si è rimasti al livello del 'sospetto' che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi (in particolare sulla salute dell'uomo) — e dunque quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti elementi di indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare attendibili e concrete previsioni circa il ricorso di eventuali connessioni causali tra la condotta sospetta e gli eventi lesivi» (Cass. pen., sez. IV, sent. 19 novembre 2015, n. 12478, in *dejure*).

Nella misura in cui tale principio si prefigge lo scopo di tutelare da possibili, ma ancora indeterminati rischi per l'ambiente, così come per la salute umana, un suo utilizzo mal si presta alla ricostruzione degli elementi costitutivi della fattispecie di reato.

Vorrei chiudere con qualche considerazione sul tema della responsabilità degli enti, oggetto di ben due relazioni⁸. L'intervento del 2015 porta a compimento un *iter* che a dire il vero era stato avviato sulla carta già dal legislatore delegato del 2000 il quale, nel prefigurare il nuovo scenario normativo, aveva inserito proprio i reati ambientali nel novero dei reati presupposto. So che la scelta è stata criticata, ma personalmente sono tra coloro che hanno salutato con favore l'iniziale *self restraint* del legislatore, già solo per l'opportunità di consentire che la normativa avesse un suo primo rodaggio. Per la verità l'esperienza giurisprudenziale in punto di delineazione dei meccanismi di corresponsabilizzazione dell'ente non mi pare esaltante, se pensiamo alle difficoltà incontrate nel far realmente funzionare, secondo il suo spirito origina-

⁵ In tema di prescrizione del reato v. E. COTTU, *infra*.

⁶ V. sul punto la relazione di M. BOSI, *infra*.

⁷ Tema esaminato da I. SALVEMME, *infra*.

⁸ Si tratta dei contributi di R. SABIA, *In tema di rispetto del principio di legalità in "ambito 231"*, e di Sara Petella, *su criticità e prospettive recate, sempre su questo terreno*, dalla riforma: v. *infra*.

rio, il meccanismo premiale-punitivo alla base del d.lgs. 231 del 2001. Ad ogni modo, anche sulla spinta delle richieste sovranazionali, direi che era inevitabile contemplare la responsabilità dell'ente rispetto alle nuove figure.

E anche l'intervento in questione evidenzia una serie di problemi di non poco momento: si va dalle questioni di taglio tecnico inerenti alle modalità di costruzione dell'ordito normativo — le scelte compiute rischiano di aprire vuoti di tutela o di determinate disparità di trattamento tra le diverse ipotesi — alle problematiche che l'interprete è chiamato ad affrontare, e in parte già posti dalla riforma del 2011, circa gli spazi di possibile applicazione della nuova normativa rispetto a condotte iniziate in precedenza ma perduranti.

Insomma, la novella sugli 'ecoreati' ha posto l'interprete, come spesso accade d'altronde nell'attuale fase di produzione normativa, dinanzi a numerosi nodi che dovranno essere sciolti attraverso il dialogo tra dottrina e giurisprudenza: sono sicura che l'incontro di oggi rappresenterà un primo, fruttuoso, tentativo di avviare il confronto.

Le *best available techniques* nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza

The Best Available Techniques on Defining the Case in Issue and on the Culpability Verdict

MARINELLA BOSI

*Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Macerata
marinella.bosi@giustizia.it*

REATI AMBIENTALI, COLPEVOLEZZA

ENVIRONMENTAL CRIMES, CULPABILITY

ABSTRACT

Oggetto di questo contributo è la rilevanza attribuita alle c.d. migliori tecniche disponibili (*Best available techniques*) nella previsione e nell'accertamento degli illeciti penali in materia di ambiente. Per affrontare tale problematica occorre anzitutto chiarire cosa siano le *BAT* e come operino nel sistema ambientale, per poi valutare in che termini esse interessino il diritto penale. La risposta a quest'ultima domanda non potrà prescindere da una riflessione sulla natura delle *BAT*, la cui individuazione, apparentemente frutto di una scelta meramente tecnica, coinvolge anche considerazioni politico-economiche.

The object of this article is the relevance given to the so-called best available techniques in the definition and detection of environmental crimes. In order to explore this topic, it's fundamental to clarify what is intended for *BAT* and how they operate in the environmental law system, before to evaluate under what terms criminal law might apply them. To do so, it's necessary to examine the nature of the *BAT*, analyzing how their identification inevitably involves political and economical factors - and not merely technical ones.

SOMMARIO

1. Nozione di *Best Available Techniques*. – 1.1. Il procedimento di formazione delle *BAT*. – 1.2. Migliori tecniche disponibili e tecniche emergenti. – 2. La rilevanza delle *BAT* nel diritto penale. – 2.1. La rilevanza *indiretta* delle *BAT* nella norma penale: vecchi problemi... – 2.2. ...e un nuovo problema (il mancato rispetto delle *BAT* come ipotesi di abusività della condotta negli eco-reati codicistici). – 2.2.1. L'abusività della condotta conforme alle condizioni di autorizzazione ma difforme alle *BAT*. – 2.3. La rilevanza *diretta* delle *BAT* nell'accertamento del dolo e della colpa.

1.

Nozione di *Best Available Techniques*.

Per affrontare le riflessioni che le *migliori tecniche disponibili* in campo ambientale impongono al diritto penale non si può prescindere da una loro breve presentazione, volta a metterne in luce la natura e le particolarità che le caratterizzano all'interno della lata categoria delle *best practices* provenienti dal corpo sociale.

Volendo offrire un tributo alla città che ospita questo Convegno e al Sommo Poeta, possiamo dire che le *migliori tecniche disponibili* (o *BAT*, acronimo di *Best Available Techniques*) individuano, per volontà del legislatore comunitario, recepita nel sistema nazionale¹, quella che appare la *diritta via* da seguire nella scelta dei modi di produzione potenzialmente inquinanti, dalla fase di progettazione, passando per quella di esercizio, fino alla chiusura e alla bonifica dei siti.

Più precisamente, secondo la definizione oggi offerta dall'art. 5 c. 1 lett. 1 *ter* TUA², le *BAT* rappresentano quelle condizioni, da adottare nel corso di un ciclo di produzione, che sono contemporaneamente *idonee ad assicurare la più alta protezione ambientale* (*migliori*, concretamente: meno rifiuti, meno immissioni, meno sostanze volatili o tossiche, più riciclo, più monitoraggio, ecc.) e *accessibili a costi ragionevoli* (*disponibili*).

Nel sistema del diritto ambientale extra-penale, il principale compito delle *migliori tecniche disponibili* è dunque quello di contribuire alla formazione di quei *valori-soglia* o *limiti* (di concentrazioni di inquinanti, di emissioni, ecc.) assunti come parametri da rispettare, nello

¹ Sul piano europeo le *BAT* sono da ultimo disciplinate nella direttiva 2010/75/UE (c.d. direttiva IED) del 24.11.2010 relativa alle emissioni industriali, recepita nell'ordinamento italiano attraverso il c.d. decreto emissioni n. 46/2014. Il riferimento alle migliori tecniche disponibili era già presente nelle direttive 2008/1/CE e 96/61/CE, conosciute come direttive IPPC (*Integrated Pollution Prevention and Control*), volte a garantire il c.d. approccio integrato ambientale, cioè una disciplina delle attività industriali e agricole mirante a ridurre al minimo le emissioni inquinanti nell'atmosfera, nelle acque e nel suolo, oltre che i rifiuti, per raggiungere un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute.

² L'art. 5 c. 1 lett. 1 *ter* TUA definisce le *BAT* «la più efficiente e avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica di determinate tecniche a costruire, in linea di massima, la base dei valori limite di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione intesi ad evitare, oppure ove ciò si riveli impossibile, a ridurre in modo generale le emissioni e l'impatto sull'ambiente nel suo complesso. Nel determinare le migliori tecniche disponibili occorre tener conto in particolare degli elementi di cui all'allegato XI. Si intende per: 1) tecniche: sia le tecniche impiegate sia le modalità di progettazione, costruzione, manutenzione, esercizio e chiusura dell'impianto; 2) disponibili: le tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni economicamente e tecnicamente idonee nell'ambito del relativo comparto industriale, prendendo in considerazione i costi e i vantaggi, indipendentemente dal fatto che siano o meno applicate o prodotte in ambito nazionale, purché il gestore possa utilizzarle a condizioni ragionevoli; 3) migliori: le tecniche più efficaci per ottenere un elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo complesso». La definizione italiana presenta sfumature differenti rispetto a quella della direttiva comunitaria 2010/75/CE contenuta all'art. 3 par. 10, messe in luce da V. GIAMPIETRO, *Bat, valori limite di emissione atmosferica ed obiettivi di qualità ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2014, p. 786. La definizione dell'art. 5 c. 1 lett. 1 *ter* è richiamata anche dall'art. 183 c. 1 lett. nn TUA, dettante le definizioni rilevanti in materia di rifiuti. Definizione parzialmente difforme, con riferimento alle migliori tecniche disponibili in materia di emissioni, è offerta dall'art. 268 c. 1 lett. aa in materia di tutela dell'aria.

svolgimento di attività produttive potenzialmente inquinanti³. Così operando, le *BAT* offrono un *mezzo di collegamento* tra regole giuridiche e regole tecniche, che consente di imporre il rispetto delle cautele più avanzate disponibili sul mercato, e, al contempo, di agganciare il contemperamento tra libera iniziativa economica e sicurezza ambientale a un *criterio dinamico*, suscettibile di aggiornamento.

È noto, infatti, che la scelta di una tutela ambientale basata sulla *regolazione* delle attività inquinanti rinvia a una *concezione sociale dell'ambiente*, per cui il diritto assume il compito di *contemperare* la necessità di proteggere il pianeta con l'esigenza umana di svolgere attività tendenzialmente lesive delle matrici ambientali⁴, capaci tuttavia di produrre ricchezza e occupazione.

Possiamo quindi dire che, *a monte*, il legislatore comunitario e quello nazionale⁵ fissano nel criterio della "miglior tecnica disponibile" il punto di *bilanciamento* tra le ragioni della produzione e le ragioni dell'ambiente, compiendo un'operazione di *ricerca di equilibrio* tra le opposte esigenze, alla quale consegue, in ogni caso, il parziale sacrificio dei beni in gioco.

Stabilito così il punto di equilibrio («si possono svolgere attività produttive inquinanti, purché facendolo si adottino le migliori tecniche disponibili per contenerne gli effetti negativi sull'ambiente»), *a valle* viene demandato al sapere tecnico il compito di chiarire, sulla base dei dati scientifici ed economici, quali tecniche siano, contemporaneamente, capaci di garantire al meglio il rispetto dell'ecosistema e disponibili a condizioni ragionevoli.

Pertanto, attraverso la corrispondenza tra le *BAT* e il contenuto dell'autorizzazione o, più in generale, del limite imposto all'iniziativa economica, il sistema assicura la *ragionevolezza* e la *funzionalità della prescrizione individuata*, che si attesta su una valutazione *condivisibile* e, auspicabilmente, *efficace* su quale sia il migliore punto di incontro, tra le ragioni della produzione e ragioni dell'ambiente.

1.1. *Il procedimento di formazione delle BAT.*

Ciò che appare interessante porre in evidenza, dal punto di vista del sistema delle fonti, è che le *BAT* ambientali si distinguono, all'interno dell'ampia e variegata categoria dalle *best practices*, per il sigillo loro impresso dalla Commissione europea, alla quale sono affidati l'elaborazione, il riesame e l'aggiornamento delle c.d. *conclusioni sulle BAT* (o *Bat Conclusions*).

La direttiva 2010/75/UE ha infatti previsto una vera e propria opera di "codificazione" di tali tecniche a carico di detta istituzione, all'esito di uno *scambio di informazioni* tra la Commissione stessa e gli Stati Membri, le industrie interessate e le organizzazioni non governative che promuovono la protezione ambientale⁶, secondo una procedura, la c.d. *procedura di comitato*, a cui si ricorre quando gli atti normativi europei devono ricevere attuazione non già da parte dei singoli Stati, bensì da parte della Commissione, e che si conclude con un atto che riveste

³ Il richiamo alle migliori tecniche disponibili è frequente nel Testo Unico Ambientale. Così, la previsione dell'art. 29 *bis* TUA (individuazione e utilizzo delle migliori tecniche disponibili) impone di tener conto delle Conclusioni sulle *BAT* (v. *infra*) nel rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale (c.d. AIA, cioè l'autorizzazione, prevista dall'art. 29 *sexies* TUA, che sostituisce, facendole confluire in essa, le varie autorizzazioni previste per la tutela delle singole matrici ambientali altrimenti rilasciate in via autonoma, per gli impianti previsti dall'Allegato VIII del Codice dell'Ambiente, tanto al fine dell'avvio di nuovi impianti quanto in caso di modifica sostanziale degli stessi). Inoltre: in tema di tutela del suolo e delle risorse idriche, l'art. 98 TUA (risparmio idrico) prevede l'utilizzo delle migliori tecniche disponibili per eliminare sprechi, ridurre consumi, incrementare riciclo e utilizzo; l'art. 100 TUA (reti fognarie) richiama le migliori tecniche disponibili nella progettazione, costruzione e manutenzione delle reti fognarie; l'art. 101 TUA (criteri generali della disciplina degli scarichi) stabilisce che le Regioni possono stabilire valori di emissione diversi e più restrittivi di quelli indicati dall'apposito allegato del Codice dell'Ambiente, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili; in materia di gestione di rifiuti e bonifica dei siti inquinati, l'art. 180 (prevenzione della produzione di rifiuti) richiama le migliori tecniche disponibili quale strumento per la prevenzione e la riduzione della produzione dei rifiuti; l'art. 187 (miscelazione di rifiuti) prevede che la miscelazione di rifiuti possa essere, a certe condizioni, autorizzata se conforme alle migliori tecniche disponibili; l'art. 215 TUA (autosmaltimento) impone di tenere in considerazione le migliori tecniche disponibili nell'attività di smaltimento di rifiuti non pericolosi effettuati nel luogo di produzione; l'art. 237 *octies* (condizioni di esercizio degli impianti di incenerimento e coincenerimento) obbliga l'adozione di tutte le misure per ridurre le emissioni e gli odori «secondo le migliori tecniche disponibili». Infine, in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera, l'art. 271 TUA (valori limite di emissione e prescrizione per gli impianti e le attività) lega l'individuazione dei valori di emissione alle migliori tecniche disponibili.

⁴ C. RUGA RIVA, *Diritto Penale dell'ambiente*, op. cit., p. 11.

⁵ V. *retro* note 1, 2, 3.

⁶ V. art. 13 par. 1 direttiva 2010/75/UE.

la forma della *decisione di esecuzione*⁷.

In particolare, l'elaborazione delle conclusioni sulle *BAT* è guidata dal c.d. Ufficio IPPC, individuato nell'*European Integrated Pollution and Prevention Control Bureau* (EIPCCB) di Siviglia, al quale è affidato il compito di favorire lo scambio di informazioni tra Commissione europea, Stati Membri, industria e organizzazioni non governative a tutela dell'ambiente. La procedura che porta all'adozione delle *Bat Conclusions* si compone di due fasi⁸: quella del *BREF* e quella propriamente delle *BAT Conclusions*⁹. Per sommi capi, sia sufficiente qui rilevare che nella prima fase, individuato il settore oggetto delle *BAT* da emanare, si costituisce un *tavolo tecnico di esperti* dal lavoro del quale emerge, a seguito di sedute, scambi di informazioni, visite ad impianti, ecc., il documento *BREF* (*Best available techniques Reference document*), pubblicato in tutte le lingue ufficiali dell'Unione¹⁰. Nella seconda fase la Commissione Europea svolge la *procedura di comitato*, sottoponendo al comitato competente, composto da rappresentanti degli Stati Membri, industrie interessate e O.N.G., il progetto di *atto esecutivo*, che viene poi adottato¹¹. Le *conclusioni sulle BAT*, a loro volta, consentono di determinare, attraverso la previsione di un intervallo di valori, i *livelli di emissioni* associati alle migliori tecniche disponibili¹².

Con il decreto legislativo 46/2014 il legislatore ha recepito nella disciplina dell'Autorizzazione Integrata Ambientale¹³ i riferimenti alle Conclusioni sulle *BAT*¹⁴, rendendoli vincolanti. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, queste ultime fungono da riferimento per stabilire le condizioni di autorizzazione dell'AIA¹⁵; l'autorità competente fissa livelli di emissione che non superino, in condizione di esercizio normali, i livelli di emissione associati alle *BAT*¹⁶; deroghe a tali livelli di emissioni sono possibili da parte dell'amministrazione solo in casi

⁷ Tale sistema di individuazione delle migliori tecniche disponibili supera così, con riferimento ai procedimenti AIA, quello delle *linee guida di fonte ministeriale* emanate dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. 59 del 18.02.2005 e dell'art. 3 c. 2 del d.lgs. 04.08.1999, n. 392 (entrambi di attuazione della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento), con l'ausilio della Commissione nazionale per la redazione delle linee guida per l'individuazione delle migliori tecniche disponibili: si veda il punto 13 delle Linee di indirizzo sulle modalità applicative della disciplina in materia di prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento recata dal Titolo III *bis* alla parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. 4 marzo 2014 n. 46 del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare del 27.10.2014, secondo cui le linee guida MTD emanate ai sensi dei d.lgs. 372/1999 e 59/2006 non costituiscono più riferimento normativo ma possono essere considerati utili riferimenti tecnici per le parti non compiutamente illustrate nei *BREF* comunitari, e A. QUARANTA, *Le prime linee di indirizzo AIA e la promessa "uniformità applicativa"*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2015, pp. 87 ss. Ciò, come si diceva, con riferimento alle installazioni soggette ad AIA, sebbene si sia notato come le prescrizioni tecniche dei *BREF* comunitari siano destinati ad assumere un ruolo sempre più rilevante anche con riferimento agli impianti e alle attività sottoposti ad autorizzazione ordinaria (V. GIAMPIETRO, *Bat, valori limite di emissione atmosferica e obiettivi di qualità ambientale*, op. cit., p. 789).

⁸ Il meccanismo è dettagliatamente spiegato da M. LEE, *EU environmental law, governance and decision-making*, Oxford and Portland, 2014, pp. 114 ss. V. anche A. DI LANDRO, *Rifiuti, sottoprodotti, e "fine del rifiuto" (end of waste): una storia ancora da (ri-)scrivere?* in *Rivista di Diritto Penale dell'Economia*, 2014, pp. 932 ss.

⁹ I citati documenti sono disponibili al link: <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu/reference/>.

¹⁰ V. art. 13 par. 5 e par. 6 direttiva 2010/75/UE.

¹¹ In particolare, l'art. 13 par. 5 della direttiva del 2010 dispone che le decisioni sulle conclusioni sulle *BAT* sono adottate secondo la procedura di regolamentazione di cui all'articolo 75, paragrafo 2 della stessa direttiva. Tale disposizione, rubricata «procedura di comitato», prevede che si applichino gli articoli 5 e 7 della decisione 1999/468/CE, tenendo conto delle disposizioni dell'articolo 8 della stessa, con la sola differenza per cui il termine stabilito dall'articolo 5, paragrafo 6, della decisione 1999/468/CE è fissato a tre mesi. La decisione citata reca «Modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione», e prevede al suo articolo 5 una procedura di regolamentazione che si svolge attraverso un comitato di regolamentazione composto dei rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione. L'art. 13 par. 6 della direttiva del 2010 prevede quindi che, a seguito dell'adozione di una decisione ai sensi del paragrafo 5, la Commissione rende pubblico senza indugio il documento di riferimento sulle *BAT* e provvede affinché le conclusioni sulle *BAT* siano rese disponibili in tutte le lingue ufficiali dell'Unione. È nei fatti, ivi provocati dallo fare, ior stadio raggiunto dalla tecnica a condil controllo degli effetti nocivi provocati dallo

¹² L'art. 5 c. 1 lett. 1 *ter.4* definisce «livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili o *BAT-AEL*» come «intervalli di livelli di emissione ottenute in condizioni di esercizio normali utilizzando una migliore tecnica disponibile o una combinazione di migliori tecniche disponibili, come indicato nelle conclusioni sulle *BAT*, espressi come media in un determinato arco di tempo e nell'ambito di condizioni di riferimento specifiche».

¹³ V. *retro* nota 3.

¹⁴ In attuazione della normativa europea indicata, il legislatore nazionale ha definito, all'art. 5 c.1 lett. 1 *ter.1* il «documento di riferimento sulle *BAT* o *BREF*» come «documento pubblicato dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 13, paragrafo 6, della direttiva 2007/75/UE», e all'art. 5 c.1 lett. 1 *ter.2* le «conclusioni sulle *BAT*» come «un documento adottato secondo quanto specificato all'art. 13 par. 5, della direttiva 2010/75/UE, e pubblicato in italiano nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, contenente le parti di un *BREF* riguardanti le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili, la loro descrizione, le informazioni per valutarne l'applicabilità, i livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili, il monitoraggio associato, i livelli di consumo associati e, se del caso, le pertinenti misure di bonifica del sito».

¹⁵ Art. 29 *bis* c. 1 TUA, in attuazione dell'art. 14 par. 3 della direttiva IED.

¹⁶ Art. 29 *sexies* c. 4 *bis* TUA, in attuazione dell'art. 15 par. 3 della direttiva IED.

specifici¹⁷, in cui si avrebbe una maggiorazione sproporzionata dei costi rispetto ai benefici ambientali, in ragione dell'ubicazione geografica, delle condizioni ambientali locali e delle caratteristiche tecniche dell'installazione interessata, secondo i criteri delineati nell'Allegato XII *bis* alla parte seconda del TUA, e con un onere di documentazione e motivazione dei presupposti della deroga¹⁸. Si è tuttavia messo in evidenza in dottrina come le *BAT* siano destinate ad assumere un ruolo sempre più rilevante nella determinazione delle prescrizioni tecniche, e dei limiti associati, per le emissioni di ogni tipologia di impianto e attività, anche soggetti ad autorizzazione ordinaria (ad esempio, per le emissioni atmosferiche)¹⁹.

1.2.

Migliori tecniche disponibili e tecniche emergenti.

Prima di passare ai problemi strettamente penalistici, occorre soffermarsi su un ultimo aspetto della disciplina extra-penale, che ci sarà utile in seguito, quando dovremo occuparci della responsabilità del gestore di impianto che non adotta le *BAT*, già pubblicate dalla Commissione europea.

Fin qui abbiamo chiarito che alle *BAT* è attribuito il compito di esprimere una *valutazione generalmente condivisa, interiorizzata dal diritto comunitario*, su cosa sia possibile, ed esigibile, fare per contenere l'inquinamento.

Occorre ora distinguere le *migliori tecniche disponibili* dalle c.d. *tecniche emergenti*²⁰, cioè quelle tecniche innovative capaci, *in ipotesi*, di produrre minor impatto ambientale, oppure di assicurare gli stessi livelli di protezione a costi minori, ma che non sono ancora consolidate, o non sono disponibili a costi ragionevoli nel mercato.

Rispetto a tali *tecniche emergenti*, la disciplina comunitaria, e quella nazionale di attuazione, prevedono uno *scambio di informazioni* in sede di individuazione delle *BAT*²¹, oltre che un meccanismo amministrativo per la loro sperimentazione *in deroga*²², al fine di favorirne lo sviluppo. Tali tecniche emergenti potranno, una volta ritenute convincenti o divenute disponibili a costi sostenibili, andare a formare nuove *BAT* in tempi successivi.

Come si è anticipato, infatti, il collegamento tra autorizzazioni ambientali, limiti di emissioni, condizioni di produzione e migliori tecniche disponibili tende a garantire una certa dinamicità dei parametri, consentita dalla periodica revisione delle *BAT* (con tecniche emergenti *in entrata* e tecniche obsolete *in uscita*), alla quale consegue l'aggiornamento delle corrispondenti soglie e autorizzazioni a valle.

Le *migliori tecniche disponibili* di cui ci occupiamo in questa sede, quindi, sono tecniche per definizione legislativa conosciute nel cerchio di riferimento dell'operatore, senza che sia richiesta alcuna «conoscenza esoterica» tipica dei circoli di ricerca²³, che riguarda, semmai, le *tecniche emergenti*.

¹⁷ Si segnala come il sistema prevede la possibilità fisiologica, a certe condizioni, di discostarsi dai valori stabiliti dalle migliori tecniche disponibili in circostanze normativamente previste dal testo legislativo. Tali circostanze riguardano: a) il caso in cui i limiti costruiti intorno alle *BAT* possono rilevarsi insufficienti e siano necessarie misure più restrittive (v. art. 29 *septies* TUA); b) il caso in cui si intenda ricercare o sperimentare nuove *tecniche emergenti* (art. 29 *sexies* c. 9 *ter* TUA); c) i casi in cui i livelli di emissione legati alle *BAT* imporrebbero una *maggiorazione sproporzionata dei costi rispetto ai benefici ambientali*, in condizione di elementi specifici di tipo locale o riferiti alla singola installazione, che vanno motivati e documentati (v. art. 29 *sexies* c. 9 *bis* TUA).

¹⁸ Art. 29 *sexies* c. 9 *bis* TUA, in attuazione dell'art. 15 par. 4 della direttiva IED.

¹⁹ V. GIAMPIETRO, *Bat, valori limite di emissione atmosferica e obiettivi di qualità ambientale*, op. cit., p. 789.

²⁰ L'art. 5 c. 1 lett. L *ter*. 5 TUA definisce «tecnica emergente» come «una tecnica innovativa per un'attività industriale che, se sviluppata commercialmente, potrebbe assicurare un più elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo complesso o almeno lo stesso livello di protezione dell'ambiente e maggiori risparmi di spesa rispetto alle migliori tecniche disponibili esistenti».

²¹ V. art. 13 par. 1 lett. c della direttiva 2010/75/UE.

²² V. il considerando n. 17 della direttiva 2010/75/UE, per cui «per permettere ai gestori di sperimentare tecniche nuove che potrebbero garantire un più elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo complesso o almeno lo stesso livello di protezione dell'ambiente a maggiori risparmi di spesa rispetto alle migliori tecniche disponibili esistenti, le autorità competenti dovrebbero poter accordare deroghe temporanee ai livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili». Tale meccanismo è recepito nel Codice dell'Ambiente, ove per la sperimentazione delle tecniche emergenti, l'art. 29 *sexies* c. 9 *ter* TUA prevede che l'autorità amministrativa competente possa accordare deroghe temporanee al rispetto dei limiti di emissione.

²³ L'espressione è mutuata da C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, X Ann., 2017, p. 232, precedentemente nello stesso senso G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, p. 49.

2.

La rilevanza delle BAT nel diritto penale.

Le *best available techniques* possono interessare il diritto penale sotto più punti di vista, che per facilità di trattazione ricondurremo a due piani problematici.

Il primo di essi riguarda gli elementi dei reati ambientali che le BAT contribuiscono a individuare. In tal senso, le BAT, concorrendo nel definire il parametro, di legge o di autorizzazione, di cui è sanzionata la violazione, si collocano a pieno titolo nel dibattito sul *grado di anticipazione della tutela*, nonché sulla *legalità e ragionevolezza* delle incriminazioni formulate.

Il secondo piano, invece, è quello dell'accertamento del reato e, in particolare, della *colpevolezza*, rispetto a cui, già nel sistema legislativo precedente la legge 68/2015, ci si domanda *se e in che termini le migliori tecniche disponibili* possano essere utilizzate per ricostruire la regola cautelare violata, laddove si discuta di un reato colposo, o possano essere considerate per valutare quella *difformità* dalla condotta *standard* indiziante del dolo²⁴, laddove si sia al cospetto di un reato commesso con coscienza e volontà.

Tale distinzione, come è evidente, rileva soprattutto ai fini espositivi, posto che, come è stato osservato in dottrina, «la colpa è innanzitutto un problema di tipicità»²⁵ e «l'intenzione entra nel e fa parte del tipo»²⁶; ma non è certo questa la sede per approfondire tale questione, che lasceremo sullo sfondo, cercando di separare, per esigenze di trattazione, gli aspetti che riguardano la *scrittura della fattispecie* e quelli che riguardano l'*accertamento* dell'elemento soggettivo.

2.1.

La rilevanza indiretta delle BAT nella norma penale: vecchi problemi...

In ogni caso, muovendo dal primo dei problemi individuati, la questione delle BAT si inserisce nel più ampio dibattito sul volto del diritto penale ambientale e sul ruolo della c.d. integrazione tecnica²⁷.

Un'integrazione tecnica che, possiamo dire, in questo caso è "*di seconda mano*", posto che, come è facile verificare dal dato testuale delle disposizioni penali in campo ambientale, le *migliori tecniche disponibili* non sono richiamate espressamente, come elemento normativo, in alcuna fattispecie penale, né codicistica né extra-codicistica.

Risalendo la piramide di fatti penalmente rilevanti data, *alla base*, dai comportamenti che, violando l'autorizzazione o la soglia imposte per lo svolgimento di una certa attività, escono dal tracciato consentito, e *al vertice*, dai comportamenti che, così facendo, provocano concreti, verificabili, danni o pericoli alle matrici ambientali o alla salute umana²⁸, notiamo l'assenza di una qualsivoglia disposizione penale che abbia oggetto la condotta di chi «non rispetta le BAT», o di chi «non rispettando le BAT» provochi eventi ambientali temibili.

Nondimeno, le migliori tecniche disponibili vengono in rilievo *indirettamente*, per il rapporto di conformità che le lega alle autorizzazioni in materia ambientale e ai limiti soglia previsti dal Codice dell'Ambiente, dei quali – questa volta sì – è *punita* l'assenza o la violazione

²⁴ V. C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 gennaio 2015, p.10.

²⁵ L'espressione è mutuata da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 249.

²⁶ C. E. PALIERO (a cura di PERINI C., CONSULICH F.), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale proredito*, Milano, 2006, p. 58.

²⁷ Sulla problematica della "natura" delle norme tecniche v. F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2002, pp. 849 ss.

²⁸ È noto che tale settore, costruito prevalentemente, fino alla legge n. 68/2015, secondo i paradigmi di quello che era stato definito un *diritto penale accessorio* (R. ZANNOTTI, *Il ruolo della sanzione penale nella tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'Ambiente*, I, Padova, 2012 p. 389), si è dotato, in seguito alla novella legislativa, anche delle nuove fattispecie delittuose codicistiche del Titolo VI *bis*. Tali fattispecie, nell'intenzione del legislatore (per cui si rinvia alla discussione parlamentare del testo unificato delle proposte di legge per l'introduzione di delitti contro l'ambiente in Resoconto stenografico 155, seduta di lunedì 20 gennaio 2014, allegato a C. RUGA RIVA, *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 gennaio 2014), sono rivolte a colmare quel vuoto di tutela che aveva indotto la giurisprudenza a far ricorso a reati previsti da norme con diversa collocazione sistematica, quali il disastro innominato (art. 434 c.p.), la rimozione di cautele (art. 437 c.p.), l'avvelenamento di acque (art. 439). Per il preciso quadro delle fattispecie costituenti il c.d. diritto penale ambientale si rinvia *ex multis* alle opere di C. RUGA RIVA, *Diritto Penale dell'ambiente*, op. cit., e P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015.

da parte di numerose fattispecie del TUA²⁹.

In altre parole, dovendo esse essere assunte per «base dei valori limiti di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione»³⁰ le *BAT* si atteggiano al pari di un «parametro del parametro» o, se vogliamo, a «elemento normativo dell'elemento normativo».

Il punto di vista delle *BAT* diventa quindi un buon osservatorio per riprendere, sotto altra angolazione, quelle questioni, già ampiamente approfondite dalla dottrina, sulla conformità del diritto penale ambientale, vecchio e nuovo, ai principi fondamentali della materia (*in primis*, legalità e offensività).

Potendoci limitare, nell'economia del presente intervento, a dar conto dei citati problemi solo per sommi capi, dobbiamo ricordare anzitutto come la dottrina, in passato, abbia messo in evidenza che l'ancoraggio della pena in campo ambientale alla violazione della normativa tecnica di provenienza sub-legislativa possa generare fattispecie vulnerabili dal punto di vista della *riserva di legge*, nel momento in cui «sotto il manto di scelte tecnico-scientifiche, si celano scelte tipicamente politiche»³¹. Pur variando il contesto normativo e la collocazione della *normativa tecnica* (non più di livello sub-legislativo, ma europeo) rimane tuttavia irrisolto il problema di fondo, ossia se le scelte demandate alla tecnica siano effettivamente *scelte tecniche* o *scelte di valore*³².

In altre parole: la scelta sottesa alla decisione di esecuzione che stabilisce quale sia la tecnica produttiva, e gli associati livelli di emissione, a cui uniformarsi a livello europeo non è guidata solo da saperi scientifici, ma è chiamata a confrontarsi anche con *valutazioni politico-economiche* (i costi *ragionevoli* delle tecniche, il bilanciamento tra benefici ambientali ottenibili e costi da sostenere), che introducono indefettibilmente elementi di discrezionalità nella decisione.

Pur concordando con chi afferma che, in realtà, un problema di integrazione del precetto si abbia rispetto ai provvedimenti amministrativi generali e astratti, oggi in buona parte recepiti dal legislatore attraverso gli Allegati al Codice dell'Ambiente del 2006³³, e non anche alle singole autorizzazioni individuali e concrete³⁴, e dunque all'AIA, terreno di elezione per la conformazione dell'agire amministrativo alle *BAT*, ci sembra comunque importante sottolineare la questione, anche in vista della possibile capacità espansiva delle *BAT* comunitarie negli altri settori ambientali³⁵.

Allo stesso problema di fondo della tecnicizzazione delle scelte politiche e politicizzazione delle scelte tecniche si arriva, a ben vedere, anche spostando la riflessione sul profilo dell'offesa.

Numerosi e autorevoli contributi si sono occupati, negli anni, del problema della dispersione del concetto di *pericolo*, quale soglia minima dell'offesa penale, nell'oceano del *rischio*, mettendo in evidenza una certa tendenza del diritto penale ambientale a diventare *strumento sanzionatorio* di violazioni amministrative, e ad identificare il pericolo nel superamento del valore soglia³⁶.

Tra rischio e pericolo, si è osservato, non vi è aderenza³⁷: minimizzare un rischio può servire a evitare un pericolo, ma non sempre è *sufficiente* a evitarlo; non minimizzare un rischio può provocare l'insorgere di un pericolo, ma non sempre ciò avviene.

Le *BAT*, a ben vedere, confermano questo assunto: l'adozione di tecniche obsolete non necessariamente provoca *in concreto* un danno o un pericolo ambientale, l'applicazione di tecniche corrispondenti a quelle individuate nei documenti di riferimento comunitari non assicura in assoluto l'assenza di eventi nefasti.

²⁹ Tra esse si può ricordare, in modo esemplificativo, l'art. 29 *quattordicesima* TUA, che prevede le sanzioni in materia di AIA, riformato ad opera del d.lgs. 46/2014, per cui v. L. GIAMPIETRO, *Prime riflessioni sulle nuove sanzioni penali introdotte nella disciplina sull'AIA*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2014, pp. 509 ss., rinviano per il resto alle opere citate nella nota precedente.

³⁰ V. art. 3 c. 10 dir. 2010/75/CE.

³¹ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., pp. 47 ss.; in precedenza F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, op. cit., pp. 850 ss.: «molte delle scelte demandate alle fonti regolamentari non sono solamente tecniche, ma di valore (...) Da qui il fondato timore che la politica criminale in materia ambientale venga delegata in certa misura alla normativa regolamentare, cui il legislatore demanda importanti scelte di valore, in funzione delle quali viene allestito il presidio della cornice sanzionatoria penale» (p. 851).

³² F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 851. V. anche V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e "tecnica"*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, p. 103, che sottolinea il tasso politico insito nella fissazione dei limiti tabellari in tema di inquinamento.

³³ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 48.

³⁴ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., pp. 47 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Milano, 2004, p. 39, nonché G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 109 ss.

³⁵ V. *retro* nota 19.

³⁶ Si veda *ex multis* F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, pp. 255 ss.

³⁷ Si rinvia alla riflessione di C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, pp. 367 ss.

La scelta tra assumere come *offensivi*, e *punire*, i comportamenti in senso lato sopra-soglia e *consentire* i comportamenti sotto-soglia, che non necessariamente sono *inoffensivi*, chiama in causa il *principio di precauzione*, nelle cui maglie non ci si può ora addentrare, essendo peraltro questo specifico oggetto di interventi successivi del Convegno³⁸. Ci limitiamo qui a ricordare come attenta dottrina abbia cercato di governare il problema facendo riferimento alla *ragionevolezza* della *presunzione* fattuale (o scientifica) di pericolosità della condotta incriminata³⁹.

È evidente, tuttavia, che quando la soglia da rispettare è posta a seguito di un'indagine volta a stabilire non solo quale sia la tecnica meno impattante, ma anche quale sia accessibile nel mercato, la valutazione tecnico-scientifica si contamina con qualcos'altro, vale a dire con una scelta politica economica, estranea al problema naturalistico del pericolo causato. Da qui il richiamo alla riflessione sulla valenza effettivamente *tecnica* o *politica* della cornice del c.d. rischio consentito⁴⁰, i cui confini dipendono tanto da *assunti fattuali* quanto da un *bilanciamento di interessi*⁴¹.

Da qui, di nuovo, la domanda: la soglia effettua un bilanciamento che è più tecnico o politico? E chi decide quale è il *rischio consentito*? Il diritto europeo? La legge? L'amministrazione in sede autorizzativa?

Ci sembra che, sebbene l'individuazione dei parametri tecnici da seguire avvenga su un sistema multilivello, in cui giocano un ruolo le autorizzazioni amministrative e le norme legislative (regionali o statali), il sistema dei *BREF* e della *BAT Conclusions* spostati decisamente sul piano comunitario l'individuazione ultima del parametro finale di riferimento, sia per il *rango superiore del diritto europeo* rispetto al diritto interno, sia per il *vincolo legislativo* imposto alla Pubblica Amministrazione dalle norme del TUA che danno attuazione al diritto europeo⁴².

Il fatto che l'individuazione delle migliori tecniche disponibili avvenga su scala europea si giustifica, d'altra parte, per l'esigenza di garantire una certa conformità tra gli operatori dei vari Stati Membri, utile tanto dal punto di vista dell'effettività della tutela ambientale (come si suol dire, «*l'inquinamento non si ferma alle frontiere*»), quanto dal punto di vista della concorrenza sul mercato unico da parte di gestori di impianti che, dovendo confrontarsi tra loro ad armi pari, non possono essere soggetti a restrizioni troppo diverse.

Tenuto conto di queste motivazioni, per le quali appare ragionevole (se non inevitabile) la scelta di una normazione europea delle installazioni che coinvolgono i beni ambientali, a tali fonti andranno riferite le riflessioni sul *tasso di democraticità* delle decisioni tecniche, la cui valenza dirimente è già stata sottolineata in passato da accorta dottrina in tema di eterointegrazione dei reati ambientali⁴³.

Si badi bene che, in questa sede, il «problema di democraticità» non si risolve, e quindi non va confuso, con l'antico problema del *deficit* di rappresentatività popolare delle istituzioni europee, ma riguarda piuttosto il gradiente di *partecipazione degli attori del corpo sociale e dei saperi esperti* nella produzione della regola e la possibilità di *controllo* sulla stessa, aspetti sui quali si è più recentemente riflettuto con riferimento all'*autonormazione* che caratterizza altri settori, quali quello della responsabilità medica⁴⁴.

Certo, si potrebbe obiettare, come già ricordato, che il meccanismo di formazione delle *BAT* non è rimesso all'auto-normazione di organi del corpo sociale, ma avviene comunque in una sede pubblica e istituzionale, quale è quella della procedura di comitato dell'Unione

³⁸ Sul problema, *ex multis*, si rinvia ai saggi di C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica* in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1743 ss.; A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 maggio 2011. Sulla curvatura in senso precauzionale dell'accertamento della colpa in particolare v. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del 'tipo'* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, p. 1684 ss.

³⁹ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 21.

⁴⁰ Il rischio consentito individua l'area di attività lecite sebbene potenzialmente dannose per taluni beni giuridici, poste in essere nel rispetto delle cautele ordinarie che rendono socialmente tollerabile gli effetti dannosi correlati allo svolgimento di talune attività, per cui v. C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., p. 239.

⁴¹ D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2009, p. 363.

⁴² Sulla «capacità di penetrazione» del diritto comunitario si rinvia a C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 37 ss. e a C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, pp. 35 ss. Ci si accontenta, per inquadrare il problema, di ricordare ancora una volta come le norme del TUA, citate nel testo, che vincolano la fissazione di un valore soglia o del contenuto di un'autorizzazione alle *migliori tecniche disponibili* riproducono indicazioni provenienti dalle c.d. direttive IPPC ed emissioni industriali, e dunque costituiscono attuazione del diritto comunitario, alla quale il legislatore non può liberamente sottrarsi. L'espreso richiamo fatto alle *BAT* e alla direttiva del 2010 da parte delle norme definitorie del TUA potrebbe essere astrattamente modificato dal legislatore ordinario con una norma successiva, ma non senza violare il diritto comunitario.

⁴³ F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 853.

⁴⁴ V. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, pp. 261ss., in particolare p. 266.

Europea, che si conclude con un atto comunitario. Nondimeno, rimane importante riflettere sull'effettività dei meccanismi di partecipazione e informazione che caratterizza la procedura esecutiva europea.

2.2.

... e un nuovo problema (il mancato rispetto delle BAT come ipotesi di abusività della condotta negli eco-reati codicistici).

Le BAT, inoltre, sono strettamente legate ad un problema di più recente conio: quello del corretto significato da attribuire all'avverbio *abusivamente*, presente nei nuovi delitti ambientali introdotti nel Codice Penale dalla legge 68/2015⁴⁵.

Attraverso il ricorso alla suddetta clausola di illiceità speciale il legislatore ha inteso circoscrivere la rilevanza penale delle condotte di inquinamento ambientale, disastro ambientale, traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, a quelle che possano dirsi avvenute *contra jus*⁴⁶.

Ci si deve quindi domandare se possa ritenersi abusiva la condotta del gestore di impianti che non rispetti quelle *migliori tecniche disponibili* di origine comunitaria, alle quali, come si è visto, dovrebbe conformarsi il provvedimento amministrativo che autorizza i comportamenti e le emissioni inquinanti legati ad un'attività produttiva.

Tale contrasto può, come è evidente, aversi in due casi: *i*) quando il privato viola l'autorizzazione che è conforme al contenuto delle BAT (e allora il suo comportamento potrà dirsi tenuto abusivamente in quanto in diretto contrasto con le prescrizioni legali e amministrative disciplinanti la sua attività); *ii*) quando il privato rispetti l'autorizzazione ricevuta, ma sia proprio quest'ultima ad essere difforme dalle BAT.

All'indomani della novella legislativa, si è discusso circa le possibili interpretazioni della suddetta clausola di illiceità speciale, facendo emergere, in dottrina e giurisprudenza, un forte consenso intorno alla possibilità di ritenere abusive le condotte tenute in assenza di autorizzazione o in violazione della disciplina legale e amministrativa che le regolano, ma anche notevoli divisioni rispetto ad altre questioni, quali la possibilità di ritenere abusive le condotte violanti i principi del diritto ambientale⁴⁷.

Tra le problematiche più interessanti emerse in tale dibattito, vi è stata proprio la possibilità di ritenere abusiva, e quindi punibile, la condotta tenuta formalmente nel rispetto dei parametri assegnati al gestore in autorizzazione, ma in contrasto con quelli associati al rispetto delle migliori tecniche disponibili.

A ben vedere, a tale giudizio si può arrivare attraverso due strade: invocando l'*abusività*

⁴⁵ Il legislatore del 2015 fa ricorso alla clausola abusivamente sia nella fattispecie di inquinamento ambientale dell'art. 452 *bis* c.p., sia in quella di disastro ambientale dell'art. 452 *quater* c.p., sia in quella di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività dell'art. 452 *sexies* c.p. In forza dei richiami operati dalla norma rilevano inoltre i comportamenti realizzati abusivamente anche per i reati dell'art. 452 *ter* c.p. (Morte o lesioni come conseguenza del delitto ambientale), che punisce lesioni e morti derivanti quali conseguenze non volute dai fatti dell'art. 452 *bis* c.p., e dell'art. 452 *quinquies* c.p. (Delitti colposi contro l'ambiente) che punisce la realizzazione di fatti di inquinamento ambientale o disastro ambientale con colpa.

⁴⁶ V. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 246 definisce il contenuto di abusivamente attraverso il concetto di «*contra jus*».

⁴⁷ Si deve segnalare che nel senso di un'interpretazione della clausola «abusivamente» corrispondente sia alla «violazione di legge» che alla «violazione di prescrizioni amministrative» va la prima sentenza della Corte di Cassazione che si è occupata del problema (Cass. Pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170), pubblicata in *Questione Giustizia* con nota di G. BATTARINO, «Detto in modo chiaro»: l'inquinamento esiste, 8 novembre 2016, e nota di G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, 14 novembre 2016, nonché su *Dir. Pen. Cont.*, con nota di C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 novembre 2016. Il problema del significato dell'avverbio abusivamente nei reati di inquinamento e disastro ambientale è stato preso in considerazione da numerosi contributi rivolti al commento della nuova normativa, tra i quali si segnalano M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, pp. 1077 ss.; G. P. ACCINNI, *Disastro "ambientale" ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, pp. 755 ss.; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 dicembre 2015, pp. 13 ss.; A. H. BELL, A. VALSECCI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 luglio 2015, pp. 8 ss.; M. TELESCA, *Osservazioni sulla L. N. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 luglio 2015, pp. 18 ss. e 21 ss.; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente* in *Dir. Pen. Cont.*, 9 luglio 2015; *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente". Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015* in *Dir. Pen. Cont.*, 3 giugno 2015, pp. 8 ss.; G. AMENDOLA, *Ambiente in genere. Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale abusivo*, in www.lexambiente.it, 17 marzo 2015; M. SANTOLOCI, V. VATTANI, *Il termine "abusivamente" nel nuovo delitto di "disastro ambientale": violazione di un principio generale o di un'autorizzazione amministrativa specifica?*, in www.dirittoambiente.net, 1 giugno 2015.

come qualità di una condotta tenuta in *violazione di norme di principio*⁴⁸, tra le quali spicca il *principio di precauzione* (art. 3 *ter* TUA), ovvero considerando *abusivo* il comportamento conforme a un'autorizzazione che violi i parametri di legge (o, persino, i parametri comunitari) che impongono di recepire le BAT e gli associati livelli di emissioni inquinanti nelle condizioni di autorizzazione, potendosi discostare solo in presenza di talune situazioni particolari⁴⁹.

Non intendiamo qui prendere in considerazione il primo sentiero argomentativo, per cui l'avverbio «abusivamente» può essere interpretato in modo tale da abbracciare la violazione dei principi generali in materia ambientale e, in particolar modo, il principio di precauzione⁵⁰, in presenza di autorizzazioni che prevedono tecniche superate⁵¹, o di discipline caratterizzate da valori soglia non affidabili⁵², insomma nei casi ove si ha a che fare con un comportamento dell'agente conforme a prescrizioni amministrative o legali che vengono ritenute non più idonee a garantire la protezione dei beni ambientali.

Come è stato evidenziato in dottrina, un problema di precauzione *in senso stretto*, inteso quale *favor* per la scelta maggiormente cautelativa in condizioni di incertezza scientifica, riguarda a ben vedere più le *tecniche emergenti* che le *migliori tecniche disponibili*, le quali incerte non sono⁵³. Considerato, inoltre, come si è già detto, che il principio di precauzione sarà oggetto di successive riflessioni nel corso di questo Convegno, preferiamo piuttosto percorrere l'altra strada, che passa per il terreno dell'annoso problema della "sindacabilità" dell'autorizzazione amministrativa nel giudizio penale.

2.2.1. *L'abusività della condotta conforme alle condizioni di autorizzazione ma difforme alle BAT.*

Come è stato rilevato in dottrina, il richiamo delle sedimentate interpretazioni del termine abusivamente, ricorrenti nel campo dei rifiuti o nel campo edilizio, consente di ricondurre alla clausola dei nuovi eco-reati anche il caso di un comportamento sorretto da un'autorizzazione "palesamente illegittima" o "criminosa"⁵⁴.

La questione chiama quindi in causa il meccanismo della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale o, secondo l'impostazione più recente, del sindacato del giudice penale sugli stessi⁵⁵, che ha sollevato nel corso degli anni non poche riflessioni sul rispetto del divieto di analogia, laddove la norma penale facesse riferimento alla mancanza di un titolo abilitativo anziché a un titolo esistente, ma viziato.

Nel nostro caso, tuttavia, non si tratta di comprendere se l'assenza di autorizzazione possa essere equiparata alla presenza di un'autorizzazione illegittima, ma piuttosto se possa definirsi "abusivo" il comportamento di chi agisce sorretto da un titolo che non rispetta i suoi parametri normativi, poiché non recepisce le migliori tecniche disponibili nel suo contenuto, in assenza delle condizioni legislativamente previste per discostarsi da esse.

Andando allora ad approfondire il significato di tale termine, deve ricordarsi come la caratterizzazione della condotta dei nuovi reati ambientali risponda alla richiesta, derivante dall'art. 3 della direttiva 2008/99, di punire in campo ambientale quelle condotte, capaci di

⁴⁸ Strada non del tutto peregrina in diritto penale, con riferimento, ad esempio, agli ipotizzati rapporti tra abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e violazione dell'art. 97 Cost., su cui v., ad esempio, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere e alla discrezionalità amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, p. 902; M. GAMBARDILLA, *Considerazioni sulla violazione di norme di legge nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cassazione Penale*, 1998, pp. 2336 ss.

⁴⁹ v. retro note 17 e 18.

⁵⁰ G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, op. cit., p. 4; M. SANTOLOCI, V. VATTANI, *Il termine "abusivamente" nel nuovo delitto di "disastro ambientale": violazione di un principio generale o di un'autorizzazione amministrativa specifica?*, op. cit., p. 2.

⁵¹ Si veda L. MASERA *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, op. cit., p. 14.

⁵² Si veda C. RUGA RIVA, *I nuovi eco-reati*, op. cit., p. 31.

⁵³ C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, op. cit., pp. 10 ss.

⁵⁴ L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, op. cit., p. 14; C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., p. 3.

⁵⁵ Sul punto si rinvia a M. GAMBARDILLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2004, pp. 1 ss. e a M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, pp. 364 ss.

cagionare eventi lesivi delle matrici ambientali, che possano dirsi «*unlawful*»⁵⁶. Dopo un certo travaglio legislativo⁵⁷, tale “contrarietà al diritto” del comportamento incriminando è stata tradotta con la clausola “abusivamente”, termine astrattamente capace di intercettare anche quel significato di *unlawful* che si attribuisce ad atti che, sebbene *not illegal*, siano comunque disapprovati dall’ordinamento⁵⁸.

Anche a voler ritenere, dunque, che nel concetto di “abusivamente” possa rientrare qualcosa di più della secca e diretta violazione di regole e prescrizioni (*id est*, illecitamente), per definire una condotta *abusiva*, per affermare cioè che un soggetto stia agendo *abusivamente* è necessaria comunque la presenza di un disvalore riconoscibile nel *suo* comportamento, che lo renda disapprovabile nel sistema giuridico.

Pertanto, anzitutto ci preme rilevare che una difformità tra autorizzazione e migliori tecniche disponibili non necessariamente è portatrice di un disvalore, ma che anzi essa può essere contemplata *neutralmente* nel quadro normativo, come avviene nei casi nei quali è la legge stessa a prevedere che l’autorizzazione si discosti dalle migliori tecniche disponibili⁵⁹.

L’interposizione dell’autorizzazione o del *valore soglia* tra il comportamento concreto e il parametro delle *BAT* crea, infatti, la possibilità di plurime sfasature tra quanto è autorizzato e quanto dovrebbe essere autorizzato, le quali *non appaiono uguali tra loro*.

Vi è una palese differenza, ad esempio, tra un comportamento conforme all’autorizzazione data precedentemente all’adozione di nuove *BAT*, in pendenza del termine per l’aggiornamento, e quello conforme a un’autorizzazione che, *colposamente* o *dolosamente*, si discosta *ab origine* dalla disciplina di settore. Al contempo, non è certo che un comportamento non autorizzato, o difforme all’autorizzazione, sia per ciò solo difforme dalle *BAT* (si pensi al caso della caducazione amministrativa dell’autorizzazione per ragioni indipendenti dal contenuto “tecnico” del provvedimento).

Non si può, allora, *de plano* dare lo stesso peso e riservare lo stesso trattamento ad ipotesi che possono essere tra loro eterogenee, ma occorre distinguere tra loro le diverse situazioni che possono darsi.

Come si diceva, è possibile che la divergenza consegua a uno iato cronologico tra autorizzazione, legalmente data e inizialmente conforme a *BAT*, e l’aggiornamento delle stesse *BAT*; o al sopravvenire delle *BAT* in un settore che ne era, fin a quel momento, sprovvisto⁶⁰.

In tali casi non vi è alcuna autorizzazione illegittima, e la discordanza è ammessa dal sistema, che si fa carico di rimuoverla facendo leva sul compito dell’Amministrazione di provvedere al riesame del titolo abilitante⁶¹. Anzi, a ben vedere, la previsione di un intervallo temporale tra pubblicazione delle *BAT* e il loro recepimento nelle autorizzazioni risponde all’esigenza di consentire all’operatore di sapere che dovrà adeguarsi a quelle nuove migliori tecniche disponibili, e di organizzarsi a tale scopo, garantendogli di avere il tempo, e le risorse, per prepararsi

⁵⁶ C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., p. 3. In particolare, i delitti di inquinamento ambientale (art. 452 *bis*) e di disastro ambientale (art. 452 *quater*) si caratterizzano per essere costruiti, conformemente alle richieste della direttiva 2008/99/CE, sui due poli della causazione di danni o pericoli (disvalore di evento) e della condotta realizzata abusivamente (disvalore di condotta).

⁵⁷ La clausola “abusivamente” viene infatti a sostituire la formulazione utilizzata nel corso dei lavori preparatori di «*in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell’ambiente e la cui inosservanza costituisce già di per sé illecito amministrativo o penale*», come ricordato, *ex multis*, in *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante “Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”*. *Relazione dell’Ufficio del Massimario della Cassazione n. III/04/2015*, op. cit., pp. 8 ss.

⁵⁸ V. *unlawful agreements, unlawful promises*. La definizione di *unlawful* è tratta da F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, p. 1506.

⁵⁹ V. *retro* note 17 e 18.

⁶⁰ Il sistema comunitario di produzione di *BREF* e *BAT Conclusions* è in piena fase di sviluppo, per cui è ben possibile che l’adozione di decisioni della Commissione in materia di *BAT* arrivi successivamente ad una pregressa autorizzazione. Così gli *Ulteriori criteri sulle modalità applicative della disciplina in materia di prevenzione e riduzione integrate dell’inquinamento alla luce delle modifiche introdotte da D. Lgs. 4 marzo 2014, n. 46 del 17.06.2015*, emanati dal Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare, al punto 9, si fanno carico del problema dell’assenza di documenti di riferimento sulle migliori tecniche disponibili applicabili al settore sul quale le autorità competenti sono chiamate a compiere una valutazione, prevedendo che nelle more dell’emanazione dei *BREF* potranno utilizzarsi i criteri previsti dall’Allegato XI del TUA.

⁶¹ Così, in caso di discrasia tra AIA e *BAT*, impone alle autorità competenti, ex art. 29 *octies* TUA, di provvedere al riesame dell’AIA con determinate tempistiche. In particolare, il T.U.A. prevede che l’A.I.A. sia riesaminata e rinnovata *entro quattro anni* dalla data di pubblicazione della Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea delle decisioni relative alle conclusioni sulle *BAT* riferite all’attività principale di un’installazione, e che il suo riesame vada comunque disposto dall’autorità competente, anche prima dei quattro anni, quando le migliori tecniche disponibili hanno subito modifiche sostanziali che consentono una notevole riduzione delle emissioni (art. 29 *octies* c. 3 lett. a e c. 4 lett. b TUA).

alle modifiche da apportare all'impianto o al ciclo produttivo⁶². In tale frangente, così come in pendenza di un riesame dell'autorizzazione, l'attività esercitata secondo le prescrizioni originarie non potrà dirsi svolta *abusivamente* (ed a riprova, il TUA prevede espressamente che «fino alla pronuncia dell'autorità competente in merito al riesame, il gestore continua l'attività sulla base dell'autorizzazione in suo possesso»⁶³).

Tale situazione, fisiologica, è diversa, tuttavia, dal caso patologico di *autorizzazione* originariamente lato sensu *illegittima*, nelle sue varianti di *strumentalizzazione dell'autorizzazione* o persino, di *autorizzazione criminosa*⁶⁴, figure che - è stato notato⁶⁵ - la nostra giurisprudenza già conosce, senza scomodare il principio di precauzione, avendo dimestichezza con gli strumenti del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo e del controllo della sua conformità alle norme di settore.

Sembra allora difficile sostenere che, ad esempio, nel caso di autorizzazione frutto di un patto corruttivo, la presenza formale e il rispetto dell'autorizzazione sia sufficiente per escludere che la condotta possa considerarsi *abusiva*, ed è immaginabile che quella abusività sia nota all'agente⁶⁶, al pari dei vizi che caratterizzano le autorizzazioni *palesamente illegittime*, rispetto alle quali non vi è margine per dare rilievo alla buona fede e all'*affidamento* del destinatario del titolo, rilevante come *errore*⁶⁷.

Possono allora valere in tema di eco-reati le considerazioni che valgono in generale circa la necessità di garantire il rispetto del *principio di colpevolezza* in sede di sindacato dell'atto amministrativo, valutando l'effettiva conoscenza o conoscibilità del vizio dell'atto abilitante. Il problema, rispetto a tali ipotesi, diviene allora quello di verificare se il privato possa dirsi responsabile della *distanza* tra quanto è stato concretamente autorizzato e quanto si sarebbe dovuto autorizzare. Passiamo così a dar conto dell'ultima questione che si pone rispetto alle *BAT*: quello della *colpevolezza* dell'agente che si discosta da esse.

Prima di affrontare tale ultima questione, una precisazione è d'obbligo. I tempi di questo intervento ci impongono di passare dal piano del *fatto* a quello della *colpevolezza* senza soffermarci su quello dell'antigiuridicità, in cui la presenza di un'autorizzazione, a monte della condotta inquinante del gestore, potrebbe configurare un provvedimento amministrativo fonte del diritto scriminante *ex art. 51 c.p.*⁶⁸ Si potrebbe in tal senso sostenere che l'attività, svolta in presenza di un provvedimento abilitante, laddove autorizzata dall'autorità competente, non possa considerarsi antigiuridica, e semmai discutere della possibilità che la disapplicazione del titolo faccia venire meno la causa di giustificazione⁶⁹. Tuttavia, l'avverbio *abusivamente* introdotto nei nuovi eco-reati svolge una funzione di «delimitazione del fatto tipico»⁷⁰, e quindi si pone in un rapporto di «mutua esclusività»⁷¹ rispetto all'esercizio del diritto del gestore. A nostro avviso, quindi, l'eventualità che la condotta *sub iudice*, provocante gli eventi di inquinamento o disastro ambientali, sia sorretta da un'autorizzazione è un elemento da valutare già in sede di sussistenza del fatto, che nei reati in questione è costruito in modo tale da richiedere la contrarietà del comportamento dell'agente a un parametro extra-penale.

⁶² V. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, op. cit., p. 53: «non è pensabile che un'impresa rinnovi continuamente le proprie tecnologie, perché è senz'altro necessario stare al passo con i tempi, ma ciò non può significare buttare all'aria investimenti per ammodernamenti tecnologici, rincorrendo incessantemente le novità tecnologiche. In teoria, si innalzerebbe il livello di sicurezza; in pratica, si condurrebbe l'azienda sull'orlo del fallimento».

⁶³ Così, in materia di AIA, l'art. 29 *octies* c. 11 TUA.

⁶⁴ L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, op. cit., p. 14.

⁶⁵ C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., p. 3.

⁶⁶ L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, op. cit., pp. 13 ss. e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore, op. cit., p. 10 ss. cipro di precauzione e,

⁶⁷ C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, op. cit., p. 10 e pp. 21 ss.

⁶⁸ Mentre si ritiene pacificamente che possano fondare diritti scriminanti *ex art. 51 c.p.* le norme contenute nella Costituzione, nella legge ordinaria e negli atti aventi forza di legge, nella legge regionale e nelle fonti comunitarie, nei regolamenti, nella consuetudine, più discussa è l'idoneità a tal fine di quelle contenute negli atti pubblici e di autonomia privata ai quali la legge riconosce l'effetto di produrre situazioni giuridiche soggettive attive (ad esempio i provvedimenti giurisdizionali, gli atti amministrativi, gli atti negoziali). Cfr. sul punto R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Roma, 2012, p. 677, D. PULITANO, *Diritto Penale*, op. cit., p. 261 (per il quale fatti o atti giuridici di carattere non normativo quali sentenze, atti amministrativi o negozi privatistici possono rilevare come "presupposto di fatto per il sorgere del diritto" più che come fonti); G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 232, per cui non può essere fonte di diritto scriminante il provvedimento amministrativo, e più ampiamente F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, I, Milano, 2011, p. 741 ss.

⁶⁹ Sulla collocazione del diritto tra "fatto" e "giustificazione" si rinvia a M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, pp. 35 ss.

⁷⁰ G. MORGANTE, *L'illeceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, p. 134.

⁷¹ A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, p. 127.

2.3. *La rilevanza diretta delle BAT nell'accertamento del dolo o della colpa.*

Si è detto fin qui che il sistema della tutela, anche penale, dell'ambiente è edificato intorno all'affidamento posto su valori-soglia e altri parametri tecnici, ai quali è legato il controllo degli effetti nocivi provocati dallo svolgimento di determinate attività, che dovrebbero corrispondere a quanto di meglio sia possibile fare, in condizioni di accessibilità economica. Tuttavia, è possibile ipotizzare particolari situazioni in cui non vi sia corrispondenza tra autorizzazione e BAT, che per semplificare abbiamo distinto tra quelle di tipo fisiologico (ad esempio, BAT sopravvenute) o di tipo patologico (ad esempio, autorizzazione oggetto di accertato *pactum sceleris*).

La questione, che ci rimane da affrontare è se, e a quali condizioni, possa essere configurata una responsabilità in capo al privato per essersi limitato ad adottare, in un determinato ciclo produttivo, le tecniche obsolete autorizzate (o a rispettare livelli di emissione legati a tecniche superate), senza adeguarsi a quelle migliori disponibili, già penetrate nel suo circolo di appartenenza.

In tali ipotesi vengono in rilievo delle condotte che, a seconda delle prospettive, possono essere considerate di *affidamento sull'autorizzazione*, o di *schermo mediante l'autorizzazione*.

Il tema, a ben vedere, è noto alla giurisprudenza, che già precedentemente all'inserimento dei nuovi eco-reati, è stata chiamata a confrontarsi con l'attribuzione soggettiva dei delitti di *disastro ambientale e sanitario*, ex art. 434 c.p. o art. 449 c.p., in occasione di recenti vicende giudiziarie, nelle quali il mancato rispetto delle *migliori tecniche disponibili* è stato invocato in senso accusatorio.

Il riferimento è, in particolare e da ultimo, alla vicenda *Tirreno Power*, sulla quale, peraltro, si apprende dalla stampa⁷², non avendo diretta conoscenza degli atti, lo stesso organo dell'accusa è parzialmente tornato sui suoi passi, mitigando il quadro degli addebiti rispetto a quanto inizialmente profilato, e consentendo a diverse posizioni di andare incontro ad archiviazione.

Per quanto ci interessa con riferimento alle BAT, lasciando in disparte gli ulteriori problemi in tema di accertamento del nesso causale tra emissioni inquinanti ed eventi lesivi dei beni individuali e collettivi, la società *Tirreno Power*, gestore della centrale elettrica di Vado Ligure, aveva visto autorizzati, nello stato in cui si trovavano, dei vecchi gruppi a carbone (VL3 e VL4) molto redditizi, in condizioni ormai contrastanti con le migliori tecniche disponibili, all'interno di una procedura di AIA volta alla costruzione di un nuovo moderno gruppo (VL6)⁷³. Nella iniziale impostazione accusatoria, l'autorizzazione per la costruzione del gruppo VL6 era considerata un mero pretesto, uno strumento mediante il quale la proprietà avrebbe inteso agganciare alla costruzione, peraltro solo ipotetica, di un moderno impianto, il proseguimento della produzione dei vecchi impianti fino al loro termine naturale. Per tale ragione, accanto all'omicidio colposo plurimo (artt. 113, 589 c.p.), al disastro ambientale doloso aggravato dall'evento (artt. 110, 434 c.p.) e al disastro sanitario colposo (art. 110, 434, 449 c.p.) contestati ai dirigenti e agli amministratori di *Tirreno Power*, anche ai politici, agli amministratori e ai funzionari coinvolti nel procedimento di autorizzazione era stato inizialmente addebitato il disastro colposo aggravato dall'evento (artt. 40 c. 2, 113, 434, 449 c.p.) e l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)⁷⁴. Come si anticipava, tuttavia, le posizioni degli amministratori sono successivamente state archiviate, e l'accusa nei confronti dei dirigenti è stata derubricata alla sola ipotesi di disastro colposo⁷⁵.

La vicenda in questione è paradigmatica, poiché nel decreto di sequestro del GIP di Savona⁷⁶ sulla centrale elettrica ligure, si è stigmatizzata, come produttrice di un disastro am-

⁷² *Tirreno Power, chiesto il processo per 27. L'azienda: "smontato il teorema"*, in *Il Secolo XIX*, 12 novembre 2016; *Tirreno Power: archiviazione penale, ma "condannata" la politica: "Incapace, negligente e superficiale"*, in *Il Secolo XIX*, 11 febbraio 2017.

⁷³ Ricostruzione mutuata dalla *Relazione territoriale sulla Regione Liguria della Commissione Parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati* del 29.10.2015, pp. 183 ss.

⁷⁴ v. *Relazione territoriale sulla Regione Liguria della Commissione Parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati*, op. cit. p. 184.

⁷⁵ v. retro nota 72.

⁷⁶ Si tratta del decreto del GIP Savona datato 11.3.2014, allegato a S. ZIRULIA, *Fumi di ciminiere e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro "sanitario" e ambientale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 8 maggio 2014.

bientale e sanitario, la condotta dei gestori degli impianti che produceva emissioni nei limiti consentiti, nonostante le indicazioni europee prevedessero valori di emissione notevolmente inferiori.

In tal modo, insomma, le *BAT* vengono assunte a *parametro diretto* di valutazione del comportamento dell'agente, che può quindi profilarsi come *colposo* (così, si legge apertamente nel decreto che «i gestori dell'impianto avrebbero dovuto autolimitare la loro attività, in via prudenziale, alle *BAT*»⁷⁷) e finanche come *doloso* (in quanto la mancata autolimitazione sarebbe «certamente attribuibile a una precisa scelta gestionale della società»⁷⁸).

Ritenuto quindi che poteva pretendersi dal gestore il rispetto delle *BAT*, l'attrazione dell'elemento soggettivo nell'area del dolo o della colpa sembrerebbe dipendere, come in altri recenti casi giudiziari, semplicemente dallo scioglimento dell'alternativa tra una «strategia aziendale volta a danneggiare l'ambiente in nome del massimo risparmio dei costi di gestione» o una «colpevole sottovalutazione di un fenomeno»⁷⁹.

Tornando al piano generale, ci sembra che, prima di valutare se la mancata adozione delle migliori tecniche disponibili sia correlata a una scelta economica ponderata e deliberata o da un atteggiamento negligente, occorra domandarsi se, in effetti, di fronte a una nuova tecnica, nota in quanto pubblicata nei documenti *BREF* o nelle *BAT Conclusions*, ma non recepita nell'autorizzazione, possa esservi responsabilità del gestore per non aver abbandonato la tecnica autorizzata, ormai obsoleta.

Anche in questo caso si affaccia il principio di precauzione, sebbene, lo ripetiamo⁸⁰, in un terreno diverso da quello che gli compete di solito, posto che nel caso in esame non viene in rilievo un contesto di *incertezza scientifica* o di *conoscenze superiori dell'agente concreto*⁸¹. La tecnica recepita nelle *BAT*, di cui si lamenta la mancata adozione, è infatti una tecnica che ben può dirsi entrata nel circolo sociale di appartenenza dell'agente concreto⁸², è una misura accessibile e praticabile alla luce delle correnti conoscenze su mezzi disponibili sul mercato⁸³, non è una *tecnica emergente*, d'avanguardia, che potrebbe porre un problema di *iper-cautela* qualora si volesse ricostruire precauzionalmente il dovere di sua applicazione. Nondimeno, la questione non è del tutto estranea a quella precauzionale, poiché con essa condivide il nocciolo del problema, vale a dire il tema della conoscibilità *ex ante* delle cautele per lo svolgimento dell'attività autorizzata, ovvero della loro ricostruzione *ex post* ad opera del giudice⁸⁴.

In dottrina si è già rilevata come, in realtà, l'applicazione delle *BAT*, in chiave fondativa della colpevolezza, sia alquanto problematica, stante l'assenza di una norma che imponga il rispetto delle conclusioni sulle *BAT* fin dal momento della loro pubblicazione⁸⁵.

Come si è più volte ripetuto, infatti, il sistema tende ad assicurare il rispetto delle migliori tecniche disponibili passando prima per l'*autorizzazione* e poi per l'eventuale suo *riesame* ad

⁷⁷ V. pp. 36 e 37 del decreto, dove si legge: «la condotta tenuta dal gestore, il quale non si è attenuto ai limiti emissivi previsti dalle *BAT* (in italiano MTD, ossia migliori tecniche disponibili), appare certamente connotabile quanto meno quale colposa. Ed invero, come abbiamo visto, le *BAT* indicano i parametri emissivi previsti dall'Unione Europea al fine di limitare l'impatto ambientale degli impianti. Vero è che il rispetto delle *BAT* non era previsto dalla legge quale obbligatorio ma è altresì vero che esse costituiscono un'indicazione precisa in ordine alla condotta da tenere al fine di ridurre il danno ambientale. La condotta del gestore - il quale si è sempre attenuto ad un livello di gestione degli impianti prossimo al limite massimo del tetto emissivo previsto dalla legge (...) e nonostante le indicazioni dell'Unione Europea, espressamente richiamate dalla normativa italiana, indicassero come opportuni valori di emissione nettamente inferiori, (...) appare certamente connotata quantomeno da grave imprudenza».

⁷⁸ V. pp. 38 e 39 del decreto: «Secondo il Pubblico Ministero, peraltro, gli elementi acquisiti inducono a ritenere configurabile l'ipotesi dolosa di cui all'art. 434 commi I e II, C.P., quanto meno in relazione al danno ambientale. A tale conclusione la pubblica accusa è giunta rilevando come la gestione dell'impianto a livelli nettamente superiori (almeno per alcuni parametri) a quelli imposti dalle *BAT* e l'inidoneità delle misure volte al contenimento delle emissioni non convogliate sia certamente attribuibile ad una precisa scelta gestionale della società. Tale scelta volontaria è stata adottata e tenuta nonostante la consapevolezza del danno arrecato all'ambiente e delle rilevanti dimensioni dello stesso. Ed invero il gestore era certamente a conoscenza delle potenzialità lesive dell'attività svolta, alla luce della risalente e cospicua produzione scientifica in materia sopra richiamata; era inoltre a conoscenza dei dati reali della zona in cui insiste la centrale; in particolare dei dati del Piano Regionale dell'Aria, che ha evidenziato il superamento per alcuni parametri (in particolare per l'ossido di azoto), di alcuni limiti normativi oltre il margine di tolleranza». lo stato soggettivo. torizzazioni ambientali impone la massima cautela nel valutare la gros introdotte nella disciplina sull'rnica

⁷⁹ In questo modo si esprime quanto a ricostruzione dell'elemento soggettivo la sentenza di primo grado del 6.06.2016 nel processo al polo chimico di Spinetta Marengo, in *Un nuovo processo in diritta: il processo al polo chimico di Spinetta Marengo*, in *Dir. Pen. Cont.*, pp. 281 ss.

⁸⁰ V. C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, op. cit., p. 10.

⁸¹ V. C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., p. 252.

⁸² V. C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., pp. 232 e 252.

⁸³ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, op. cit., p. 52.

⁸⁴ La questione è ampiamente affrontata da C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., pp. 228 ss.

⁸⁵ P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, op. cit., p. 69.

opera dell'autorità competente⁸⁶, che si pongono come diaframmi tra il comportamento del gestore e le BAT. Del resto, anche un immediato, spontaneo e unilaterale adeguamento degli impianti da parte del gestore dovrebbe comunque passare attraverso un procedimento amministrativo di aggiornamento dell'autorizzazione⁸⁷.

Le BAT non sono, dunque, nel dato legislativo extra-penale, un parametro diretto per la conformazione del comportamento dell'operatore⁸⁸.

Rimane da valutare se possa operarsi una distinzione tra la mancata corrispondenza dell'autorizzazione alle BAT *iniziale* o *sopravvenuta*, domandandosi in particolare se giovarsi di un'autorizzazione *non più* adeguata alle BAT sia diverso che giovarsi di un'autorizzazione non conforme *in partenza*.

Ciò in quanto, come si è detto, per volontà del legislatore, l'AIA, fuori dalle ipotesi particolari di deroga⁸⁹, deve *originariamente* tener conto delle BAT già emanate, pena la sua *illegittimità*, mentre può darsi, e dunque è *lecito*, che, successivamente, ci sia uno sfasamento.

In tale ipotesi, l'attuale sistema normativo, al sopraggiungere di nuove decisioni di esecuzione della Commissione Europea, mette al centro e responsabilizza la Pubblica Amministrazione, che deve procedere al riesame dell'autorizzazione, nei quattro anni successivi alla pubblicazione di nuove BAT, o discrezionalmente anche in tempi minori, se le nuove BAT impongono livelli notevolmente minori di emissione⁹⁰. Prima della naturale scadenza dell'autorizzazione, il gestore deve rispettare le prescrizioni, monitorare le emissioni, segnalare gli esiti degli autocontrolli, gli inconvenienti o gli incidenti che si verificano: un suo ruolo proattivo per l'adeguamento dell'AIA a nuove conclusioni sulle BAT non è precluso, ma non è neanche richiesto⁹¹. In tale frangente, ci sembra che ci sia poco spazio per ricostruire un comportamento colpevole del gestore, se non nei casi in cui più che una semplice inerzia vi sia una *collusione*, ma, ovviamente, da accertare.

È compito del legislatore valutare se sia ragionevole pretendere un obbligo del gestore di adeguarsi alle nuove BAT, o di sollecitare il controllo della P.A., prevedendone tempi e meccanismi.

Diverso ci pare il caso in cui l'AIA autorizzi *in partenza* metodi di produzione non conformi alle migliori tecniche disponibili, o livelli di emissioni superiori ai BAT-AEL, e non ricorra un'ipotesi rilevante ai sensi dell'art. 29 *sexies* c. 9 *bis* TUA⁹², o, pur essendo tale norma invocata, non sia legittima la decisione di discostamento dalle BAT (ad esempio, perché non ricorrono le peculiarità geografiche assunte a ragione della deroga).

Proprio per il fatto che le BAT sono indicazioni tecniche facilmente rinvenibili, in quanto pubblicate in Gazzetta Ufficiale, e persino reperibili in *internet*, e che tanto più fanno parte del circolo di riferimento del gestore⁹³, andrà verificato caso per caso se possa muoversi un rimprovero al gestore per non aver riconosciuto l'*inadeguatezza* delle cautele indicate contro l'inquinamento, per aver concorso a dar luogo alla scelta errata della P.A., o se si versi in una situazione in cui poteva riporsi un ragionevole affidamento sull'autorizzazione.

In particolare l'accertamento andrà svolto avendo riguardo di tutti gli aspetti concretamente sintomatici, quali, ad esempio, l'introduzione, in sede di domanda di autorizzazione, di elementi che hanno dato corso alla non conformità dell'AIA con le BAT, tenuto conto del contenuto dettagliato della domanda, che prende in considerazione le tecniche applicate con riferimento a emissioni, rifiuti, ecc., nonché le altre tecniche considerate e scartate⁹⁴, i lavori e gli esiti della Conferenza di servizi istituita per vagliare la domanda, i rapporti tra le parti

⁸⁶ V. in particolare gli artt. 29 *bis*, 29 *sexies* e 29 *octies* TUA.

⁸⁷ V. art. 29 *nonies* TUA. V. inoltre i Criteri sulle modalità applicative della disciplina in materia di prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento alla luce delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 46, del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare del 14.11.2016, punto 7, in cui, circa il riesame dell'AIA si osserva che: «La norma prevede che, generalmente, il riesame in esito alla pubblicazione delle Conclusioni sulle BAT sia avviato dall'autorità competente, eventualmente sulla base di uno specifico calendario. Ciò, peraltro, non preclude al gestore la possibilità di presentare autonomamente istanza in tal senso».

⁸⁸ Il sistema normativo è nel senso di una "responsabilizzazione" della P.A., a partire dagli artt. 19 e 21 della direttiva 2010/75/UE, per i quali spetta anzitutto all'autorità competente informarsi sugli sviluppi delle migliori tecniche disponibili e provvedere al riesame delle autorizzazioni in presenza di nuove BAT.

⁸⁹ V. *retro* note 17 e 18.

⁹⁰ art. 29 *octies*.

⁹¹ V. *retro* nota 87.

⁹² V. *retro* pp. 4 e 5 e note 17 e 18.

⁹³ Rientrano quindi in quel «patrimonio delle conoscenze esigibili dalla cerchia dei soggetti che svolgono quella attività in un determinato momento storico» per cui v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, p. 143.

⁹⁴ V. art. 29 *ter*, lett. f, g, h, i TUA.

pubbliche e private coinvolte dentro e fuori il procedimento amministrativo⁹⁵.

⁹⁵ V. art. 29 *quater* TUA.

I riflessi del danno ambientale sulla salute umana

Criticità e prospettive della prova epidemiologica

Environmental damage and its consequences on human health

Critical Issues and perspectives of the epidemiologic evidence

STEFANO ZIRULIA

*Ricercatore di diritto penale nell'Università degli Studi di Milano
stefano.zirulia@unimi.it*

DELITTI AMBIENTALI,
OMICIDIO E LESIONI PERSONALI, EPIDEMIOLOGIA

ENVIRONMENTAL CRIMES,
HOMICIDE AND PERSONAL INJURY, EPIDEMIOLOGY

ABSTRACT

Il contributo affronta il tema dell'utilizzo di evidenze epidemiologiche ai fini della prova del nesso causale con riferimento alle offese alla salute ed alla vita tipizzate nei nuovi delitti ambientali introdotti nel codice penale dalla legge n. 68 del 2015. L'attenzione è focalizzata, in particolare, sugli artt. 452-ter (morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale) e 452-quater (disastro ambientale). Dopo avere fornito una serie di indicazioni di taglio esegetico, evidenziando al contempo i numerosi profili di criticità che contrassegnano tali disposizioni sotto il profilo del drafting legislativo e della dosimetria sanzionatoria, l'autore si sofferma sui profili probatori al metro delle misure epidemiologiche del "rischio relativo" e del "numero attribuibile", confrontandosi con le diverse posizioni che ad oggi si sono affacciate in dottrina e giungendo alla conclusione secondo cui tali misure possono, a certe condizioni, fornire evidenze utili ai fini della prova delle offese tipiche non solo dei delitti ambientali, ma anche delle fattispecie di omicidio e lesioni personali.

The paper deals with the use of epidemiological evidence for the purpose of proving the causal link between polluting conducts and the harm to human health, under the new environmental crimes introduced in the Italian penal code by law n. 68 of 2015. The attention is focused on articles 452-ter (death or personal injury as a result of the crime of environmental pollution) and 452-quater (environmental disaster) of the penal code. The author provides the interpretation of these provisions, pointing out several shortcomings related to their drafting and their penalties, and then addresses the issue of the relevance of the epidemiological measures of the "relative risk" and the "attributable number". This part of the paper takes into account the different positions that have emerged in legal doctrine and reaches the conclusion that such epidemiologic measures may, under certain conditions, provide evidence which is relevant not only for the proof of the environmental crimes, but also for the offences of homicide and personal injury.

SOMMARIO

1. *Victimless crimes?* – 2. Un caso di studio: l'aumento dell'incidenza di tumori polmonari nella popolazione del comune di "Alfa" esposta alle emissioni di una centrale termoelettrica a carbone. – 3. Nuovi delitti contro l'ambiente e offese ai beni giuridici personali. – 3.1. Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale. – 3.2. Disastro ambientale. – 3.3. Conclusioni e linee di prosecuzione dell'indagine. – 4. L'evidenza epidemiologica tra delitti contro l'ambiente e delitti contro la persona. – 5. Precisazioni e questioni aperte in merito al contenuto probatorio delle evidenze epidemiologiche. – 5.1. Sulla necessità di studi epidemiologici condotti *ad hoc* (il caso del comune di "Beta"). – 5.2. Sull'utilizzabilità di studi epidemiologici innovativi (il caso del comune di "Gamma"). – 6. Conclusioni.

1.

Victimless crimes?

Tradizionalmente i reati ambientali vengono considerati "*victimless crimes*"¹. Si tratta di una convinzione fondata su due principali ragioni. La prima risiede nel fatto che, anche quando i danni all'ambiente si riflettono in danni alle persone, la ricostruzione dei nessi eziologici risulta particolarmente difficile, in considerazione della diffusione su vasta scala dei fattori di rischio, da un lato, e del carattere lungolatente e multifattoriale delle patologie che da essi derivano, dall'altro lato². La seconda ragione, collegata alla prima sul piano delle tecniche di tutela, discende dalla struttura e dall'oggettività di giuridica degli illeciti in esame: la tutela penale dell'ambiente e della sua salubrità è infatti per lo più realizzata in forma anticipata, attraverso reati pericolo astratto, imperniati sulla violazione di regole amministrative e dunque integrati da condotte assai distanti rispetto alla messa in pericolo, ed *a fortiori* rispetto alla lesione, di beni giuridici personali quali la vita e la salute umana³.

Eppure, la convinzione di trovarsi dinanzi a reati *senza vittime* è da respingere con decisione. Sul piano strettamente fattuale e scientifico, sono ormai incontestabili i dati relativi all'impatto che le aggressioni all'ambiente producono sulla salute umana⁴. Infatti, sebbene permangano difficoltà spesso insuperabili nella prova delle relazioni causali individuali, l'esistenza dei danni in termini di eccessi di morbilità e mortalità è spesso incontrovertibilmente dimostrata, a livello di popolazioni, da studi epidemiologici⁵. La crescente consapevolezza del problema, alimentata anche dagli stimoli provenienti dalla *environmental* o *green victimology*⁶, trova riscontro, anzitutto, nelle riflessioni della più recente dottrina penalistica, che sottolinea la necessità di estendere il ventaglio delle sanzioni penali in materia ambientale al fine di ri-

¹ Evidenziano tale convinzione, sottolineandone al contempo l'infondatezza, *ex multis* e nella letteratura più recente, SKINNIDER E., *Victims of Environmental Crime. Mapping the issues*, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, 2011, 23; JARRELL M.L., OZYMY J., *Few and far between: understanding the role of the victim in federal environmental crime prosecutions in the United States*, in *Crime, Law and Social Change*, 2014, 61, 563; NATALI L., *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Giappichelli, 2015, 81; STEFES C.H., GERMANI A.R., *Summary of Findings and the Way Forward*, in Sollund R., Stefes C.H., Germani A.R. (eds.), *Fighting Environmental Crime in Europe and Beyond*, Palgrave Macmillan, 2016, 224-225; FARMER A., FAURE M., VAGLIASINDI G.M., *Environmental Crime in Europe, State of Affairs and Future Perspectives*, in Id. (eds.), *Environmental Crime in Europe*, Hart Publish., 2017, 324.

² Cfr. PIRJATANNIEMI E., *Desperately Seeking Reason. New Directions for European Environmental Criminal Law*, in Wahlgren P. (ed.), *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 54, *Criminal Law*, 2009, 417; SKINNIDER E., *Victims of Environmental Crime*, cit., 34-37, 41-42. Sul punto v. anche il [rapporto finale del progetto europeo EFFACE, Environmental Crime and the EU, 2016](#), 38. Nella dottrina penalistica italiana, le problematiche di accertamento del nesso causale rispetto ai c.d. rischi della postmodernità sono state approfondite, come è noto, soprattutto nelle opere di STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003 e PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004.

³ Cfr. SIRACUSA L., *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, 2007, 87-93; CATENACCI M., *I reati ambientali e il principio di offensività*, in Catenacci M., Marconi G. (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, 2009, 294-297; DE SANTIS G., *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Giuffrè, 2012, 63-71; RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2016, 14-22.

⁴ Si vedano, ad esempio, le [pubblicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità](#) in tema di *Environmental burden of disease*, che stimano l'impatto dei rischi ambientali, compresi quelli derivanti da inquinamento, sulla salute umana; sempre a titolo esemplificativo, si vedano i [rapporti annuali dell'Agenzia Europea dell'Ambiente](#) aventi ad oggetto l'impatto dell'inquinamento atmosferico sulla salute.

⁵ Per una recente rassegna di studi epidemiologici relativi agli effetti cancerogeni dall'inquinamento atmosferico, v. IARC ([International Agency for Research on Cancer](#)), *Outdoor Air Pollution, Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, Volume 109, Lyon, 2016*. La riflessioni sviluppate nel presente contributo faranno riferimento ad uno studio epidemiologico (semplificato) sugli effetti cancerogeni del particolato (PM₁₀ e PM_{2.5}) che verrà illustrato *infra*, par. n. 2.

⁶ Cfr. WILLIAMS C., *An Environmental Victimology*, in Id. (ed.), *Environmental victims*, Earthscan, 1998, 6-14; NATALI L., *Green criminology*, cit., 78-84; HALL M., *Victims of Environmental Harm. Rights, recognition and redress under national and international law*, Routledge, 2013, 30; JARRELL M.L., OZYMY J., *Few and far between: understanding the role of the victim*, cit., 565-567.

comprendervi tutti i diversi livelli di offesa, comprese al gradino più alto le offese alla persona⁷.

Anche sul fronte delle scelte legislative, peraltro, si registra ormai una piena consapevolezza in ordine alla necessità di superare modelli repressivi imperniati sui soli illeciti di condotta. Viene a tale riguardo in rilievo – come vedremo nel prosieguo (*infra*, n. 3) – la direttiva europea sulla tutela penale dell’ambiente (n. 2008/99/CE), che come è noto contempla sia il pericolo per la salute e la vita, sia la lesione degli stessi beni giuridici, tra i presupposti di almeno una parte degli obblighi di incriminazione posti in capo agli Stati Membri. Sul fronte interno – come pure verrà illustrato (*infra*, n. 3.1., 3.2.) – la legge n. 68 del 2015 ha introdotto nel codice penale anche fattispecie che sanzionano l’offesa arrecata, nella forma del pericolo o del danno, ai medesimi beni personali⁸.

Affrontare i problemi di prova del nesso causale ai quali si è fatto cenno rappresenta dunque un’esigenza imprescindibile nel quadro del “nuovo” diritto penale dell’ambiente. Il presente lavoro si prefigge di fornire un contributo in tale direzione. Più precisamente, muovendo dal dato secondo cui le principali evidenze disponibili nel settore in esame sono di carattere epidemiologico, si cercherà di verificare se ed in quale misura questa tipologia di sapere a base collettiva possa essere utilizzata in ambito penale per dimostrare relazioni causali tra i danni ambientali e quelli alla salute che ne derivano.

In considerazione del carattere marcatamente interdisciplinare della materia, ci si soffermerà anzitutto sul contenuto degli studi epidemiologici, proponendo un caso di studio che costituirà la base “empirica” delle successive riflessioni di taglio giuridico (v. *infra*, n. 2). Quindi si volgerà lo sguardo alle menzionate fattispecie delittuose ambientali introdotte nel 2015, nella prospettiva di valutare se ed entro quale misura il dato epidemiologico possa essere utilizzato ai fini di prova delle offese alla persona in esse contemplate (nn. 3 e ss.).

2.

Un caso di studio: l’aumento dell’incidenza di tumori polmonari nella popolazione del comune di “Alfa” esposta alle emissioni di una centrale termoelettrica a carbone

Il modo più agevole per familiarizzare con la tipologia di sapere scientifico offerto dall’epidemiologia consiste nel descrivere il funzionamento degli studi di coorte, i quali mirano ad individuare relazioni eziologiche a partire dal confronto tra l’incidenza di una determinata patologia nella popolazione esposta al fattore di rischio di cui si indaga l’efficacia causale, con l’incidenza della stessa patologia in una popolazione non esposta a quel fattore. L’assunto di fondo sul quale si basa questa tipologia di studio – e più in generale la scienza epidemiologica – è che la distribuzione delle patologie nelle popolazioni non sia affatto casuale, bensì rispecchi la distribuzione dei fattori di rischio negli ambienti di vita⁹; con la logica conseguenza secondo cui, proprio a partire da tale distribuzione, è possibile risalire dagli eventi lesivi alle loro cause, avvalendosi di meccanismi che, come vedremo, non si esauriscono nel mero dato statistico, bensì lo corroborano attraverso una serie di accorgimenti e verifiche¹⁰.

Giova sin d’ora evidenziare come lo studio di coorte costituisca uno dei più affidabili

⁷ Cfr. MANDIBERG S. F., FAURE M., *A Graduated Punishment approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 34, 479, 493-510, i quali sottolineano l’esigenza di garantire la conformità del sistema al principio di proporzionalità, aumentandone al contempo l’efficacia deterrente e repressiva. Manifesta invece serie perplessità rispetto all’efficacia delle incriminazioni strutturate come illeciti causalmente orientati, CATENACCI M., *I delitti contro l’ambiente tra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1075-1077.

⁸ Sul punto v. *infra*, n. 3. Ciò non toglie, peraltro, che la stessa riforma abbia altresì introdotto fattispecie (segnatamente l’inquinamento ambientale *ex art. 452-bis*) incentrate sulla causazione di danni alle matrici ambientali, a prescindere dalla creazione di un pericolo per la pubblica incolumità, secondo una concezione (anche) *ecocentrica* dell’ambiente (per questa considerazione, v. MASERA L., *I nuovi delitti contro l’ambiente*, voce per il *Libro dell’anno del Diritto 2016*, Treccani, 2016, in *treccani.it* nonché in *Dir. pen. cont.*, 17.12.2015, 3).

⁹ In questo senso v. GREEN M.D., FREEDMAN D.M., GORDIS L., *Reference Guide on Epidemiology*, in AA.VV., *Reference Manual on Scientific Evidence*, III ed., The National Academics Press, 2011, 551. Il *Reference Manual on Scientific Evidence* è uno strumento in uso alle corti statunitensi, sia civili che penali, elaborato dal *Federal Judicial Center* (agenzia che si occupa di ricerca e formazione a favore degli organi giudiziari nordamericani) proprio al fine di stabilire un linguaggio comune tra giuristi e scienziati di diverse discipline. La *Reference Guide on Epidemiology* costituisce il capitolo del manuale dedicato alla scienza epidemiologica. Nel prosieguo, per semplicità, le indicazioni bibliografiche verranno effettuate con riferimento al *Reference Manual on Scientific Evidence*.

¹⁰ Come sottolinea lo stesso *Reference Manual*, la mera circostanza che il tasso di mortalità della Florida sia tre volte quello dell’Alaska certamente non consente di giungere alla conclusione che il sole sia pericoloso per l’uomo (p. 571), così come non consente di affermare che il freddo... ci conservi meglio. L’epidemiologia, infatti, non si fonda su fantasiose speculazioni ricavate dal mero dato statistico, bensì sviluppa criteri scientifici che consentono di sfruttare quel dato come punto di partenza per indagini autenticamente causali.

strumenti scientifici oggi disponibili per individuare relazioni causali tra l'esposizione a determinati fattori ed i relativi effetti sulla salute umana. Ciò risulta confermato non solo dalle importanti scoperte che il metodo in esame ha consentito di effettuare in campo medico¹¹, ma anche dal costante utilizzo che ne viene fatto sul fronte della tutela della salute pubblica¹².

Allo scopo di illustrare il funzionamento degli studi di coorte, il *Reference Manual on Scientific Evidence*¹³ propone un semplice quanto illuminante esempio. Nel corso di un anno, all'interno di una coorte di 100 persone esposte ad una determinata sostanza (S) si verificano 40 casi di una certa patologia (P); nello stesso arco temporale, presso una coorte di 200 individui non esposti alla sostanza S si verificano soltanto 20 casi della medesima patologia P. Sulla scorta di questi dati è possibile ipotizzare che *ciascuno* degli individui *esposti* alla sostanza S (*compresi coloro che risultano ancora sani*) abbia corso un *rischio* di sviluppare la patologia P quattro volte superiore a quello degli individui non esposti ad S (questi ultimi, infatti, sviluppano la patologia P con un'incidenza di soli 10 casi ogni 100 persone). In epidemiologia questo dato si chiama *rischio relativo*¹⁴ e nell'esempio proposto, come appena evidenziato, ha valore pari a 4¹⁵. In secondo luogo si può ipotizzare che nella coorte degli esposti vi sia un *eccesso* di patologie P, cioè un superamento del valore di incidenza di quella patologia normalmente "atteso", pari a 30 casi (si tratta, semplicemente, della differenza tra i casi che si sono verificati tra gli esposti e quelli che si verificano tra i non esposti: 40 casi ogni 100 persone esposte – 10 casi ogni 100 persone non esposte = 30 casi in eccesso rispetto all'atteso). Il che equivale a dire, sempre in termini ipotetici, che il 75% delle patologie diagnosticate tra gli esposti potrebbe essere attribuibile all'esposizione¹⁶. In epidemiologia il dato sulla quota in eccesso riceve diverse denominazioni: si può utilizzare il termine onnicomprensivo "rischio attribuibile"¹⁷, che abbraccia sia il valore numerico (30) sia quello percentuale (75%); oppure si può distinguere il "numero attribuibile" (30) e la "frazione attribuibile tra gli esposti" (75%)¹⁸.

Come già sottolineato, la mera osservazione degli aumenti dell'incidenza di una determinata patologia, a fronte dell'esposizione ad una determinata sostanza, consente di formulare soltanto un'ipotesi in merito all'efficacia eziologica dell'esposizione a quella sostanza. Al fine di confermare l'ipotesi è necessario compiere una serie di ulteriori verifiche, finalizzate ad evitare che il risultato finale sia inficiato da *errori*¹⁹, e più specificamente volte ad *escludere*: *i*) che l'aumento dell'incidenza sia dovuto al mero caso²⁰; *ii*) che vi siano stati errori nella selezione dei componenti della coorte e nella raccolta delle informazioni relative ad essi²¹; *iii*) che siano intervenuti fattori di confondimento, cioè fattori di rischio diversi dalla sostanza di cui si indaga l'efficacia causale, i quali abbiano autonomamente determinato l'aumento dell'incidenza tra gli esposti²². Il metodo epidemiologico contempla una serie di strumenti elaborati proprio al

¹¹ Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, il celebre studio di John Snow condotto a Londra nell'800, che ha individuato l'origine di un'epidemia di colera con vent'anni di anticipo rispetto alla scoperta clinica del vibrione (SNOW J., *On the Mode of Communication of Cholera*, 1855); gli studi condotti negli anni '50 da Richard Doll e Austin Bradford Hill, che hanno preceduto di circa trent'anni l'accertamento clinico della cancerogenicità del fumo di sigaretta per i polmoni (DOLL R., BRADFORD HILL A., *Smoking and carcinoma of the lung*, *BMJ* ii (1950), 739-748); la scoperta degli effetti cancerogeni dell'amianto, largamente debitrice degli studi epidemiologici di Irving J. Selikoff (SELIKOFF I.J., CHURCH J., HAMMOND E.C., *Asbestos Exposure and Neoplasia*, in *Journal of American Medical Association*, 188 (1964), pp. 22-6. Sull'apporto della scienza epidemiologica al progresso del sapere scientifico, v. SARACCI R., *Epidemiology. A very Short Introduction*, Oxford, 2010, 5-6, 46-51 e *passim*).

¹² Si pensi, ad esempio, all'utilizzo dell'epidemiologia nell'ambito delle procedure di farmacovigilanza che garantiscono la sicurezza dei medicinali che tutti quanti assumiamo. Sul punto v. le *Good Pharmacovigilance Practices* declinate dall'EMA (European Medicines Agency) con riferimento alla fase successiva alla messa in commercio dei farmaci: *Guideline on good pharmacovigilance practices (GVP). Module VIII. Post-authorization Safety Studies (Rev 3)*, pp. 6-7, 25-26. Sempre a titolo esemplificativo, si può ricordare il determinante ruolo giocato da questa branca della scienza nell'isolamento del focolaio della SARS che nel 2003 causò circa 8000 infezioni e 800 morti: «*the toll would have been much higher were it not for a remarkable international collaboration to control the spread of the virus [...]. Epidemiology was at the heart of this effort [...]*» (SARACCI R., *Epidemiology*, cit., p. 2). Sul rapporto tra epidemiologia e salute pubblica, v. ancora SARACCI R., *Epidemiology*, cit., 97-113.

¹³ Sul *Reference Manual* in generale, v. *supra*, nt. n. 9. L'esempio qui riportato è proposto a p. 567.

¹⁴ *Reference Manual on Scientific Evidence*, loc. cit.

¹⁵ Il calcolo del rischio relativo avviene attraverso i seguenti passaggi: *i*) si determina il tasso di incidenza della malattia nel gruppo degli esposti ed in quello dei non esposti, dividendo il numero degli ammalati per il numero dei membri del gruppo (40/100 = 0,4; 20/200 = 0,1); *ii*) si divide il tasso di incidenza tra gli esposti per il tasso di incidenza tra i non esposti (0,4/0,1=4).

¹⁶ Il risultato si ottiene calcolando la differenza tra il tasso di incidenza negli esposti e quello nei non esposti (0,4-0,1 = 0,3) e dividendo il risultato per il tasso di incidenza tra gli esposti (0,3/0,4 = 0,75; ossia 75%).

¹⁷ *Reference Manual on Scientific Evidence*, cit., 570-571.

¹⁸ Cfr. le voci "attributable number" e "attributable fraction among the exposed" in PORTA M. (eds.), *A dictionary of epidemiology*, VI ed., 2014, Oxford University Press.

¹⁹ Cfr. *Reference Manual on Scientific Evidence*, cit., 572-574.

²⁰ Cfr. *Reference Manual on Scientific Evidence*, cit., 575-581.

²¹ Cfr. *Reference Manual on Scientific Evidence*, cit., 583-591.

²² Cfr. *Reference Manual on Scientific Evidence*, cit., 591-597.

fine di escludere l'intervento delle tre indicate categorie di errori. Si tratta di tecniche talvolta intuitive, talaltra complesse, che in questa sede dovranno necessariamente essere esaminate in maniera sintetica.

Conviene peraltro, a tale riguardo, riformulare l'esempio di scuola proposto nel *Reference Manual*, facendo riferimento all'ipotesi – rilevante per il presente contributo – dell'aumento della mortalità in presenza di emissioni atmosferiche inquinanti provenienti da una centrale termoelettrica. Immaginiamo, allora, che nel comune di Alfa sorga una centrale termoelettrica a carbone, le cui emissioni di particolato (PM₁₀ e PM_{2,5})²³ sono notoriamente riconosciute dalla letteratura scientifica internazionale come cancerogene²⁴. Immaginiamo inoltre che nella popolazione dei residenti di Alfa si registri un picco di tumori polmonari, a prima vista anomalo rispetto all'incidenza della medesima neoplasia sulla popolazione italiana. Immaginiamo infine che, sollecitato da un'associazione di cittadini, il Sindaco di Alfa commissioni uno studio epidemiologico allo scopo di individuare la causa dell'eccesso registrato e in particolare di verificare se esso sia causalmente riconducibile alle emissioni di polveri sottili provenienti dalla centrale termoelettrica.

Poniamo ora che, sulla base di un mero conteggio delle diagnosi effettuate negli ultimi 10 anni, emerga che gli abitanti di Alfa si ammalano di tumore polmonare in proporzione pari a *quattro volte* quella del resto della popolazione nazionale (manteniamo le stesse proporzioni dell'esempio proposto dal *Reference Manual* per semplificare la trattazione): nel dettaglio, a fronte di un dato nazionale pari a 113 nuove diagnosi di tumore polmonare all'anno ogni 100.000 abitanti maschi e 34 ogni 100.000 abitanti donne²⁵, il dato annuale relativo al comune Alfa risulta pari a 452 diagnosi ogni 100.000 uomini e 136 ogni 100.000 donne. Avremo dunque, a livello ipotetico, un "rischio relativo" pari a 4, una "frazione eziologica tra gli esposti" pari al 75%, nonché un "numero attribuibile" pari a 339 casi tra gli uomini (452 diagnosi presso Alfa – 113 diagnosi che normalmente si registrano ogni 100.000 abitanti = 339 diagnosi in eccesso) e 102 casi tra le donne (136 diagnosi presso Alfa – 34 diagnosi attese = 102 diagnosi in eccesso).

Si tratta a questo punto di verificare se l'aumento dell'incidenza dei tumori polmonari registrato presso Alfa sia o meno causalmente ricollegabile alle emissioni della centrale termoelettrica. *Nulla quaestio* – come già ricordato – in merito alla natura cancerogena delle polveri sottili (PM₁₀ e PM_{2,5}); il problema è stabilire se i valori ipotizzati (rischio relativo, frazione eziologica e numero attribuibile) corrispondono al dato reale, il che significa escludere che siano stati determinati dall'intervento degli *errori* elencati *sub i), ii) e iii)*. Cominciando dalla possibilità che l'aumento dell'incidenza dipenda dal mero *caso*, si tratta di un tipo di errore che dipende soprattutto dalle dimensioni della coorte: tanto maggiore il numero dei suoi componenti, quanto maggiori le probabilità che le inferenze ricavate rispecchino la realtà²⁶. Nel nostro esempio, la circostanza che sia stata presa in considerazione una popolazione di 200.000 persone (metà uomini e metà donne) consente senza dubbio di escludere la mera casualità dell'inferenza²⁷.

²³ Il termine particolato (*Particulate Matter*, PM) indica un insieme di elementi chimici, allo stato solido e liquido, sospesi nell'aria. Tra i principali componenti vi sono solfati, nitrati, ammonio, cloruro di sodio, nero di carbonio, polvere minerale ed acqua. A seconda delle dimensioni dei corpuscoli si distinguono il PM10 (particelle di diametro pari o inferiore a 10 micrometri) ed il PM2.5 (particelle di diametro pari o inferiore a 2.5 micrometri). Le centrali termoelettriche alimentate con combustibili fossili rappresentano una delle principali fonti di inquinamento da particolato (cfr. [European Environmental Agency, rapporto Air quality in Europe 2017](#), p. 16).

²⁴ Nel 2013 l'agenzia dell'Organizzazione Mondiale della Sanità competente in materia oncologica (IARC - International Agency for Research on Cancer) ha inserito sia l'inquinamento atmosferico in generale, sia in particolare l'inquinamento atmosferico da polveri sottili, nel "gruppo 1" dei fattori cancerogeni, evidenziandone in particolare la rilevanza eziologica rispetto ai tumori polmonari (cfr. [Press release n. 221, IARC: Outdoor pollution a leading environmental cause of cancer deaths](#), 17.10.2013). La classificazione dei cancerogeni secondo la IARC contempla cinque gruppi: gruppo 4, probabilmente non cancerogeno; gruppo 3, non classificabile; gruppo 2B, possibile cancerogeno; gruppo 2A, probabile cancerogeno; gruppo 1, cancerogeno; cfr. [www.iarc.fr](#)). Tra gli studi più recenti sulla cancerogenicità delle polveri sottili per i polmoni, v. RAASCHOU-NIELSEN O. E AL., *Air pollution and lung cancer incidence in 17 European cohorts: prospective analyses from the European Study of Cohorts for Air Pollution Effects (ESCAPE)*, in *Lancet Oncol.* 2013 Aug;14(9):813-22; GHASSAN B. HAMRA E AL., *Outdoor particulate matter exposure and lung cancer: a systematic review and meta-analysis*, in *Environmental Health Perspectives*, 2014 Sep; 122(9): 906-911.

²⁵ I dati sull'incidenza nazionale sono ricavati dal Rapporto annuale AIOM relativo al 2017 (v. [AIOM, I numeri del cancro in Italia 2017](#), p. 175). Per semplificare l'esempio sono stati utilizzati i soli dati relativi alle regioni del nord Italia.

²⁶ *Reference Manual*, cit., 576.

²⁷ In epidemiologia è possibile stabilire attraverso calcoli matematici l'intervallo di valori all'interno dei quali si stima che cada, con un livello di probabilità solitamente fissato al 95%, il valore vero della popolazione: se il valore osservato ricade all'interno di questo *range* (detto intervallo di confidenza) si può essere ragionevolmente certi che esso non sia dovuto al mero caso. Il tema dell'intervallo di confidenza presuppone nozioni avanzate di statistica sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede. Per ulteriori dettagli, v. *Reference Manual*, cit., 579-581; SARACCI R., *Epidemiology*, cit., 30-35.

Passando agli errori indicati *sub ii*), risulta evidente che la selezione dei componenti della coorte degli abitanti di Alfa non potrà basarsi sul mero numero anagrafico dei residenti nel momento in cui si effettua lo studio, ma dovrà tenere conto soltanto di coloro che vi hanno risieduto per un tempo congruo sotto il profilo del periodo necessario allo sviluppo della cancerogenesi. Pertanto, dopo avere individuato un attendibile valore di latenza convenzionale media del tumore polmonare²⁸, dovranno essere esclusi dalla coorte tutti i soggetti che non hanno risieduto presso Alfa per un numero di anni almeno pari a quel valore. Ancora, i componenti della coorte dovranno essere selezionati attraverso criteri il più possibile oggettivi (ad es. facendo riferimento all'anagrafe e non su base volontaria)²⁹. Particolare attenzione, parallelamente, dovrà essere prestata alla raccolta delle informazioni relative alla storia di ciascun membro della coorte: sia per quanto riguarda il periodo di effettiva residenza presso Alfa, sia per quanto attiene alla certezza della diagnosi di tumore polmonare, sia ancora per quanto riguarda la storia clinica di ciascuno³⁰.

In terzo ed ultimo luogo occorrerà escludere l'intervento di fattori di confondimento, ossia di decorsi causali alternativi della patologia che possano avere autonomamente determinato l'aumento l'eccesso di morbilità indicato. Occorrerà dunque verificare che la popolazione di Alfa non sia stata esposta, in un frangente temporale compatibile con l'aumento dell'incidenza dei tumori polmonari registrato, a fattori cancerogeni diversi dalle emissioni della centrale termoelettrica, in misura superiore al resto della popolazione nazionale³¹. Se ad esempio emergesse che fino ad un recente passato era attivo presso Alfa uno stabilimento per la produzione di manufatti in amianto, oppure se risultasse che nei pressi di Alfa è collocato un inceneritore di rifiuti tossici, potrebbe ragionevolmente ipotizzarsi che l'attuale aumento dell'incidenza di tumori polmonari sia causalmente riferibile all'uno o all'altro fattore di rischio, anziché alle emissioni della centrale termoelettrica.

Laddove i tre ordini di errori brevemente passati in rassegna possano essere esclusi con ragionevole certezza, si potrà concludere nel senso che le risultanze dello studio epidemiologico esprimono relazioni causali affidabili. Ricapitolando, il valore del rischio relativo indicherà con ragionevole certezza che l'esposizione alle emissioni di Alfa aumenta di quattro volte il rischio di sviluppare un tumore polmonare; mentre i valori della frazione attribuibile tra gli esposti e del numero attribuibile indicheranno, rispettivamente, che una certa percentuale dei tumori diagnosticati, o un certo numero di essi, non si sarebbero verificati in assenza dell'esposizione. Mentre dunque il rischio relativo esprimerà, appunto, una relazione di rischio individuale, riferibile a tutti i soggetti esposti, siano essi sani o ammalati; i valori della frazione attribuibile e del numero attribuibile esprimeranno una *relazione causale di danno a livello collettivo*, indicando che *in assenza dell'esposizione un certo numero o una certa percentuale di eventi lesivi non si sarebbero verificati*³².

Giunti a questo punto – e dunque immaginando che lo studio commissionato dal Sindaco di Alfa si sia concluso riscontrando un'effettiva relazione eziologica tra l'esposizione alle emissioni della centrale e l'aumento dell'incidenza dei tumori – si tratta di verificare quale possa essere la rilevanza probatoria di questo tipo di conoscenza con riferimento alle fattispecie delittuose introdotte dalla riforma del 2015, ed in particolare con riferimento alle ipotesi che prendono espressamente in considerazione l'offesa arrecata dall'inquinamento ai beni giuridici personali.

²⁸ Secondo l'Istituto Superiore di Sanità, la latenza media dei tumori polmonari correlati al fumo di sigaretta (che a loro volta costituiscono il 90% dei tumori polmonari su scala mondiale) oscilla tra i 15 ed i 20 anni. In via prudenziale, pertanto, dovrebbero essere inclusi nella coorte soltanto coloro che hanno stabilmente abitato presso Alfa per almeno 20 anni.

²⁹ La costruzione della coorte su base volontaria potrebbe portare a sovrastime, posto che i soggetti ammalati sono normalmente più propensi a partecipare ad uno studio sulle cause della patologia di cui sono affetti (cfr. *Reference Manual*, cit., 584).

³⁰ Sul c.d. *information bias*, v. *Reference Manual*, cit., 585-590. Uno dei criteri per evitare di incorrere in questo errore consiste nell'adottare lo stesso metodo per individuare i casi di malattia nella popolazione generale e presso Alfa (ad esempio, facendo riferimento ai dati sulle cause di morte).

³¹ Sulle tecniche di individuazione e di esclusione dei fattori di confondimento, v. più nel dettaglio il *Reference Manual*, cit., 595-597.

³² Chiarissimo, sul punto, il *Reference Manual*: «Epidemiologists use causation to mean that an increase in the incidence of disease among the exposed subjects would not have occurred had they not been exposed to the agent. Thus, exposure is a necessary condition for the increase of the incidence of disease among the exposed» (p. 598).

3.

Nuovi delitti contro l'ambiente e offese ai beni giuridici personali

La recente riforma che ha introdotto nel codice penale il nuovo titolo VI-*bis*, recante i “delitti contro l'ambiente”, contempla norme incriminatrici che prendono espressamente in considerazione tanto i pericoli ed i danni per le matrici ambientali, quanto, in alcune ipotesi di cui diremo appresso, le offese di riflesso arrecate – in termini di pericolo e di danno – alla salute ed alla vita umana. Si tratta di un assetto che rispecchia un'opzione di politica criminale effettuata dalla direttiva sulla tutela penale dell'ambiente³³ di cui la riforma italiana rappresenta l'attuazione³⁴. Infatti, nel configurare i diversi obblighi di tutela penale gravanti in capo ai legislatori nazionali, l'art. 3, co. 1 della direttiva prende in considerazione (in particolare alle lett. da a) a i)) situazioni che spaziano dal pericolo astratto per l'ambiente fino alla lesione di beni giuridici della persona, passando attraverso una serie di ipotesi intermedie di pericolo concreto (per l'ambiente o per la persona)³⁵. Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, sono previsti obblighi di incriminazione rispetto ad attività inquinanti “illecite”³⁶, laddove “poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza”, che “provocano o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone” (cfr. le ipotesi di cui alle lett. a), b), d) ed e)). Sul fronte sanzionatorio la direttiva si limita a prevedere l'obbligo di introdurre sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 5): previsione dalla quale si evince, tra l'altro, l'obbligo a carico degli Stati Membri di comminare (ed applicare) pene edittali proporzionalmente più severe laddove dalle condotte che offendono *in primis* i beni ambientali scaturiscano situazioni

³³ Il riferimento è alla direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente. Per un inquadramento generale disciplina dettata dalla direttiva cfr., *ex multis*, FAURE M., *Environmental and Ship-source Pollution Directives*, in *European Energy and Environmental Law Review*, Dec. 2010, 256 ss.; VAGLIASINDI G.M., *The EU Environmental Crime Directive*, in Farmer A., Faure M. & Vagliasindi G.M. (eds.), *Environmental Crime in Europe*, Hart Publish., 2017, 31 ss.; DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Dike, 2017, 34-40. Sul recepimento della direttiva nei diversi Stati Membri, v. FAURE M., *The evolution of Environmental Criminal Law in Europe: A Comparative analysis*, *ivi*, 267 ss. Per un quadro recente degli obblighi di incriminazione di fonte UE in materia ambientale, v. MITSILEGAS V., FITZMAURICE M., FASOLI E., *The relationship between EU criminal law and environmental law*, in *Research Handbook on EU Criminal Law*, Elgar, 2016, 272 ss. Sulla disciplina europea in materia ambientale, v. MORGERA E., *Environmental law*, in Bernard C., Peers S. (eds.), *European Union Law*, 2nd ed., 2017, 657 ss. ³⁴ Sulla l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha attuato la direttiva introducendo il nuovo titolo VI-bis del codice penale, v. *ex multis*, RUGA RIVA C., *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Dir. pen. cont.*, 22.1.2014; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, 3^a ed., Giappichelli, 2016, 239-281; ID. (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, 2017; T. PADOVANI T., *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida al dir.*, 2015, n. 32, 10 ss.; CATENACCI M., *I delitti contro l'ambiente fra aspettativa e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1069 ss.; SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2/2015, 197 ss.; FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, Giuffrè, 2015, 76-134; MOLINO P., *Novità legislative: legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante “Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente”*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 29.5.2015, disponibile anche in *Dir. pen. cont.*, 3.6.2015; MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, voce per il *Libro dell'anno del Diritto 2016*, cit.; PATRONO P., *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in *La legisl. pen.*, 11.1.2016; TELESCA M., *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della legge n. 68/2015*, Giappichelli, 2016; DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 44-65 e *passim*; PAVICH G., *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cass. pen.*, 2017, 405 ss.; GIAMPIETRO F., *Inquinamento e danno all'ambiente: dal TUA all'art. 452-bis cod. pen.*, parte prima e seconda, rispettivamente in *Amb. e sviluppo*, 2017, 5, 330 ss. nonché *ivi*, 2017, 6, 411 ss.; VAGLIASINDI G.M., *Environmental Criminal Law in Italy*, in Farmer A., Faure M. & Vagliasindi G.M., *Environmental Crime in Europe*, cit., 119 ss. Sul precedente intervento di recepimento della direttiva, tramite il d.lgs. n. 121/2011, v. SIRACUSA L., *L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22.2.2011; RUGA RIVA C., *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 8.8.2011; SCOLETTA M., *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (note a margine del d.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 16 ss.

³⁵ Per una panoramica dei diversi modelli di incriminazione degli illeciti ambientali, in termini generali v. ALBRECHT H.-J., *Environmental Criminal Laws and Environmental Crimes in Europe. Problems and Prospects*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994, 170-171; FAURE M., VISSER M., *How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm*, *ivi*, 1995, 316 ss.; MANDIBERG S. F., FAURE M., *A Graduated Punishment approach to Environmental Crimes*, cit., 447 ss.; con specifico riferimento ai modelli adottati negli obblighi di incriminazione racchiusi nella direttiva 2008/99/CE, v. FAURE M., *Environmental and Ship-source Pollution Directives*, cit., 264-266, 271-273; ID., *The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe*, in *Virginia Environm. Law Journ.*, Vol. 35:321, 334-339, 344-355.

³⁶ La dottrina riconosce alla clausola di illiceità espressa il valore di esimente o «*permit shield*», ricollegandola ad un modello di incriminazione incentrato sulla “accessorietà amministrativa” dei reati ambientali (cfr. FAURE M., *Environmental Crime and Ship-source Pollution Directives*, cit., 271). È peraltro convinzione diffusa quella secondo cui, nel caso dei illeciti che puniscono gravi danni ambientali o danni alla persona, tale dipendenza amministrativa dovrebbe in linea di principio essere esclusa dal legislatore, sul modello della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1998 per la protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, non ancora entrata in vigore per insufficienza di ratifiche (v. DE LA CUESTA J.L., *Final recommendations*, cit., 345: «*the more serious and concrete the danger and harm to the environment and/or human health resulting from environmental crime, the less influence administrative law should have as a condition for criminal liability*»); nello stesso senso FAURE M., *Limits and challenges of the criminal justice system in addressing environmental crime*, *ivi*, 13-14; MANDIBERG S. F., FAURE M., *A Graduated Punishment approach to Environmental Crimes*, cit., 489-492). Sul tema, che di per sé esula dal campo di indagine del presente contributo, v. anche *infra*, n. 6.

di pericolo o di danno anche per le persone³⁷.

Gli obblighi di incriminazione appena richiamati hanno trovato attuazione all'interno di diverse disposizioni racchiuse nel nuovo titolo VI-*bis* del codice penale: l'art. 452-*ter*, che disciplina le situazioni in cui, dal reato di inquinamento ambientale doloso di cui all'art. 452-*bis* derivino, quale conseguenza non voluta, uno o più eventi lesivi consistenti in morte o lesioni personali (escluse quelle c.d. lievissime, ossia i casi in la malattia ha durata inferiore a 20 giorni); l'art. 452-*quater*, che punisce tre ipotesi di "disastro ambientale" doloso, l'ultima delle quali incentrata sull'"offesa alla pubblica incolumità"; l'art. 452-*quinquies*, che estende la punibilità dei fatti di inquinamento ambientale *ex art.* 452-*bis* e di disastro *ex art.* 452-*quater* alle corrispondenti ipotesi colpose, nonché ai casi in cui la condotta abbia creato il mero pericolo di inquinamento e disastro colposi, prevedendo per tali ipotesi pene diminuite; l'art. 452-*sexies*, che sanziona le condotte di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, prevedendo al co. 3 un aumento di pena "se dal fatto deriva pericolo per la vita o per l'incolumità delle persone".

Il presente intervento, per ragioni di spazio, si soffermerà su due delle disposizioni che costituiscono il cuore della riforma, ossia gli artt. 452-*ter* e 452-*quater*, focalizzando l'attenzione sul ruolo dell'evidenza epidemiologica ai fini della prova delle offese di beni giuridici personali che esse contemplano. A tal fine, peraltro, risulta indispensabile soffermare brevemente l'attenzione sulla struttura delle fattispecie in questione, fornendo alcune preliminari indicazioni ermeneutiche.

3.1. *Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale*

L'art. 452-*ter*³⁸ prevede un trattamento sanzionatorio *ad hoc* per i casi in cui dalla fattispecie di inquinamento ambientale doloso prevista dall'art. 452-*bis* derivino, quali conseguenza non voluta dall'agente, uno o più eventi di morti e/o lesioni. Gli elementi strutturali della disposizione – la cui natura giuridica è discussa in dottrina³⁹ – sono dunque essenzialmente tre: *i*) l'"inquinamento ambientale" rilevante ai sensi dell'art. 452-*bis*⁴⁰; *ii*) uno o più eventi di

³⁷ Si sofferma sul legame tra i modelli di incriminazione adottati dalla direttiva e l'obbligo di introdurre sanzioni "proporzionate", FAURE M., *Environmental Crime and Ship-Source Pollution Directives*, cit., 264.

³⁸ Si riporta il testo della disposizione: "452-*ter*. Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale. (1) Se da uno dei fatti di cui all'art. 452-*bis* deriva, quale conseguenza non voluta dal reo, una lesione personale, ad eccezione delle ipotesi in cui la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni, si applica la pena della reclusione da due anni e sei mesi a sette anni; se ne deriva una lesione grave, la pena della reclusione da tre a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la pena della reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva la morte, la pena della reclusione da cinque a dieci anni. (2) Nel caso di morte di più persone, di lesioni di più persone, ovvero di morte di una o più persone e lesioni di una o più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per l'ipotesi più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti".

³⁹ In dottrina sono stati messi in luce gli argomenti in forza dei quali la qualificazione a titolo di fattispecie autonoma risulterebbe, almeno in linea teorica, preferibile: trattasi di una serie di indici testuali e sistematici, tra cui la diversità di beni giuridici tutelati rispetto alla fattispecie base *ex art.* 452-*bis*, ossia vita e salute anziché salubrità dell'ambiente; la previsione di autonome cornici edittali; l'inserimento di un'aggravante, questa senz'altro tale, nel co. 2 del medesimo art. 452-*bis* anziché all'interno di un'autonoma disposizione (così RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 253-254; secondo DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 180-188, si tratta di fattispecie autonoma riconducibile allo schema della preterintenzione.). Al contempo la stessa dottrina ha sottolineato come il legislatore sembrerebbe avere considerato l'art. 452-*ter* alla stregua di circostanza aggravante, non avendolo incluso, senza altra ragionevole giustificazione se non quella di averlo ritenuto un mero elemento accidentale dell'art. 452-*bis*, nelle disposizioni che per finalità di disciplina richiamano i delitti di cui agli art. 452-*bis*, *quinquies* e *sexies* (segnatamente l'art. 452-*undecies*, in materia di confisca, e l'art. 25-*undecies* d.lgs. 231/2001, sulla responsabilità amministrativa da reato ambientale dell'ente) (cfr. RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 255). Proprio sulla base di questi ultimi argomenti opta a favore della qualificazione alla stregua di aggravante FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 92. Un'ulteriore soluzione eremenutica percorribile è quella che assegna alla disposizione in esame la natura di norma di disciplina, quale ipotesi speciale del concorso formale *ex art.* 586 c.p. (in tal senso MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 7-8). La differenza tra l'una e l'altra opzione non rilevano tuttavia in questa sede, posto che, come segnalato nel testo, in ogni caso occorre dimostrare il nesso di causalità tra inquinamento ed eventi lesivi.

⁴⁰ Vengono perciò in rilievo tutti i requisiti del delitto doloso di cui all'art. 452-*bis*: l'agente deve avere perciò cagionato, "abusivamente", "una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili" dei beni e delle componenti ambientali elencati nei nn. 1) e 2) del co. 1. Per l'analisi della fattispecie v. FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 76-91; RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 240-251. Con riferimento al dibattito sviluppatosi attorno al requisito di "abusività" della condotta v. anche, da ultimo, MELZI D'ERIL C., *L'inquinamento ambientale*, in RUGA RIVA (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo*, cit., 18-23. Occorre segnalare che una previsione analoga all'art. 452-*ter* non è stata inserita con riferimento all'inquinamento ambientale colposo *ex art.* 452-*quinquies*: pertanto, nel caso in cui da quest'ultimo derivino morti e/o lesioni, potranno eventualmente trovare applicazione in concorso formale i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

morte e/o lesioni personali, non voluti dall'agente⁴¹; iii) il nesso di causalità tra l'inquinamento ed i decessi e/o le malattie⁴².

Sotto il profilo delle pene comminate, la disposizione in esame presenta alcuni profili di dubbia ragionevolezza. In primo luogo, se nel complesso la norma rivela l'intenzione del legislatore di introdurre pene più severe rispetto a quelle che deriverebbero dalla disciplina generale sul concorso formale di reati, all'evidente scopo di colpire con maggiore rigore l'inquinamento che cagioni dei danni alla salute, non si comprende per quale ragione in alcune ipotesi sia invece previsto un trattamento meno severo e dunque di favore⁴³. In secondo luogo, appare incoerente con il principio di proporzionalità la previsione dello stesso massimo di pena indistintamente per tutte le ipotesi di "morte di più persone" e di "lesioni di più persone"⁴⁴.

Ulteriori problemi esegetici derivano dai rapporti tra la fattispecie in esame e quella, più grave, di cui all'art. 452-*quater*. Invero, come meglio emergerà nel prosieguo, si fatica ad immaginare una situazione di inquinamento ambientale dalla quale siano derivati eventi di morte e/o lesioni personali che non ricada, al contempo, in una delle ipotesi di "disastro ambientale" tipizzate dal legislatore⁴⁵; ragione per cui l'art. 452-*ter* appare destinato ad un'applicazione del tutto marginale.

3.2. *Disastro ambientale*

Ancora più complessa è l'esegesi dell'art. 452-*quater*, che punisce con la reclusione da cinque a quindici anni "chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale"⁴⁶. Oltre ad inserirsi nel più ampio contesto dell'attuazione degli obblighi di incriminazione di cui alla già ricordata direttiva 2008/99/CE, la disposizione dà evidentemente seguito agli auspici formulati dalla Corte Costituzionale nelle ultime battute della sentenza n. 327 del 2008, dove i giudici delle leggi avevano mostrato serie perplessità rispetto agli orientamenti giurisprudenziali che proprio in quegli anni andavano consolidandosi relativamente alla riconducibilità del "disastro ambientale" nella categoria del "disastro innominato"⁴⁷.

Il co. 2 dell'art. 452-*quater* c.p. racchiude tre nozioni alternative di disastro ambientale. Le prime due – "1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali" – sono configurate come fattispecie di danno di matrici ambientali, più gravi di quelle sanzionate a titolo di inquinamento, e prescindono da

⁴¹ Sin dai primi commenti della disposizione in esame si è osservato che, in base al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, l'imputazione dell'evento lesivo sarà subordinata all'accertamento di un coefficiente colposo in capo all'agente (cfr. MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 8; RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 252). Alla medesima conclusione si perviene in base alla disciplina di cui all'art. 59 co. 2 c.p., laddove si assegna all'art. 452-*ter* natura di circostanza aggravante.

⁴² Occorrerà dunque verificare che gli eventi lesivi dei beni personali siano eziologicamente riconducibili all'inquinamento ambientale, secondo la logica condizionalistica *ex post* che trova applicazione ogniqualevolta il legislatore punisca la causazione di eventi lesivi e non la mera idoneità lesiva di una condotta. In questo senso, SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, 213; MASERA L., *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Quest. Giust.*, 10.3.2017, 24.

⁴³ In particolare, si è evidenziato che la pena massima prevista nel caso di più morti e/o lesioni (anni 20, *ex art.* 452-*ter* co. 2) risulta leggermente inferiore a quella che deriverebbe dall'applicazione dell'art. 589 co. 4 in concorso con l'art. 452-*bis* (anni 21) (così RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 256). A ciò si aggiunga che, nel caso di morte di una persona, la pena prevista dall'art. 452-*ter* co. 1 è della reclusione da cinque a dieci anni, mentre il cumulo giuridico tra art. 452-*bis* e 589 c.p. prevederebbe un limite massimo pari a 11 anni di reclusione.

⁴⁴ RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 256.

⁴⁵ Cfr. MOLINO P., *Novità legislative: legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, cit.: «la fattispecie di cui all'art. 452-*ter* si dovrebbe applicare, se mal non se ne interpreta il significato, solo nella ipotesi – difficile da immaginare nella pratica – di una condotta di inquinamento che abbia cagionato, come effetto non voluto, morti o feriti, senza però che al suo manifestarsi costituisse quanto meno un'esposizione a pericolo della pubblica incolumità» (p. 14). Nello stesso senso Cfr. MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 8; RUGA RIVA C., *loc. ult. cit.*

⁴⁶ È prevista una clausola di riserva "fuori dai casi previsti dall'art. 434", attraverso la quale il legislatore ha verosimilmente inteso evitare una parziale *abolitio criminis* delle ipotesi di "disastro ambientale" attualmente ricondotte all'art. 434 c.p., nella misura in cui non soddisfino i requisiti dettati dal capoverso dell'art. 452-*quater*. Sul punto v. RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 258-261.

⁴⁷ C. Cost. 1 agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 3541 ss., con nota di GIUNTA (v. consid. in dir., n. 9). Sul tema del "disastro ambientale" *ex art.* 434 c.p. e sulle relative criticità cfr., *ex multis*, GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza*, in Grosso C.F., Padovani T., Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. IX, Tomo I, Giuffrè, 2008, 169, 176-182, 455-457, 468-475; *Id.*, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.*, 2016, 2705 ss.; BRUNELLI D., *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, 254 ss.; CORBETTA S., *Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, *ivi*, 275 ss.; CASTRONUOVO D., *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in Foffani L., Castronuovo D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, il Mulino, 2015, 129-134; BELL A., *Pericolo e incolumità pubblica*, Maggioli, 2015, 125-131.

qualsiasi valutazione in ordine alla sussistenza di una proiezione pericolosa per l'incolumità pubblica⁴⁸.

È la terza – “3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo” – ad incarnare il tentativo di conferire il crisma della tipicità alla nozione giurisprudenziale di disastro ambientale sviluppatasi nel quadro degli art. 434 e 449 c.p., come noto incentrata sul duplice requisito dell'*immutatio loci* e del pericolo per la pubblica incolumità. Si tratta, tuttavia, di un tentativo assai mal riuscito, che ha dato vita ad una nozione dal tenore testuale a dir poco oscuro⁴⁹. La disposizione in esame, dunque, costituisce un vero e proprio paradosso: da un lato introduce una fattispecie avente il preciso scopo di interrompere un orientamento giurisprudenziale di dubbia compatibilità con il principio di determinatezza; dall'altro lato, non solo sembra implicitamente avallare quell'orientamento attraverso la clausola di riserva “fuori dei casi di cui all'art. 434”, ma costituisce essa stessa una figura delittuosa che forse oggi non supererebbe il vaglio di legittimità costituzionale sotto i cui auspici è nata⁵⁰. Ciò premesso in termini generali, occorre soffermarsi più da vicino sulla struttura dell'incriminazione.

Il legislatore ha configurato un'ipotesi di disastro ambientale – che potremmo definire “ambientale-sanitario” in contrapposizione alle ipotesi di cui ai nn. 1) e 2) – incentrata sull'“offesa alla pubblica incolumità”, specificando al contempo gli indici alla luce dei quali l'interprete è chiamato ad accertarne la sussistenza, ossia “l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi” oppure “il numero delle persone offese o esposte a pericolo”. Il primo indice, per quanto testualmente privo di riferimenti alla tutela dell'*ambiente*, sembra fare riferimento alla *magnitudo* di condotte inquinanti, le quali darebbero vita ad disastro ogniqualvolta, pur senza raggiungere l'entità delle ipotesi di cui ai nn. 1) e 2) (diversamente l'ipotesi in esame sarebbe superflua), siano state tali da cagionare un'“offesa alla pubblica incolumità”, ossia un pericolo per la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone.

Il secondo indice trova invece il suo referente materiale nel “numero” delle persone “offese o esposte a pericolo”. Trattasi di formulazione particolarmente infelice sotto molteplici profili. Anche qui, anzitutto, è stato omesso qualsiasi riferimento alle componenti ambientali; esso deve comunque considerarsi implicito, posto che altrimenti la fattispecie risulterebbe integrata in presenza di qualsivoglia pericolo per la pubblica incolumità, anche del tutto avulso dalla tutela dell'*ambiente*⁵¹. Impreciso, in secondo luogo, appare il riferimento al “numero” delle persone coinvolte: premesso che si sottintende evidentemente (ma ancora una volta implicitamente) che debba trattarsi di un numero *elevato*, resta da stabilire *quante* persone “offese” sono necessarie perché si possa parlare di disastro ambientale.

Ancora, risulta criticabile la scelta di prospettare l'“offesa” o “pericolo” come alternative, la prima essendo una categoria che notoriamente abbraccia tanto il pericolo quanto l'effettiva lesione del bene tutelato. Dal punto di vista letterale, l'unica interpretazione che conserva un autonomo significato per entrambi i termini è quella secondo cui la norma fa riferimento non solo al pericolo ma anche veri e propri eventi di danno in termini di malattie e/o morti. Senonché – si è osservato – questa interpretazione non appare coerente con l'entità della pena comminata per la figura in esame: sarebbe infatti irragionevole che la dolosa causazione di un

⁴⁸ Cfr. FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 94-95; MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 10; DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 204-209; RAMACCI L., *Il “nuovo” disastro ambientale*, in RUGA RIVA C. (a cura di), *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 42.

⁴⁹ Sul punto la dottrina si è espressa unanimemente, talvolta con accenti critici particolarmente marcati: cfr. RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 263; PADOVANI T., *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, cit.; CATENACCI M., *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, cit., 1073; BELL A.H., VALSECCHI A., *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in questa Rivista, 2/2015, 73-77; SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”*, cit., 211-212; FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 100; MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 8; PATRONO P., *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, cit., 12-16; TELESCA M., *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della legge n. 68/2015*, cit., 71; DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 204; PAVICH G., *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale*, cit., 419; RAMACCI L., *Il “nuovo” disastro ambientale*, cit., 49.

⁵⁰ Ritengono la norma incriminatrice in esame nel suo complesso «palesamente incostituzionale», BELL A.H., VALSECCHI A., *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, cit., 73; nello stesso senso, PADOVANI T., *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, cit., 11-12.

⁵¹ In questo senso MASERA L., *I nuovi delitti*, cit., 11-12; v. anche FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 94-99, che considera la fattispecie in esame plurioffensiva, in quanto posta a tutela sia dei beni ambientali (avverso aggressioni di intensità inferiore a quelle integranti i nn. 1 e 2), sia di «una forma qualificata di pubblica incolumità, avente matrice strettamente ambientale, in quanto incentrata sulla tutela della salubrità ambientale quale presupposto della tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone» (p. 95). Ci pare peraltro che, più semplicemente, il secondo bene giuridico tutelato dall'art. 452-*quater* possa essere individuato nella salute pubblica.

numero elevato di malattie e morti fosse sanzionata con la pena da cinque a quindici anni di reclusione, inferiore nel massimo a quella prevista, ai sensi dell'art. 452-ter, per l'ipotesi in cui dalla meno grave ipotesi di inquinamento ambientale derivino, quale conseguenza non voluta dal reo, più morti e/o lesioni (vent'anni)⁵². In quest'ottica dovrebbe concludersi nel senso che l'art. 452-quater n. 3) sia volto ad incriminare situazioni di contaminazione ambientale alle quali si ricolleghi un mero *pericolo* per (un elevato numero di) beni giuridici personali⁵³; e che a fronte di un disastro che abbia causato puntuali eventi lesivi della vita e della salute possano trovare applicazione, in concorso con l'art. 452-quater, le norme incriminatrici delle corrispondenti fattispecie d'evento contro la persona⁵⁴.

La fattispecie in esame si presta peraltro anche ad un'altra lettura, quella cioè che vi scorge il tentativo di tipizzare una sorta di *evento di danno collettivo*, integrato dall'eccesso di morbilità e/o mortalità all'interno di una determinata popolazione⁵⁵. In quest'ottica, il riferimento alle "persone offese" sarebbe espressione di una tecnica di tipizzazione avanzata, avente il proprio referente criminologico nelle situazioni di inquinamento su vasta scala da cui scaturiscono effetti lesivi *misurabili attraverso studi epidemiologici*, ossia in termini di *aumento dell'incidenza di malattie e morti precoci* nelle popolazioni esposte al fattore di rischio⁵⁶. La configurazione legislativa di un evento collettivo consentirebbe al giudice di prescindere dall'identificazione delle singole vittime, cioè di distinguerle, attraverso l'accertamento della causalità individuale, da coloro che si sarebbero ammalati in ogni caso, per effetto del "*background risk*" che connota tutte le patologie multifattoriali. In conclusione, l'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 452-quater avrebbe conferito il crisma della tipicità al disastro "ambientale-sanitario" che già da quale anno affiora nei repertori giurisprudenziali germogliati sul terreno del disastro innominato-ambientale (ex artt. 434 e 449 c.p.)⁵⁷. Il positivo accertamento degli elementi costitutivi di questa tipologia di evento collettivo acquisterebbe rilevanza, ai sensi dell'art. 452-quater n. 3, non tanto sotto

⁵² Così RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 256.

⁵³ RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., *loc. ult. cit.*, nonché 264-265, dove l'autore conclude ipotizzando che l'espressione "persone offese o esposte a pericolo" «costituisca una endiadi, o al più comprenda messe in pericolo di un numero sia indeterminato che determinato di persone, ma non alluda in ogni caso a morti o lesioni effettive»; nello stesso senso, MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 11; DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 206. *Contra*, FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 102, che ritiene insuperabile il dato letterale e con esso la conclusione secondo cui l'espressione "persone offese" «comprende i casi di morte o lesioni causate dall'evento inquinante»; v. anche PATRONO P., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, 14-15, il quale – nel quadro di una serrata critica della disposizione in esame – prospetta, tra l'altro, la soluzione della riconducibilità ad essa dei «danni effettivi o potenziali alla salute di un numero rilevante di persone, diversi da morti o lesioni».

⁵⁴ Giova evidenziare, a tale riguardo, che il legislatore non ha previsto per il disastro ambientale un'ipotesi aggravata da morti o lesioni analoga a quella di cui all'art. 452-ter (critici rispetto a tale lacuna MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 8; DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 206). Sicché, a seconda del coefficiente soggettivo verranno in rilievo le fattispecie di omicidio e lesioni volontarie; oppure di omicidio e lesioni colpose, attraverso la disciplina di cui all'art. 586 c.p. (RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 257). Occorre peraltro precisare che l'imputazione di morti e lesioni a titolo di colpa pare difficilmente prospettabile rispetto al disastro doloso di cui all'art. 452-quater n. 3, atteso che il dolo deve necessariamente abbracciare tutti gli elementi della fattispecie, compreso dunque il *pericolo per la pubblica incolumità*; sembra dunque difficile prospettare un mero rimprovero per colpa nei casi in cui tale pericolo sfoci in una o più lesioni vere e proprie. Nel caso di disastro colposo, da cui siano derivate morti o lesioni anch'esse colpose, troverà applicazione l'art. 452-quinquies in concorso con le fattispecie ex art. 589 e 590 c.p.

⁵⁵ Cfr. DE VERO G., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, secondo il quale «è possibile conformare la nozione penalmente rilevante di offesa della pubblica incolumità in termini esplicitamente comprensivi di effetti lesivi incidenti complessivamente su di un consistente numero di persone, senza che si renda per questo necessario accertare i singoli nessi di causalità nei confronti dell'offesa subita da questo o da quell'individuo» (pp. 692-693). Sul punto v. anche DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali III*, Giuffrè, 2010, secondo il quale «i danni cagionati sicuramente su una popolazione, fondano un evento che viene ascritto nell'ambito di un delitto di danno (collettivo) qualificato dal pericolo comune ad altri soggetti» (p. 704); ulteriori precisazioni in *Id.*, *Il garantismo della condicio sine qua non ed il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 514-515; nonché, con specifico riferimento all'introduzione di una fattispecie di "disastro sanitario" nell'ambito della riforma dei reati alimentari, *Id.*, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *questa Rivista*, 1/2016, 9, 21; v. anche le *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, in *Dir. pen. cont.*, 14.10.2015, con commento di CUPELLI C., *Il cammino della riforma dei reati in materia agroalimentare*, 32-34.

⁵⁶ V. ancora DE VERO G., *Il nesso causale*, cit., il quale, con specifico riferimento all'ipotesi di cui all'art. 452-quater n. 3, osserva: «mi sembra che in tal modo abbia fatto finalmente ingresso nella tipicità penale l'evento "collettivo" dell'eccesso di mortalità o di patologie, come tale accertabile in base all'evidenza epidemiologica» (*loc. cit.*, nt. n. 51). *Contra*, GARGANI A., *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, 3894, nel quadro di una complessiva circa «l'equivocità e l'imponderabilità delle combinazioni ermeneutiche che la formulazione normativa è suscettibile di suffragare».

⁵⁷ Si tratta di situazioni emerse in alcune recenti e note vicende giudiziarie, segnatamente quelle relative ai casi Eternit, Tirreno Power e Ilva, accomunate dalla presenza – nei compendi probatori dell'accusa – di studi epidemiologici aventi ad oggetto l'aumento dell'incidenza di malattie e morti nelle popolazioni esposte a fattori di rischio diffusi su ampia scala (rispettivamente, l'amianto, l'inquinamento atmosferico da centrale termoelettrica e quello derivante dagli impianti a caldo per la produzione dell'acciaio). Per una dettagliata ricostruzione di tali vicende, sia consentito rinviare a ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, 148-227; per l'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali da esse emersi, con particolare riguardo al passaggio dal disastro ambientale a quello "sanitario", nonché, per ulteriori riferimenti bibliografici, v. *ivi*, 253-262.

il profilo dell'*an* della responsabilità (posto che, come visto, alla luce del tenore testuale della fattispecie anche il pericolo *tout court* è sufficiente ad integrare il disastro), ma certamente dal punto di vista del *quantum* di pena commisurata dal giudice all'interno della cornice edittale da cinque a quindici anni (pena che dovrebbe essere maggiore di quella applicabile ai disastri che abbiano determinato meri pericoli).

Questa lettura, pur presentando l'innegabile pregio di evitare un'*interpretatio abrogans* di una parte dell'art. 452-*quater* n. 3, e pur mostrandosi attenta alle moderne esigenze di tutela della salute pubblica, oltre che sensibile al potenziale probatorio dischiuso dagli studi epidemiologici, lascia comunque irrisolti alcuni interrogativi di fondo, sia riguardo alla stessa configurabilità di un'offesa "di danno" all'incolumità pubblica⁵⁸; sia con riferimento alla dosimetria sanzionatoria della fattispecie in esame: anche ammettendo che essa inglobi la volontaria causazione di danni alla salute ed alla vita, quale ragione potrebbe giustificare una cornice edittale identica nel massimo a quella prevista dall'art. 589 u.c. per la causazione *colposa* degli stessi eventi, ed addirittura più mite rispetto a quella prevista dall'art. 452-*ter* (che come visto sanziona l'inquinamento doloso dal quale siano derivate *per colpa* morti e/o lesioni)?⁵⁹ Sul punto si tornerà nel prosieguo, affrontando il tema delle vittime non identificate o "impersonali" (v. *infra*, n. 4).

3.3.

Conclusioni e linee di prosecuzione dell'indagine

Le considerazioni svolte in ordine alla tutela dei beni giuridici personali nel quadro degli artt. 452-*ter* e 452-*quater* c.p. hanno evidenziato l'esistenza di problemi esegetici e di coordinamento tra le due fattispecie. Problemi destinati ad acuirsi al cospetto delle evidenze fornite dagli studi epidemiologici. Da un lato, infatti, il legislatore ha senz'altro inteso allineare la tutela penale dell'ambiente agli obblighi di incriminazione di fonte europea, che come ricordato impongono di sanzionare in maniera proporzionalmente più severa le condotte di inquinamento da cui derivano eventi lesivi della vita e della salute umana; dall'altro lato, la configurazione delle due fattispecie in parola non consente, in ragione di problemi attinenti alla formulazione testuale ed alla dosimetria sanzionatoria, di stabilire con sufficiente certezza quale sia la risposta dell'ordinamento a fronte di fenomeni di aumento dell'incidenza di malattie e morti nelle popolazioni esposte ai fattori di rischio veicolati dall'inquinamento ambientale nelle sue molteplici forme. Prendendo dunque le mosse da questo quadro problematico, nel prosieguo si cercherà di fornire un contributo al dibattito, avvalendosi a tal fine del caso di studio in precedenza formulato con riferimento allo studio epidemiologico svolto sulla popolazione del comune di Alfa.

⁵⁸ In senso contrario si esprime, in sede di commento della fattispecie in esame, MASERA L., *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., secondo il quale «rispetto ad un bene giuridico a soggettività indeterminata come l'incolumità pubblica, l'offesa non può che consistere nel pericolo per il bene stesso, posto che la concretizzazione del pericolo in veri e propri danni alla singole persone offese non è richiesta dalla norma, configurando se mai il concorso del disastro con i reati contro la persona (omicidio o lesioni personali) di cui sono stati vittime gli esposti al pericolo» (p. 11); nello stesso senso BELL A.H., VALSECCHI A., *Il nuovo delitto di disastro ambientale*, cit., 76. Si tratta di una posizione consolidata nella letteratura sulle offese all'incolumità pubblica ed alla salute pubblica: cfr., per tutti, GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 92; nonché ID., *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante frode*, in Grosso C.F., Padovani T., Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. IX, Tomo II, Giuffrè, 2013, 70-76.

⁵⁹ In questo senso MASERA L., *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica*, cit., 23-24, secondo il quale la tesi della tipizzazione dell'evento collettivo si scontra sia con l'ambiguo dato letterale dell'art. 452-*quater* n. 3, sia con i limiti edittali della fattispecie, posto che la pena da cinque a quindici anni sarebbe inadeguata a punire la causazione volontaria di una pluralità di morti. Sulla base di analogo argomento, ricorda l'autore, la Cassazione ha sconfessato la tesi prospettata dalla Corte d'Appello di Torino nel caso Eternit, laddove aveva ritenuto che l'eccesso di morbilità e mortalità – il c.d. "fenomeno epidemico" – rientrasse tra gli elementi costitutivi del disastro "ambientale" ex art. 434 c.p.: cfr. Cass. pen., sez. I, 19.11.2014, n. 7941, Schmidheiny, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1542 ss., con nota di MASERA; l'argomento accolto dalla Cassazione era già stato sviluppato in MASERA L., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *questa Rivista*, 3-4/2014, 355). Sul punto v. anche SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti"*, cit., 214, la quale perviene nella sostanza alla medesima conclusione secondo cui, anche ragionando in termini di "offesa collettiva" nei confronti di vittime indeterminate, resta aperto il problema dei rapporti con le fattispecie volte a sanzionare puntuali eventi lesivi di morte o lesioni.

4.

L'evidenza epidemiologica tra delitti contro l'ambiente e delitti contro la persona

Per procedere nella direzione indicata, occorre in sostanza verificare in quale misura i dati epidemiologici ricavati dallo studio di coorte sulla popolazione di Alfa siano suscettibili di fornire un'evidenza sufficiente, o comunque rilevante, ai fini della prova delle offese contemplate negli artt. 452-ter e 452-quater c.p.

Cominciando dal primo, occorrerebbe anzitutto verificare se la "compromissione" dell'aria nel comune di Alfa risulti "significativa e misurabile" (ai sensi della fattispecie base di cui all'art. 452-bis); quindi occorrerebbe procedere alla verifica del nesso causale tra tale compromissione ed i tumori polmonari verificatisi tra gli abitanti della zona. A quest'ultimo proposito, si profilerebbe il quesito in ordine alla sufficienza della prova del "numero attribuibile" (ossia del numero di eventi lesivi che non si sarebbero verificati in assenza dell'esposizione: 339 tumori tra gli uomini e 102 tra le donne), oppure alla necessità di procedere all'accertamento dei singoli nessi causali caso per caso. In altre parole, si tratterebbe di stabilire se, ai fini della sussistenza del reato in esame, sia indispensabile conoscere l'identità dei singoli ammalati che non si sarebbero ammalati in assenza delle emissioni della centrale termoelettrica; o se viceversa sia sufficiente conoscere, con ragionevole certezza, il numero di coloro che non si sarebbero ammalati.

Lasciando per il momento in sospenso il quesito, occorre verificare se i fatti accertati presso Alfa siano invece riconducibili alla più grave fattispecie di cui all'art. 452-quater. La risposta appare a prima vista positiva: il rischio relativo indicato dallo studio epidemiologico – ossia il fatto che tutti i componenti della coorte osservata corrono un rischio di ammalarsi 4 volte superiore a quello della popolazione italiana – indica infatti inequivocabilmente che un elevato numero di persone è stato quanto meno esposto a pericolo per la salute e la vita; dunque vi è stata un'"offesa alla pubblica incolumità", quale effetto dell'inquinamento, ai sensi della nozione di disastro "ambientale-sanitario" di cui all'art. 452-quater n. 3. Questa conclusione conferma quanto in precedenza rilevato in merito ai limitati margini di applicazione dell'art. 452-ter: è chiaro infatti che in presenza di studi epidemiologici che dimostrino inequivocabilmente l'impatto di una fonte di inquinamento sulla salute degli esposti, ci si disporrà automaticamente di valori di rischio relativo che fanno propendere per la sussistenza del disastro ambientale, *sub specie* di disastro ambientale-sanitario.

Quid iuris, sempre con riferimento all'art. 452-ter n. 3), rispetto alla misura del numero attribuibile, ossia rispetto a quei 339 casi di tumore polmonare tra gli uomini e 102 tra le donne che non si sarebbero verificati in assenza dell'esposizione? In linea di principio, tre strade appaiono percorribili.

Si potrebbe anzitutto sostenere che, nell'attuale assetto normativo dei reati contro l'ambiente e contro la persona, non vi è alcuno spazio per sanzionare autonomamente il disvalore espresso dalla misura epidemiologica del numero attribuibile. Quanto al disastro ambientale-sanitario, come visto, vi sono validi argomenti, attinenti essenzialmente alla sua cornice edittale (pena nel massimo inferiore a quella prevista dall'art. 452-ter e coincidente con quella prevista dall'art. 589 u.c.), per ritenere che si tratti di una fattispecie di mero pericolo, come tale capace di sanzionare soltanto il disvalore espresso dalla misura del rischio relativo. Quanto ai reati contro la persona, occorre ricordare che il numero attribuibile si limita ad indicare che un certo numero di persone non si sarebbero ammalate in assenza dell'esposizione, ma non specifica *chi* sono queste persone, e non consente pertanto di distinguerle da coloro che si sono ammalati per altre cause; per compiere quest'ultima operazione occorre procedere ad un accertamento causale caso per caso, adottando lo schema bifasico delineato dalla sentenza *Franzese*, e dunque tutt'al più avvalendosi della misura del rischio relativo ai fini della prova

della sola causalità generale⁶⁰.

La seconda strada a prima vista percorribile è quella aperta da coloro che ritengono che il disastro ambientale-sanitario costituisca un evento collettivo di danno di nuovo conio, volto ad intercettare il disvalore degli eccessi di morbilità e mortalità epidemiologicamente accertati⁶¹: è chiaro infatti che è proprio la misura del numero attribuibile ad essere funzionale a tale approccio. Come già evidenziato, tuttavia, la tesi in esame si scontra con l'obiezione fondata sulla cornice edittale dell'art. 452-*quater*, la quale non appare adeguata – alla luce del confronto con gli artt. 452-*ter* e 589 c.p. – a sanzionare la volontaria causazione di più eventi di morte e/o lesioni personali. Ora, se si muove dalla premessa che gli studi epidemiologici non dimostrano soltanto relazioni di rischio ma anche autentiche relazioni di danno (collettivo), l'obiezione relativa alla dosimetria sanzionatoria potrebbe essere superata soltanto laddove si sostenesse che la causazione di un certo numero di vittime *non identificate* sia connotata da un *disvalore inferiore* rispetto alla causazione dello *stesso numero* di vittime *identificate*. Una posizione che tuttavia non ci risulta sia stata adottata da alcuno, e che del resto appare difficile da giustificare sul piano giuridico e valoriale⁶².

Quest'ultima considerazione dischiude le porte della terza strada percorribile, quella cioè che assegna al numero attribuibile il valore di prova del nesso causale rispetto alle figure di reato *contro la persona*⁶³. Si tratta, a nostro avviso, della soluzione più lineare, in quanto logica conseguenza di due premesse già poste in luce: *i*) quella secondo cui, in presenza di uno studio epidemiologico affidabile, il numero attribuibile indica con ragionevole certezza *quante* persone non si sarebbero ammalate in assenza dell'esposizione (nell'esempio proposto, 339 uomini e 102 donne); *ii*) quella secondo cui l'impossibilità di identificare tali persone (cioè di stabilire chi sono, tra i 452 uomini e le 136 donne ammalati di tumore, quei quei 339 uomini e quelle 102 donne che non si sarebbero ammalati in assenza della centrale) non incide né sul disvalore di averne leso la salute o la vita, né tantomeno sulla certezza dell'accertamento, problema che attiene al profilo *sub i*) (ossia all'affidabilità dello studio epidemiologico). È chiaro che l'impossibilità di identificare le vittime impedirà al giudice penale di assegnare i risarcimenti del danno; ma si tratta di un'eventualità che il codice di rito contempla nell'art. 539, laddove – proprio con riferimento ai casi in cui “le prove acquisite non consentono la liquidazione del danno” – assegna al giudice il potere di pronunciare condanna generica e di rimettere le parti

⁶⁰ In particolare occorrerà verificare: a) se l'esposizione alla sostanza tossica è, al metro del sapere scientifico disponibile, idonea a causare la patologia (causalità generale); b) se la patologia sviluppata dalle singole persone offese è riconducibile all'esposizione (causalità individuale). Con riferimento agli abitanti di Alfa, dunque, si tratterà di stabilire, rispettivamente: a) se l'esposizione al particolato diffuso dalla centrale termoelettrica fosse idoneo a cagionare tumori polmonari; b) con riferimento ai singoli residenti che hanno sviluppato un tumore polmonare, chi tra di loro si è ammalato proprio a causa dell'esposizione (e chi invece si sarebbe ammalato comunque, anche in assenza dell'esposizione). Quanto al punto *sub a*), come già ricordato è ormai scientificamente dimostrata l'idoneità causale di PM₁₀ e PM_{2,5} a cagionare patologie dell'apparato respiratorio, anche a carattere tumorale. *Nulla quaestio*, dunque, sotto il profilo della causalità generale. Quanto al punto *sub b*), si tratterà invece di verificare, per ciascuno dei residenti di Alfa ammalati di tumore, o deceduti a causa dello stesso, se l'esposizione alle emissioni della centrale abbia determinato la cancerogenesi o quanto meno abbia contribuito al suo sviluppo secondo una logica concausale. Un compito che non si prospetta affatto semplice, trattandosi di una patologia multifattoriale, che registra una significativa incidenza presso la popolazione generale. Nello svolgimento delle operazioni in parola, la disponibilità dello studio epidemiologico potrà senz'altro fornire un apporto sotto il profilo dell'idoneità causale dell'esposizione: al di là del fatto che già esiste una legge di copertura, lo studio epidemiologico dimostra che le emissioni di *quella* centrale termoelettrica sono idonee – in termini qualitativi e quantitativi – a causare tumori polmonari. Nulla invece potrà dire lo studio epidemiologico con riferimento ai singoli nessi causali, trattandosi di una scienza che studia l'incidenza delle patologie sulle popolazioni e non sui singoli.

⁶¹ V. *supra*, nt. 55, 56.

⁶² Molteplici argomenti militano a favore della non essenzialità dell'identificazione delle vittime, ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo dei reati di omicidio e lesioni personali (ovviamente a condizione che sia stata raggiunta *aliunde* la ragionevole certezza in merito alla derivazione causale delle patologie dal fattore di rischio): la formulazione testuale delle fattispecie incriminatrici (che puniscono, rispettivamente, chiunque cagiona la morte di “un uomo” e chiunque cagiona “ad altri” una lesione personale); i precipitati processuali di reati contro la persona “*in incertam victimam*” (artt. 417 lett. a, e 429 lett. b c.p.p., che impongono l'indicazione della persona offesa, rispettivamente nella richiesta di rinvio a giudizio e nel decreto che lo dispone, soltanto “qualora essa risulti identificata”); la possibilità di individuare altre situazioni, tristemente note alle cronache contemporanee, nelle quali pare difficilmente dubitabile che la mancata identificazione della vittima *non osti* all'accertamento del reato (così nel caso di naufragio di un barcone di migranti irregolari, con conseguente morte di più persone, delle quali potrebbero essere ritenuti responsabili gli scafisti che hanno sovraccaricato l'imbarcazione; l'uccisione ed l'occultamento dei cadaveri dei membri delle tribù amazzoniche “incontattate” da parte dei cercatori d'oro; da ultimo e con riconoscimento in sede giudiziaria, la conduzione di un lager libico nel quale erano transitate migliaia di persone, non tutte identificate: cfr. [Corte d'assise di Milano, sent. 10 ottobre 2017, Pres. Ichino, Est. Simi, imp. Matammud](#), in *Dir. pen. cont.*, con annotaz. di S. BERNARDI). Per ulteriori argomentazioni v. anche MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica in diritto penale*, Giuffrè, 2007, 399 ss.; nonché, volendo ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., 288-293; *contra*, ASTORINA P., *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico criminale dei limiti del diritto penale*, in *Riv. It. med. leg.*, 2017, 459 ss.

⁶³ L'utilizzo dei reati comuni contro la persona per sanzionare le offese alla salute ed alla vita derivanti da reati ambientali è una soluzione ritenuta percorribile anche nella dottrina straniera, pur nella consapevolezza delle difficoltà di prova della causalità: cfr. MANDIBERG S. F., FAURE M., *A Graduated Punishment approach to Environmental Crimes*, cit., 485-488.

davanti alla giurisdizione civile per la quantificazione.

Identiche considerazioni valgono – rispondendo al quesito precedentemente lasciato in sospeso – anche rispetto all'accertamento di morti o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (artt. 452-*bis*, 452-*ter*); fermo restando quanto già a più riprese osservato in merito alla difficoltà di immaginare margini di applicazione per tale fattispecie nei casi in cui gli studi epidemiologici evidenzino eccessi di morbilità e/o mortalità, situazioni queste che finiranno per lo più per essere attratte nella sfera di applicazione del disastro *ex* art. 452-*quater* n. 3 (in concorso con le corrispondenti fattispecie contro la persona, secondo la tesi in esame).

Giova a questo punto sottolineare come la seconda e la terza strada qui prospettate si basino – se ben vediamo – su premesse epistemologiche analoghe, entrambe riconoscendo e valorizzando le evidenze che gli studi epidemiologici sono in grado di offrire con riferimento ai *danni alla salute* riportati dalle persone appartenenti alla coorte osservata ed alla loro riconducibilità, sul piano *autenticamente causale*, ad una determinata esposizione⁶⁴: una convergenza che conferma il crescente interesse della dottrina rispetto al tema dell'imputazione degli eccessi di morbilità e mortalità epidemiologicamente accertati, ossia di quel dato che gli epidemiologi misurano in termini di “numero attribuibile”⁶⁵.

Il profilo sul quale le due strade si allontanano riguarda la *qualificazione giuridica* da attribuire a tale evidenza: in un caso fa riferimento ad un evento di danno collettivo configurato *ad hoc* (il disastro ambientale-sanitario); nell'altro caso si ritiene che il compito possa essere svolto dai reati comuni contro la persona. Abbiamo già sottolineato come questa seconda soluzione risulti a nostro avviso più lineare. Siamo allo stesso tempo consapevoli che una certa resistenza ad accettarla derivi dalle possibili frizioni tra il carattere impersonale delle vittime e la categoria concettuale della causalità individuale⁶⁶. Ci pare peraltro che, nell'impianto della sentenza *Franzese*, il passaggio dalla causalità generale a quella individuale rappresenti un'irrinunciabile garanzia nella misura in cui soddisfa la più ampia esigenza di procedere dalla mera ipotesi causale, quella formulata alla luce nella legge scientifica di copertura, all'accertamento di quanto effettivamente accaduto al caso concreto, attraverso una prova di tipo particolaristico capace di fondare un giudizio dotato di ragionevole certezza⁶⁷. Se tuttavia la stessa ragionevole certezza è direttamente fornita dalla misura del “numero attribuibile” di fonte epidemiologica, allora il fatto di prescindere dalla prova della causalità individuale non comporta una violazione del

⁶⁴ Come è noto, il primo studio in Italia ad avere posto in luce il potenziale probatorio degli studi epidemiologici sul piano dell'imputazione causale di danni alla salute è la monografia del 2007 di Luca Masera (MASERA L., *Accertamento alternativo*, cit.). Lo studio ruota attorno a due cardini: uno di taglio scientifico-epistemologico, che si sofferma analiticamente sul metodo epidemiologico, evidenziando in particolare la sua capacità di dimostrare relazioni causali a livello di popolazioni (cap. II); l'altro di taglio giuridico, che individua ed esamina lo strumento logico attraverso cui sarebbe possibile – secondo l'autore – conferire rilievo al sapere epidemiologico anche nei processi penali per omicidio e lesioni personali, ossia l'accertamento alternativo della vittima (cap. III-V). I due cardini dello studio supportano la tesi di fondo dell'autore, secondo cui «la disponibilità di una valida legge epidemiologica che ponga in relazione eziologica il contatto con la sostanza e l'aumento dell'incidenza di una certa patologia tra gli esposti è sufficiente (quando non emergano spiegazioni alternative plausibili di tale aumento dell'incidenza) per imputare alternativamente ai responsabili dell'esposizione la quota di decessi a questa epidemiologicamente riconducibile, anche in mancanza di prova circa i singoli eventi patologici addebitabili all'esposizione alla sostanza» (MASERA L., *Accertamento alternativo*, cit., 413). L'autore ha dedicato alla tesi in questione anche ulteriori contributi, confrontandosi con i successivi sviluppi giurisprudenziali e con le osservazioni critiche formulate dalla una parte della dottrina (v. nt. successiva): cfr. in particolare MASERA L., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., 343 ss.; ID., *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Quest. giust.*, 10.3.2017.

⁶⁵ Aperture rispetto alla possibilità di valorizzare i dati epidemiologici sul piano dei *danni alla salute* si registrano, in particolare, da parte di VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *questa Rivista*, 3/2013, 397; DI GIOVINE O., *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 42; nonché – sebbene come già evidenziato passando attraverso la configurazione di un evento di danno collettivo *ad hoc* – DE VERO G., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, cit., 683-684, 692-694. *Contra, ex multis*, PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, 486-497; BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, 2010, 68-70; D'ALESSANDRO F., *Art. 40*, in Gatta G.L., Dolcini E. (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, 2015, 411-412; PALIERO C.E., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1515.

⁶⁶ Per alcune recenti critiche in tal senso, v. GARGANI A., *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *La legisl. pen.*, 4.4.2016, 3; PROVERA A., *“L'epidemiologia è importante ma non basta” per l'accertamento del nesso causale. Considerazioni a margine di una sentenza del GUP di Rovereto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 582 ss.

⁶⁷ Sui criteri di accertamento della condizione necessaria, con particolare riguardo alla c.d. concretizzazione della legge scientifica, v. *ex multis*, ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, 2007, 901-911; DI GIOVINE O., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2157-2179; BARTOLI R., *Il problema della causalità penale*, cit., 65-85; BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Giappichelli, 354-367; DONINI M., *Il garantismo della condicio sine qua non ed il prezzo del suo abbandono*, in *Studi in onore di Mario Romano*, 2011, 917 ss.; PALIERO C.E., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, cit., 1509-1515; ROMANO M., D'ALESSANDRO F., *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1134-1139.

principio di responsabilità per fatto proprio⁶⁸, in quanto l'imputato sarà chiamato a rispondere per *né più né meno del numero totale di eventi lesivi cagionati attraverso la propria condotta*⁶⁹. In quest'ottica non ci pare che avvalersi della sola prova epidemiologica per la dimostrazione del fatto tipico di lesioni ed omicidi plurimi ponga un problema di sovversione del paradigma condizionalistico⁷⁰.

È chiaro che percorrendo questa strada si torna ad effettuare una *interpretatio abrogans* dell'espressione "persone offese" di cui all'art. 452-*quater* n. 3 (esattamente come accade seguendo la prima strada), e parallelamente si riduce il disastro ambientale-sanitario ad una fattispecie di mero pericolo (quanto meno per i beni giuridici personali), che – nel caso qui proposto relativo agli abitanti di Alfa – troverà applicazione in concorso con le fattispecie d'evento contro la persona (in particolare, la misura del rischio relativo fungerà da prova del pericolo comune, mentre quella del numero attribuibile fungerà da prova del nesso causale rispetto alle malattie sviluppate da 339 uomini e 102 donne). D'altra parte non ci pare, come evidenziato, che il tenore letterale della norma, unitamente al suo apparato sanzionatorio, supportino in maniera sufficientemente univoca la tesi secondo la quale il legislatore avrebbe tipizzato un evento collettivo di danno⁷¹.

5. Precisazioni e questioni aperte in merito al contributo offerto delle evidenze epidemiologiche nel processo penale

Le conclusioni raggiunte in merito all'utilizzabilità della prova epidemiologica ai fini della prova di lesioni di beni giuridici personali sollevano alcune ulteriori questioni che nel prosieguo verranno sinteticamente affrontate.

5.1. Sulla necessità di studi epidemiologici condotti ad hoc (il caso del comune di "Beta")

Immaginiamo che anche presso il comune di Beta sia attiva una centrale termoelettrica a carbone; ed immaginiamo che anche presso Beta si registri un significativo aumento dell'incidenza di tumori polmonari. Sorge a questo punto spontaneo chiedersi se le evidenze raccolte dallo studio epidemiologico effettuato presso Alfa siano per così dire "esportabili" anche sulla popolazione dei residenti presso Beta, senza effettuare un ulteriore studio epidemiologico *ad hoc*.

Il quesito, a ben vedere, presenta molteplici sfaccettature. Ci pare, anzitutto, che possano essere individuati due punti fermi. Il primo è che lo studio effettuato presso Alfa potrà certamente essere inserito nel novero dei numerosi contributi scientifici che dimostrano il carattere cancerogeno di PM₁₀ e PM_{2,5}. Questo sapere scientifico potrà senz'altro essere utilizzato anche rispetto alla popolazione di Beta: nell'ambito dei reati contro la persona, quale legge scien-

⁶⁸ Sul legame tra nesso causale e principio di responsabilità per fatto proprio (art. 27 co. 1 Cost.), cfr., limitandoci alla manualistica, PULITANÒ D., *Diritto penale*, VI ed., Giappichelli, 2015, 185; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Giappichelli, 2016, 245; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Wolters Kluwer – Cedam, 2017, 136; nonché, con alcune precisazioni, CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., il Mulino, 2017, 356 s.

⁶⁹ Riteniamo, pertanto, che la tesi prospettata non incorra nelle fondate critiche autorevolmente rivolte agli orientamenti giurisprudenziali che, proprio nel settore dei danni alla salute da esposizione a sostanze tossiche, di fatto eludono le garanzie sottese alla causalità condizionalistica: cfr., per tutti, STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003, 224-261; GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *La legisl. pen.*, 2011, 397 ss.

⁷⁰ Così argomentando, peraltro, anche il ricorso alla categoria concettuale dell'accertamento alternativo, ossia quello che abbiamo individuato come secondo cardine della tesi originaria di MASERA (v. *supra*, nt. n. 64), diventa – se ben vediamo – tutto sommato superflua: gli elementi indispensabili della tesi in esame sono infatti, da un lato, la corretta valorizzazione della misura del "numero attribuibile"; dall'altro lato, l'irrelevanza dell'identità delle vittime, una volta che sia stata comunque raggiunta la ragionevole certezza in merito al loro numero totale. *Contra*, a sostegno della necessità di uno strumento logico ulteriore, rappresentato appunto dall'accertamento alternativo della vittima, MASERA L., *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica*, 18-21.

⁷¹ Ciò evidentemente non esclude che, un domani, il legislatore possa validamente configurare eventi collettivi di danno precipuamente finalizzati ad incorporare la misura del numero attribuibile. In tal senso, ad esempio, sembrerebbe essersi indirizzata la commissione di riforma dei reati alimentari attraverso la tipizzazione del già ricordato "disastro sanitario", che dovrebbe essere ospitato nell'art. 445-*bis* c.p.: v. *supra*, nt. 55.

tifica di copertura ai fini della prova della causalità generale (ferma restando la necessità di procedere anche alla prova della causalità individuale); nell'ambito di reati di comune pericolo, come prova appunto del pericolo per la salute e la vita di tutti gli esposti. Il secondo punto fermo è che la misura del “numero attribuibile” non potrà essere automaticamente esportata sulla popolazione di Beta: il dato relativo ai 339+102 tumori in eccesso nella popolazione di Alfa descrive una situazione che è stata accertata, come una fotografia, appunto presso Alfa, attraverso una serie di operazioni *ad hoc*, in precedenza descritte (v. *supra*, n. 2), volte a corroborare l'ipotesi causale escludendo l'intervento di una serie di errori. Non si vede proprio sulla scorta di quale argomento logico si potrebbe affermare, con uguale grado di ragionevole certezza, che lo stesso numero di eventi lesivi in eccesso si è verificato anche presso Beta.

Accanto a questi punti fermi, si profila una questione caratterizzata da maggiore problematicità. Essa riguarda l'utilizzabilità della misura che in precedenza abbiamo individuato, sulla scorta di autorevole letteratura epidemiologica, come “frazione attribuibile tra gli esposti”; una misura pari, nel nostro esempio, al 75% dei tumori polmonari. La domanda diventa allora se tale misura possa essere direttamente applicata sulla popolazione di Beta, ossia se possa affermarsi che il 75% delle diagnosi di tumore polmonare tra i suoi abitanti sono eziologicamente riconducibili alle emissioni della centrale termoelettrica presente su quel territorio. Premesso che la risposta al quesito sembra richiedere anche conoscenze di carattere scientifico che sono al di fuori della nostra portata, ciò che appare *prima facie* evidente è che il valore del 75% costituisce un'informazione a carattere generale, una sorta di legge di copertura sul potenziale lesivo delle emissioni di particolato delle centrali a carbone, e che pertanto la sua eventuale applicazione alla popolazione di Beta dovrà essere seguita da una corroborazione del dato alla luce delle concrete circostanze rinvenibili presso quella comunità. In questa fase, al fine di ottenere un livello di ragionevole certezza paragonabile a quello raggiunto attraverso lo studio su Alfa, risulterà comunque necessario ripetere gli accertamenti descritti in precedenza volti ad escludere l'intervento di errori; il che in buona sostanza significa – se ben vediamo – ripetere lo studio epidemiologico anche su Beta⁷².

Alla luce di tali conclusioni, risulta possibile corredare la tesi in precedenza sostenuta – quella secondo cui gli eccessi di morbilità e mortalità epidemiologicamente accertati forniscono evidenze sufficienti a dimostrare relazioni causali nell'ambito dei reati contro la persona – con la precisazione secondo cui essa presuppone lo svolgimento di uno studio epidemiologico *ad hoc*, il quale rappresenti, come una fotografia, l'eccesso di malattie e/o morti nella popolazione osservata, e possa restituire un'attendibile misura del “numero attribuibile” di eventi lesivi⁷³.

5.2.

Sull'utilizzabilità di studi epidemiologici innovativi (il caso del comune di “Gamma”)

Ancora diversa ci pare la situazione in cui uno studio epidemiologico abbia ad oggetto l'esposizione ad una sostanza che, prima di quello studio, era ritenuta innocua. Esemplicando, poniamo che nelle coltivazioni dei campi che circondano il comune di Gamma vengano spruzzati pesticidi di cui non sono noti effetti lesivi sull'uomo, quanto meno non alle concentrazioni utilizzate. E poniamo che dopo un certo lasso temporale si registri presso la popolazione di Gamma un preoccupante aumento di incidenza di determinate lesioni cutanee. Poniamo, infine, che un singolo studio epidemiologico effettuato sulla stessa popolazione di Gamma evidenzi la riconducibilità del fenomeno morboso osservato all'utilizzo dei pesticidi in questione. La situazione è dunque identica a quella di Alfa sotto il profilo del carattere *ad hoc* dello studio effettuato; ma vi differisce con riferimento alla previa disponibilità di una legge scientifica di copertura relativa al carattere tossico della sostanza.

Si tratta di un tema verosimilmente destinato, nel prossimo futuro, ad attirare attenzioni sempre maggiori⁷⁴. Fermo restando che occorrerà riflettervi con maggiore attenzione, ci pare

⁷² Per ulteriori dettagli sul punto sia consentito rinviare a ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., 286-288.

⁷³ *Contra*, a favore della soluzione secondo cui uno studio *ad hoc* non è sempre indispensabile al raggiungimento della “ragionevole certezza”, MASERA L., *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica*, cit., 16-18.

⁷⁴ Basti pensare ad alcuni recenti casi di sospetta tossicità di sostanze e prodotti di ampia diffusione, che potrebbero ricevere conferme (o smentite) da nuovi studi epidemiologici: v. il caso del glifosfato nei pesticidi, sollevato dalla [nota inchiesta di Le Monde sui c.d. Monsanto Papers](#); il caso dei [Pfas nelle acque del Veneto](#); o ancora il caso del [talco di marchio Johnson&Johnson negli Stati Uniti](#). Tutti casi che evidentemente potrebbero un domani trasformarsi in vertenze, anche con risvolti di responsabilità penale, promosse dalle “vittime” dei sospetti effetti lesivi.

che alcune coordinate di fondo per impostare una prima risposta possano essere sin d'ora individuate.

Anzitutto occorre ricordare che gli studi epidemiologici rappresentano uno dei più attendibili metodi di cui disponiamo per indagare le cause delle patologie⁷⁵: sicché, la circostanza che sia proprio uno studio epidemiologico ad evidenziare per primo il carattere tossico di un'esposizione fino a quel momento ritenuta innocua non deve affatto stupire né tantomeno alimentare perplessità in ordine all'attendibilità della scoperta.

Il secondo punto fermo è che il metodo epidemiologico dispone di criteri elaborati al precipuo scopo di verificare se i valori di rischio relativo e attribuibile rispecchiano un'autentica relazione causale, cioè possono essere posti alla base di una legge scientifica di copertura. Si tratta dei criteri di Bradford Hill, chiamati con il nome dello scienziato che li ha elaborati nel 1965⁷⁶. Non si tratta di una "check-list" tassativa, bensì di linee guida attraverso le quali gli epidemiologi valutano l'attendibilità delle inferenze eziologiche, fermo restando che «uno o più di essi possono essere assenti anche laddove esista una reale relazione causale»⁷⁷. Rinviano al *Reference Manual on Scientific Evidence* per ulteriori dettagli⁷⁸, si possono qui indicare alcuni di tali criteri: la forza dell'associazione (tanto maggiore il rischio relativo, tanto maggiore la probabilità che esso rispecchi un'autentica relazione causale)⁷⁹; la conferma dei risultati da parte di altri studi epidemiologici; la plausibilità biologica dell'associazione (nel senso che esistono elementi di carattere biologico che corroborano l'inferenza causale)⁸⁰; la capacità dello studio epidemiologico di evidenziare una relazione dose-risposta sulla popolazione (nel senso che l'incidenza della patologia cresce all'aumentare dell'esposizione e diminuisce via via che l'esposizione si riduce)⁸¹.

Il terzo punto fermo riguarda i criteri attraverso i quali il giudice deve verificare l'attendibilità dello studio. È evidente, infatti, che, trattandosi di uno studio innovativo non potrà per definizione parlarsi di conoscenza consolidata nella comunità scientifica. Al riguardo occorre tuttavia ricordare come, nella più recente giurisprudenza di legittimità, il grado di consenso della comunità scientifica rappresenti soltanto uno dei criteri attraverso i quali valutare l'attendibilità di uno studio scientifico, e più precisamente rappresenti il criterio di chiusura al quale il giudice deve ricorrere laddove all'esito del dibattimento si registrino una varietà di teorie in insanabile opposizione tra loro. A monte di questa verifica, peraltro, il giudizio di attendibilità di uno studio potrà essere basato su altri indici, attinenti in particolare alla correttezza del metodo utilizzato, al dibattito che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, o ancora all'indipendenza dei soggetti che l'hanno condotto⁸²: tutte verifiche che ben potranno essere declinate rispetto ad un singolo studio epidemiologico quale quello effettuato sulla popolazione di Gamma.

In conclusione, ci pare che nulla osti, in linea di principio, a ritenere che lo studio effettuato sulla popolazione di Gamma possa essere utilizzato per le finalità descritte in precedenza, laddove sia possibile pervenire, all'esito del dibattimento, a conclusioni ragionevolmente certe in merito alla sua attendibilità al metro dei criteri di Bradford Hill.

⁷⁵ Come già evidenziato in precedenza (v. *supra*, n. 2), molte fondamentali scoperte della medicina moderna e contemporanea sono state effettuate proprio grazie agli studi epidemiologici.

⁷⁶ BRADFORD HILL A., *The environment and disease: association or causation?*, 58 Proc. Royal Soc'y Med. 295, 1965. Per un recente studio sull'applicazione processuale di tali criteri (nell'ambito dei *toxic torts* nordamericani), v. NEUTRA R.R., CRANOR C.F., GEE D., *The use and misuse of Bradford Hill in U.S. Tort Law*, 58 *Jurimetrics J.*, 127-162 (2018).

⁷⁷ *Reference Manual*, cit., 600.

⁷⁸ *Reference Manual*, cit., 597-606.

⁷⁹ In epidemiologia il rischio relativo indica un'associazione positiva nel momento in cui è superiore ad 1; è chiaro che tanto maggiore è la sua misura, quanto più certa è la natura causale della relazione individuata. A titolo d'esempio si può citare, anche in ragione dell'attualità della questione nell'ambito della *toxic tort litigation* nordamericana, la dichiarazione rilasciata dal direttore del centro di ricerca sul cancro della Medical University of South Carolina a proposito degli studi relativi ai sospetti effetti cancerogeni del talco Johnson & Johnson: «*It's not like smoking, he said, which carries a risk of developing cancer 20 times higher than not smoking. Research indicates women who use talcum powder are only about 1.2 times more likely to develop cancer than non-users*» (*The Post and Courier*, 6.5.2018).

⁸⁰ Si pensi al rinvenimento di fibre di amianto nei polmoni, che corroborano la plausibilità della relazione causale tra l'inalazione di tali fibre e le patologie dell'apparato respiratorio; ancora, si pensi alla correlazione tra colesterolo e malattie coronarie, biologicamente confermata dalla presenza di colesterolo nelle placche aterosclerotiche (v. *Reference Manual*, cit., 604).

⁸¹ Si pensi agli studi venuti in rilievo nel caso Eternit, che hanno evidenziato una diminuzione dell'incidenza delle neoplasie polmonari tra gli abitanti di Casale Monferrato in corrispondenza del progressivo allontanamento del punto di osservazione dagli stabilimenti (cfr. [Trib. Torino](#), 13.2.2012, imp. Schmidheiny e altro), in *Dir. pen. cont.*, 30.5.2012, pp. 433-451).

⁸² Attraverso questo catalogo di criteri la Cassazione ha sostanzialmente recepito, nel nostro ordinamento, l'orientamento espresso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Daubert*: cfr. Cass. pen., sez. IV, 17.9.2010, n. 43786, Cozzini e altri, in *Cass. pen.*, 2011, 1679 ss., con nota di R. BARTOLI. Sul tema della prova scientifica nel processo penale, v. da ultimo CANZIO G., LUPARIA L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Wolters-Kluwer Cedam, 2018.

6.

Conclusioni

La riforma dei delitti contro l'ambiente del 2015 ha senz'altro compiuto un passo deciso nella direzione del superamento, sul piano del diritto positivo, della fuorviante idea secondo cui si tratterebbe di *victimless crimes*. Un superamento auspicato dalla criminologia ambientale e dalla dottrina penalistica, sulla scorta di considerazioni che muovono da una presa di coscienza in ordine al preoccupante aumento dell'incidenza di malattie e morti quale effetto di attività inquinanti, e che si riflettono nella convinzione che questo ramo del diritto penale non possa limitarsi a sanzionare mere disobbedienze e pericoli astratti, dovendo piuttosto fornire un ampio ventaglio di riposte, proporzionate al disvalore delle molteplici forme di offesa con le quali è chiamato a confrontarsi.

Questo percorso, tuttavia, non può essere compiuto senza intessere un serrato dialogo con le discipline scientifiche chiamate a fornire le evidenze che collegano causalmente le aggressioni all'ambiente in senso stretto ed i loro riflessi sulla salute umana. Un dialogo il cui principale interlocutore è attualmente rappresentato dalla scienza epidemiologica, l'unica ad oggi in grado di mettere a fuoco le relazioni causali in questione, in ragione del suo spettro visivo allargato dal singolo individuo all'intera popolazione.

È chiaro peraltro che, per rendere il dialogo davvero efficace, occorre anzitutto dotarsi di un linguaggio comune; il che significa, nella prospettiva del giurista, sforzarsi di familiarizzare con nozioni e concetti che a prima vista potrebbero risultare oscuri (quali il rischio relativo, il numero attribuibile, i fattori di confondimento, i criteri di Hill e via dicendo), ma dei quali non è particolarmente difficile impadronirsi, alla duplice condizione di avvalersi degli strumenti corretti (si pensi, ancora una volta, al *Reference Manual on Scientific Evidence*) e di accostarsi con la mente libera da alcuni pregiudizi che probabilmente le controverse vicende processuali degli ultimi anni hanno contribuito ad alimentare.

Accanto a tali questioni di taglio scientifico, se ne prospettano altre a carattere invece essenzialmente giuridico, in cima alle quali vi è il problema delle vittime non identificate o impersonali. La dottrina, come visto, appare al momento divisa tra un orientamento più propenso ad ignorare il problema, mantenendosi fedele all'apparato concettuale classico (che distingue tra pericolo individuale e pericolo comune, ma concepisce il danno alla persona soltanto su base individuale); ed uno che invece ritiene che anche il danno possa essere declinato su base collettiva. Questo secondo filone, che appare più attento ai contenuti delle evidenze epidemiologiche (segnatamente della misura del numero attribuibile), è poi ulteriormente diviso tra chi sostiene che gli eventi collettivi possano essere valorizzati soltanto nell'ambito di fattispecie *ad hoc*, e chi invece afferma che il compito possa essere assegnato alle fattispecie d'evento lesivo contro la persona. Sebbene sulla carta entrambe le soluzioni appaiano percorribili, ci è parso da un lato che il delitto di disastro ambientale-sanitario (art. 452-*quater* n. 3), per come attualmente configurato, incrimini un'offesa di pericolo comune e non di danno (nemmeno in forma collettiva); dall'altro lato, che vi siano validi argomenti per sostenere che anche i danni alla salute ed alla vita di vittime non identificate possono essere a pieno titolo intercettate dai reati contro la persona di lesioni personali ed omicidio, a condizione naturalmente che il nesso eziologico sia accertato con ragionevole certezza, sebbene soltanto a livello di popolazione.

I problemi di accertamento causale, peraltro, rappresentano soltanto un aspetto del più ampio tema della responsabilità penale per i danni alla vita ed alla salute determinati dall'inquinamento ambientale. A ben vedere, infatti, riconoscere la capacità delle evidenze epidemiologiche di dimostrare relazioni causali di danno significa anzitutto descrivere le conseguenze, in termini di perdita di vite e di salute, dell'attuale modello di sviluppo delle società in cui viviamo. Un modello da cui derivano effetti collaterali spesso prevedibili, che tuttavia l'ordinamento tollera ed autorizza, entro certi limiti, a beneficio di altri vantaggi di ordine economico e non solo. Si tratta di bilanciamenti di interessi che giuridicamente acquistano valore nel quadro concettuale del "rischio consentito", e che impongono di avviare una seria riflessione in ordine ai *limiti* della responsabilità penale per la causazione di eventi lesivi attraverso condotte notoriamente pericolose ma al contempo lecite. In questa prospettiva appare senz'altro opportuna la previsione della clausola di illiceità espressa "abusivamente" nelle fattispecie delittuose introdotte nel titolo VI-*bis* del codice (in linea con il requisito di "illiceità" di

cui all'art. 3 della direttiva 2008/99/CE)⁸³; fermo restando che il rischio consentito presenta una portata garantistica più ampia, che dovrebbe entrare in gioco quale limite generale della responsabilità penale anche nell'ambito delle fattispecie che non contemplano clausole di illiceità espressa, segnatamente i delitti d'evento contro la persona. Il tema esula dall'ambito del presente lavoro, ma è chiaro che in futuro l'approfondimento relativo al ruolo delle conoscenze epidemiologiche nel processo penale non potrà che procedere parallelamente ad esso⁸⁴.

⁸³ Una parte della dottrina interpreta la clausola "abusivamente" proprio quale requisito che impone di accertare il superamento del "rischio consentito", a sua volta determinato sulla base delle disposizioni (legislative, regolamentari o racchiuse nelle autorizzazioni amministrative) che disciplinano lo svolgimento di attività inquinanti: cfr., BISORI L., *Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali. Prove tecniche di abusivismo giudiziario?* in *Criminalia*, 2015, 317-322; FIMIANI P., *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 87; RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 244; DE SANTIS G., *Il nuovo volto*, cit., 169; PAVICH G., *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale*, cit., 410.

⁸⁴ Sul punto sia consentito rinviare a ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., 335 ss., nonché, con particolare riferimento ai rapporti tra evidenza epidemiologica e causazione di eventi lesivi "leciti", 451-454.

Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali

Legislative Options about Mens Rea in New Environmental Crimes

MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS

*Dottore di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Parma
matteo.mattheudakis@unibo.it*

DISASTRO AMBIENTALE, DOLO, COLPA,
RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

ENVIRONMENTAL POLLUTION, ENVIRONMENTAL
DISASTER, INTENTION, NEGLIGENCE, STRICT LIABILITY

ABSTRACT

La disciplina dei delitti ambientali inseriti nel codice penale induce ad interrogarsi intorno ad alcune questioni relative alla colpevolezza ed ai rapporti tra essa e la pena. In particolare, l'ambigua formulazione del nuovo art. 452-ter c.p. impone di verificare se gli eventi morte e lesioni personali debbano imputarsi a titolo di colpa. Inoltre, l'art. 452-quinquies c.p. stimola interessanti riflessioni sulla proporzione tra colpevolezza e pena

The discipline of the environmental crimes included in the penal code leads to questioning about some issues concerning culpability and the relationship between it and the punishment. In particular, the ambiguous wording of new art. 452-ter c.p. requires to verify whether death and bodily injuries require a mens rea of negligence. Moreover, art. 452-quinquies c.p. stimulates interesting reflections on the proportion between culpability and punishment.

SOMMARIO

0. Premessa. – 1. Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale: il parallelismo con l'art. 586 c.p. e gli spazi applicativi della fattispecie. – 1.1. La mancata menzione della colpa per l'imputazione degli eventi più gravi. – 1.2. Dallo "sforzo" non compiuto dal legislatore a quello richiesto al giudice: le insidie non finiscono. 2. Il significato della scelta legislativa dell'art. 452-*quinquies* c.p.

0.

0. Premessa.

Più che una rassegna completa di tutti i profili problematici relativi alla colpevolezza nell'ambito dei delitti ambientali recentemente introdotti nel codice penale, questo scritto è dedicato soprattutto al tema dell'imputazione colpevole nel contesto del nuovo art. 452-*ter* c.p., rubricato «morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale». Più in sintesi, si tratterà anche il nuovo art. 452-*quinquies* c.p., in cui vi è la previsione e la disciplina delle versioni colpose dei delitti di inquinamento ambientale e disastro ambientale. Solo alcuni cenni, inoltre, potranno essere dedicati ad alcune altre scelte legislative, che comunque orbitano intorno alle questioni qui privilegiate.

1.

Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale: il parallelismo con l'art. 586 c.p. e gli spazi applicativi della fattispecie.

Nell'analisi delle questioni meno scontate nell'ambito dei delitti ambientali introdotti tramite la riforma del 2015, particolare interesse è in grado di suscitare la formulazione (e quindi la struttura) della fattispecie dell'art. 452-*ter* c.p., di cui rileva soprattutto il 1° c.¹

Tale previsione ricalca piuttosto vistosamente lo schema della tradizionale fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p. e, come tale fattispecie, sembra da considerare preferibilmente un autonomo titolo di reato plurioffensivo² e non un'ipotesi circostanziale del delitto di base (in questo caso l'inquinamento ambientale), pur essendovi qui indizi in entrambi i sensi, che evidenziano una notevole ambiguità del legislatore³.

Rispetto alla fattispecie tipizzata nell'art. 586 c.p., quella ambientale di recente introdu-

¹ Il primo comma dell'art. 452-*ter* c.p. dispone: «Se da uno dei fatti di cui all'articolo 452-*bis* deriva, quale conseguenza non voluta dal reo, una lesione personale, ad eccezione delle ipotesi in cui la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni, si applica la pena della reclusione da due anni e sei mesi a sette anni; se ne deriva una lesione grave, la pena della reclusione da tre a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la pena della reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva la morte, la pena della reclusione da cinque a dieci anni». Sulla *ratio* di questa previsione nell'ambito del sistema di tutela penale dell'ambiente disegnato dalla l. 22 maggio 2015, n. 68, tra gli altri, diffusamente, DI GIUSEPPE, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Assago, 2015, pp. 1021 ss.

² Sul carattere plurioffensivo dell'illecito in considerazione, si vedano SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in questa Rivista, 2, 2015, p. 212; SALCUNI, SANTAMARIA, *Reato di morte o lesioni come conseguenza dell'inquinamento ambientale*, in MANNA (a cura di), *Il nuovo Diritto Penale Ambientale (l. 22 maggio 2015, n. 68)*, Roma, 2016, p. 67. In argomento, da ultimo, DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017, pp. 189 ss. Più in generale, per una recente indagine sulle tecniche di tutela penale dell'ambiente, si veda CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2017, specialmente pp. 334 ss.

³ La posizione decisamente maggioritaria della dottrina è nel senso di ravvisare un'autonoma fattispecie di reato, evidenziando, tra l'altro, la tipizzazione in un apposito articolo e l'assenza di un riferimento esplicito alla natura circostanziale della fattispecie, altrove invece presente a chiare lettere, in particolare negli artt. 452-*octies* e 452-*novies* c.p.: argomento su cui fa leva, ad esempio, MANNA, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni critiche di carattere introduttivo*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, cit., p. 983. A sostegno della tesi opposta, ad esempio, FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente. I reati e le sanzioni. Il sistema delle responsabilità. Le indagini, il processo e la difesa*, Milano, 2015, p. 92, il quale osserva che, solo considerando la previsione del 1° c. dell'art. 452-*ter* c.p. un'ipotesi circostanziale rispetto al delitto di inquinamento ambientale, non si incorrerebbe in irragionevoli vuoti di tutela, quanto in particolare all'applicazione della confisca ed alla sussistenza della responsabilità amministrativa da reato degli enti, poiché, a tali fini, il legislatore non ha menzionato, nel catalogo dei reati presupposto, l'art. 452-*ter* c.p., mentre vi ha espressamente incluso ipotesi di minore gravità, ad esempio lo stesso inquinamento ambientale "semplice" ex art. 452-*bis* c.p. Per una dettagliata rassegna dei non pochi argomenti a sostegno di entrambe le letture, si rinvia a RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, pp. 19 ss.; tra i contributi più recenti, in argomento, ampiamente anche SABIA, *Art. 452-*ter**, in CADOPPI, CANESTRARI, VENEZIANI (diretto da), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018 (in corso di pubblicazione), par. 1, ma anche par. 9, ove l'Autrice si sofferma particolarmente sul tema della (almeno apparentemente non prevista) responsabilità amministrativa da reato dell'ente, su cui si veda pure, ancor più diffusamente, AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 405 ss., in particolare pp. 419 ss.

zione presenta diversi connotati di specialità ed ha certamente un ambito applicativo molto più limitato; ciò per almeno due motivi. La nuova previsione non è indeterminata quanto al delitto doloso di base, ma si innesta esclusivamente su fatti di inquinamento ambientale, come definito nell'articolo precedente, cioè nell'art. 452-*bis* c.p. Ciò consente, peraltro, una quantificazione diretta delle pene, a partire cioè da una cornice editale espressamente definita dal legislatore, senza dover fare rinvio alla disciplina sul concorso di reati⁴. Inoltre, sono escluse dall'ambito applicativo di questa norma, forse opportunamente, le lesioni personali lievissime, cioè quelle in cui la malattia della persona offesa abbia una durata entro i 20 giorni⁵.

1.1.

La mancata menzione della colpa per l'imputazione degli eventi più gravi.

Venendo più direttamente ai profili di colpevolezza, il principale oggetto di approfondimento di questo scritto, va osservato che le due fattispecie finora paragonate sono identiche nell'introdurre le lesioni oppure la morte altrui come eventi che rilevano in quanto «conseguenza non voluta» dal «reo»⁶.

Se anche nel caso dell'art. 452-*ter* c.p. si è in presenza di una fattispecie autonoma, come pare ai più, viene spontaneo chiedersi perché il legislatore si sia limitato a dire che gli eventi devono essere non voluti, impegnandosi così soltanto in una definizione in negativo del criterio di imputazione che li riguarda. Con un certo ottimismo, si potrebbe pensare ad un legislatore convinto del fatto che al dolo non vi possa essere alternativa costituzionalmente ammissibile se non la colpa e che quindi non fosse indispensabile (essendo ciò implicito) richiamare la colpa quale criterio di imputazione degli eventi più gravi dell'inquinamento ambientale: lesioni personali (almeno lievi) e morte. Ovvio, poi, che se gli eventi menzionati fossero invece delle circostanze aggravanti (lettura qui non accreditata, come già detto), per la loro imputazione disporrebbe pacificamente l'art. 59, 2° c., c.p., quindi non si potrebbe nemmeno invocare con pertinenza un'omissione del legislatore. Scommettere però sul fatto che il legislatore di queste ultime stagioni modelli il diritto penale con estrema perizia, condensando nei testi normativi approvati particolari finanze giuridiche, anche "giocando" sull'implicito, sarebbe forse – si consenta il gioco di parole – un'imprudenza.

A ben vedere, si è al cospetto di una formulazione normativa ritenuta da più voci infelice e non solo perché carente di un riferimento esplicito alla colpa.

Prima di tutto, occorre infatti fare i conti con critiche secondo cui la disposizione in menzione sarebbe destinata ad avere scarsa applicazione in quanto inadeguata "per difetto" rispetto alla fenomenologia a cui si pretenderebbe di collegarla. In questo senso, ad esempio, le osservazioni contenute nella relazione del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, in base alle quali la pregnanza degli elementi costitutivi del delitto di base⁷ su cui deve riflettersi il dolo, peraltro arricchito da una clausola di illiceità espressa («abusivamente»)⁸, sembrerebbe

⁴ Questa la regola che si ricava dal doppio rinvio codicistico: prima, dell'art. 586 all'art. 83 c.p. e, poi, da parte di quest'ultimo alla disciplina del concorso di reati. In argomento, si vedano, SALCUNI, SANTAMARIA, *Reato di morte o lesioni come conseguenza dell'inquinamento ambientale*, cit., p. 65, i quali ritengono la soluzione scelta dal legislatore per l'art. 452-*ter* c.p. «più rispettosa del principio di personalità della pena».

⁵ Si tratta – sembra potersi dire – di un elemento di "calibro" della disciplina degli "ecodelitti" previsti dal codice penale. Tra gli altri interventi di riforma degli ultimi anni, si può ricordare l'approccio, in realtà ancor più selettivo sul punto, impiegato nella formulazione dell'attuale art. 590-*bis* c.p. («lesioni personali stradali gravi o gravissime»), ove, pur sullo sfondo di non poche criticità – sulle quali si consenta il rinvio, se non altro per gli opportuni riferimenti dottrinali, a MATTHEUDAKIS, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 1 (web) – una disciplina particolarmente severa è stata riservata soltanto alle lesioni gravi o gravissime.

⁶ Dal «colpevole» si trova scritto nell'art. 586 c.p., anche se non pare che questa minima differenza abbia reali implicazioni.

⁷ L'inquinamento ambientale, ex art. 452-*bis* c.p., sussiste quando il soggetto attivo «cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili:

1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo;
2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna».

⁸ Ampiamente su questa clausola, RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., pp. 5 ss. In giurisprudenza, tra le ultime pronunce, si veda Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 15865, in *DeJure*: «La condotta "abusiva" di inquinamento ambientale, idonea ad integrare il delitto di cui all'art. 452-*bis* c.p., comprende non soltanto quella svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali – ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale – ovvero di prescrizioni amministrative; ne consegue che, ai fini della integrazione del reato, non è necessario che sia autonomamente e penalmente sanzionata la condotta causante la compromissione o il deterioramento richiesti dalla norma».

giustificare, su base empirica, la tentazione di riconoscere quasi automaticamente un'estensione del dolo anche agli eventi morte o lesioni personali, che non sarebbero altro che la proiezione più logica, quasi scontata, dell'inquinamento ambientale. Onde sarebbe difficile sostenere che non vi sia stata nemmeno una previsione di tali eventi, accompagnata da una deliberata accettazione del rischio della loro verifica⁹.

Il ragionamento esplicitato nel documento del Massimario della Cassazione è di per sé assai chiaro e verosimilmente poggia anche su un'analisi piuttosto accurata della casistica finora presentatasi, tuttavia si può esprimere qualche perplessità in merito ad un'eventuale pretesa di strumentalizzare il discorso e costruire una presunzione di dolo (foss'anche di dolo eventuale, che anzi di più vi si presta, data la sua particolare "posizione di confine"¹⁰ tra dolo e colpa) partendo da queste constatazioni, che possono ben valere in un numero anche elevato di casi, ma possono pure non trovare riscontro in un caso concreto che abbia caratteristiche diverse dagli altri.

Tornano qui alla mente le fallacie in cui si può incorrere nel giudizio di causalità se ci si ferma alla prova della c.d. causalità generale¹¹. Per usare una metafora, occorre qui respingere una prova "epidemiologica" del dolo, basata peraltro su una non ben verificata convinzione di aver colto l'*id quod plerumque accidit* e, soprattutto, sulla pretesa di ritenerla valida (nel senso di esplicativa) in ogni caso sotto giudizio. Il rischio è quello di oggettivizzare oltremodo il dolo, che verrebbe provato sulla base di presunzioni pressoché insuperabili e, come tali, insensibili alle peculiarità della vicenda specifica. Senza contare il fatto che dedurre regolarmente l'accettazione del rischio (sempre che si voglia continuare ad usare questa tralattizia e «vuota», «manovrabile», «manipolabile»¹² formula per affermare la sussistenza del *dolus eventualis*) dalla mera previsione dell'evento, non sembra possibile salvo voler riproporre il censurabile automatismo per il quale agire rappresentandosi la possibilità che una conseguenza si verifichi significa, di per sé, accettarla¹³.

Sotto un diverso punto di vista, si è rilevato come la marginalità applicativa della fattispecie di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale discenda anche dalla difficoltà di immaginare un fatto corrispondente al dettato dell'art. 452-ter c.p. e che non integri, al contempo, anche gli estremi del disastro ambientale, tra le cui ipotesi tipiche alternative vi è «l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo» (art. 452-quater, 1° c., n. 3, c.p.)¹⁴.

La sussistenza del disastro ambientale si ritiene comporti un sostanziale assorbimento della meno grave ipotesi di inquinamento ambientale, rendendo inapplicabile pure la corrispondente fattispecie qualificata dall'evento, in favore di una riespansione applicativa del più generale art. 586 c.p.¹⁵. A questo riguardo, si è osservato come sarebbe stato più opportuno costruire una fattispecie qualificata dagli eventi morte o lesioni assumendo appunto come delitto doloso di base quello di disastro ambientale¹⁶; anche se, in merito, si può allora osservare che la presunzione di dolo in relazione agli eventi morte o lesioni sarebbe stata ancora più probabile, almeno sfruttando surrettiziamente gli argomenti più delicati tra quelli esplicitati

⁹ MOLINO, *Rel. n. III/04/2015, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore penale, Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, in www.cortedicassazione.it, p. 14.

¹⁰ Significativo è già il titolo dello studio monografico di CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

¹¹ In argomento, deve considerarsi ancora attuale la lezione "metodologica" di STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milano, 2003, in particolare pp. 221 ss.

¹² Questi gli aggettivi usati in CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Bologna, 2017, p. 440.

¹³ Per un'ampia critica del ricorso giurisprudenziale all'accettazione del rischio, mettendone in luce i suoi limiti proprio con riferimento alla casistica, CANESTRARI, *Il dolo*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Assago, 2013, pp. 107 ss. La stessa giurisprudenza, alla quale si attribuiscono spesso orientamenti poco condivisibili in tema di accertamento del dolo (di quello eventuale in particolare), si è pronunciata autorevolmente proprio nel senso di recuperare dignità autonoma per i profili "volitivi" del dolo eventuale, suggerendo appunto cautela, onde evitare di incorrere in presunzioni che violerebbero, in uno, diversi principi costituzionali: Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, ad esempio, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 426 ss., con nota di SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, pp. 490 ss. Va poi precisato che è la stessa relazione del Massimario, del cui significato non si vuol qui proporre un travisamento, a fare rinvio alla sentenza appena citata, affermando la necessità che in concreto si riscontrino la presenza degli indicatori del dolo eventuale individuati dalle Sezioni unite.

¹⁴ Così, ad esempio, MOLINO, *Rel. n. III/04/2015*, cit., p. 14.

¹⁵ In questo senso, ad esempio, RUGA RIVA, *I nuovi ecocreati*, cit., pp. 22-23; MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015, p. 8.

¹⁶ Esprime appunto perplessità in merito alla scelta del legislatore, tra gli altri, MOLINO, *Rel. n. III/04/2015*, cit., p. 13. In argomento, si veda anche SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti"*, cit., pp. 213-214.

nella relazione del Massimario della Cassazione.

Volendo comunque ipotizzare un ambito applicativo per la controversa fattispecie che si sta affrontando – in dottrina si è fatto riferimento, anche se con un'espressione apparentemente tautologica, a «casi di inquinamento con effetti non disastrosi per l'ambiente cui conseguano per colpa morti o lesioni non lievissime»¹⁷ – e posto che gli eventi di danno richiamati devono essere conseguenze necessariamente non volute dal soggetto agente, un richiamo esplicito alla colpa sarebbe stato più che opportuno.

Non pare sufficiente, infatti, osservare che ormai il principio di colpevolezza fa parte del patrimonio condiviso di dottrina e giurisprudenza e che la Corte costituzionale, nelle più che note sentenze del 1988¹⁸, richiamate con vigore anche da una più recente pronuncia, la n. 322 del 2007¹⁹, ha affermato la regola dell'imputazione quantomeno per colpa di ogni elemento costitutivo dell'illecito penale. Potrebbe poi non bastare nemmeno richiamare l'arresto delle Sezioni unite della Cassazione del 2009, nel caso "Ronci", coinvolgente la fattispecie dell'art. 586 c.p.; caso in cui la Corte è giunta a richiedere una colpa in concreto rispetto ad eventi maturati nel contesto di attività illecite, come lo spaccio di stupefacenti, basando anche tale colpa sulla violazione di una regola precauzionale diversa dal precetto penale che incrimina il fatto di base²⁰.

Per rimanere preoccupati, basta uno sguardo al "giardino del vicino" dell'art. 586 c.p.; "giardino" che in questo caso non ha affatto l'"erba più verde". Ci si riferisce alle applicazioni giurisprudenziali dell'omicidio preterintenzionale, collocato nel limitrofo art. 584 c.p. e la cui struttura, a ben vedere, non è così eterogenea rispetto a quella delle fattispecie di cui agli artt. 586 e 452-ter c.p. Tanto è vero che parte della dottrina classifica la previsione dell'art. 586 c.p. nell'ambito degli illeciti preterintenzionali, quantomeno in senso lato²¹.

¹⁷ RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 22. La posizione dell'Autore, a ben vedere, è piuttosto articolata ed è plausibile nella misura in cui si osserva che «dal raffronto tra le rispettive cornici edittali parrebbe ragionevole desumere che nel disastro ambientale con offesa alla pubblica incolumità, ex art. 452-*quater*, n. 3, non vadano ricomprese morti o lesioni, posto che la pena prevista in tale ultima ipotesi (da 5 a 15 anni di reclusione) è più bassa di quella applicabile al delitto di meno grave contaminazione (inquinamento anziché disastro ambientale), da cui derivino più morti o lesioni non lievissime (pena massima fino a 20 anni di reclusione)». In altre parole «nell'art. 452-*quater* verrebbero sussunte le contaminazioni ambientali con effetti disastrosi per l'ambiente e per la pubblica incolumità, nel senso di messa in pericolo di un numero indeterminato di persone (non di morte o lesioni)». In argomento, per un quadro aggiornato delle varie posizioni espresse in dottrina, SABIA, *Art. 452-ter*, cit., par. 7.

¹⁸ Si allude, anzitutto, a Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, cc. 1385 ss., con commento di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*. Relativamente alla stessa pronuncia, tra i commenti "a caldo", anche PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 920 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, pp. 449 ss.; VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, pp. 3 ss.; inoltre, FLORA, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, cc. 337 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 379 ss. Dello stesso anno, si ricorda opportunamente anche Corte cost., 30 novembre-13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 289 ss., con commento di VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, pp. 299 ss. In argomento, fondamentale, inoltre, l'intero volume di STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, frutto dei lavori del Seminario organizzato dall'I.S.I.S.C. e tenutosi a Siracusa all'indomani (21-24 aprile 1988) della pronuncia della "Consulta".

¹⁹ Corte cost., 11-24 luglio 2007, n. 322, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1461 ss., con commento di RISICATO L., *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, pp. 1465 ss.

²⁰ Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4564 ss., con nota (in parte critica, schierandosi l'Autore tra coloro che ritengono inconcepibili regole cautelari in un contesto illecito) di CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, pp. 4585 ss. Per diffusi riferimenti a questa sentenza nella trattazione dell'art. 452-ter c.p., si vedano, ad esempio, SALCUNI, SANTAMARIA, *Reato di morte o lesioni come conseguenza dell'inquinamento ambientale*, cit., pp. 69-70; SABIA, *Art. 452-ter*, cit., par. 5.

²¹ In particolare, CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, pp. 226 ss. La particolare ricostruzione dell'illecito preterintenzionale (in senso ampio) ora in menzione richiede la sussistenza di un rapporto già in astratto tra delitto doloso di base ed evento più grave, nel senso che il primo deve oggettivamente rappresentare un illecito di pericolo astratto rispetto ai beni giuridici offesi attraverso la concretizzazione del secondo, ma poi non meno necessario è l'accertamento della violazione di regole cautelari, diverse da caso a caso, da selezionare in concreto (guardando al comportamento che avrebbe tenuto un uomo mediamente avveduto) e non facendo automatico riferimento alla legge penale incriminatrice, ad esempio, dei fatti di percosse o lesioni. Per una ricostruzione analoga, si veda A. LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite. Un dibattito ancora aperto, tra incertezze dogmatiche e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 2007, in particolare, pp. 439 ss. Per un'aggiornata ricognizione delle diverse impostazioni teoriche maturate finora, si rinvia a PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale*. Pure come *species del genus* "omicidio improvviso", Pisa, 2016, in particolare pp. 99 ss.; nonché, per un costante raffronto tra contesto tedesco e italiano, a STAFFLER, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik. Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*, Berlin, 2015, in particolare, pp. 26 ss. e 46 ss. Quanto alla fattispecie del 1° c. dell'art. 452-ter c.p., la stessa classificazione in termini preterintenzionali si trova proposta in SALCUNI, SANTAMARIA, *Reato di morte o lesioni come conseguenza dell'inquinamento ambientale*, cit., p. 65; inoltre, da ultimo, in argomento, DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., pp. 190 ss.

Il rischio, allora, è che prendano piede anche nel contesto ambientale gli orientamenti relativi all'art. 584 c.p., intenti a proporre a ripetizione poco credibili *camouflage* verbali della responsabilità oggettiva²².

Si veda, appunto, la terminologia di una delle ultime sentenze di Cassazione consultabili nelle banche dati relativamente all'art. 584 c.p. La sentenza, della V sezione penale, risale al 21 settembre 2016²³ (data che coincide con quella di una delle primissime sentenze della stessa Cassazione, in questo caso della III sezione penale²⁴, sul nuovo delitto di inquinamento ambientale) e conclude una vicenda processuale di interesse giornalistico, cioè il caso di un ingegnere romano che aveva organizzato, con esiti tragici, pratiche di *bondage*, se non (forse più plausibilmente) di *breath control*, con due donne. Il malgoverno di tali pratiche aveva comportato la morte di una di queste due donne, mentre l'altra aveva riportato lesioni.

Vero è che la contestazione dell'omicidio preterintenzionale non è stata qui accolta da alcun giudice, preferendole sempre il riconoscimento dell'omicidio colposo, ma è stata comunque riproposta fino alla Cassazione da parte degli organi della pubblica accusa, stimolando così una presa di posizione della Suprema Corte, secondo cui, in generale: «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p., assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato. Pertanto, la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto "de quo" è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa»²⁵.

È forse superfluo insistere più di tanto su un aspetto che è particolarmente evidente, ma non si può non notare come la prevedibilità in astratto di cui parla qui la Cassazione sia solo un pallido feticcio della colpa, per non dire che si tratta di una formula equivalente alla responsabilità oggettiva²⁶.

Non menzionando minimamente la colpa nel nuovo art. 452-ter c.p., il legislatore è stato imperito e magari pure negligente e (non meno) imprudente, per evocare la "monade triadica" della ridondante e – pare proprio – confusa terminologia di quasi tutti i capi d'imputazione formalizzati nel quotidiano delle aule di giustizia italiane per contestare una responsabilità penale per colpa generica²⁷.

Si guardi ad un altro intervento legislativo di questi tempi, cioè quello di riforma della

²² Per una ricognizione della giurisprudenza su entrambe le fattispecie, cioè quella dell'art. 584 e quella dell'art. 586 c.p., si veda BASILE, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, voce per il *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani, in <http://www.treccani.it>, il quale, emblematicamente, intitola il paragrafo 2.3 «la chiusura ermetica alla colpa nell'art. 584 c.p.».

²³ Cass. pen., Sez. V, 21 settembre-26 ottobre 2016, n. 44986, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 347 ss., con nota di PELISSERO, *Bondage e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, pp. 350 ss. Per un ulteriore commento della stessa sentenza, volendo, MATTHEUDAKIS, *Il bondage e le "corde" dell'imputazione colpevole*, in *Ind. pen.*, 2017, pp. 549 ss.

²⁴ Cass. pen., Sez. III, 21 settembre-3 novembre 2016, n. 46170, con nota di RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2016.

²⁵ L'argomentazione non è inedita; i termini esatti sono infatti esplicitamente mutuati da una sentenza del 2012 della stessa V sezione: Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 791, in *DeJure*.

²⁶ Con riferimento alla sentenza in considerazione, PELISSERO, *Bondage e sadomasochismo*, cit., pp. 351 ss., specialmente p. 353: «Che i giudici non potessero chiamare apertamente le cose con il loro nome e che abbiano preferito prospettare in termini nuovi una lettura vecchia della preterintenzione, era ovvio, in quanto parlare espressamente di responsabilità oggettiva avrebbe significato esplicitare il *vulnus* al principio di colpevolezza».

²⁷ Come è noto, in ambito sanitario la recente riforma "Gelli-Bianco" (attuata tramite la l. 8 marzo 2017, n. 24) ha previsto espressamente, nel testo del nuovo art. 590-sexies c.p. (2° c.), un'"inedita" limitazione operativa della speciale disciplina penale alle sole ipotesi di imperizia. Si tratta di una presa di posizione che ha radici risalenti, riconducibili al tradizionale dibattito sull'applicabilità dell'art. 2236 c.c. in sede penale, e che, più da vicino, è stata influenzata dalla giurisprudenza formatasi nel periodo di vigenza della precedente riforma "Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158); giurisprudenza che proprio con riferimento alla pretesa (di quantomeno dubbio fondamento positivo) di distinguere ai fini dell'*an* della punibilità tra negligenza, imprudenza e imperizia – così le mette in ordine l'art. 43, 1° c., 3° alinea, c.p. – aveva fatto emergere fragilità concettuali e strumentalizzazioni tali da meritare le severe critiche della dottrina: prima dell'approvazione della riforma "Gelli-Bianco", ad esempio, CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1147 ss.; PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015; ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *questa Rivista*, 1, 2015, pp. 231 ss.; CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016; poco prima dell'approvazione della riforma del 2017, BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *questa Rivista*, 2, 2017, pp. 159 ss., in particolare pp. 173 ss.; con riferimento all'attuale disciplina normativa, per tutti, MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.* (web), 3, 2017, in particolare pp. 13 ss., a cui si rinvia anche per ricchissimi riferimenti bibliografici, in grado di testimoniare il fallimento dei tentativi di distinguere, all'interno dell'ambito sanitario, tra le tre forme di colpa generica: «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori» (p. 19).

responsabilità per colpa in ambito stradale, realizzato ad opera della l. n. 41 del 23 marzo del 2016. Nel contesto di tale riforma, criticabile sotto molti punti di vista, se c'è un dato positivo, è proprio la "generosità" con la quale il legislatore ha ripetuto l'espressione «per colpa» al fine di qualificare l'imputazione proprio degli eventi morte e lesioni personali (gravi o gravissimi)²⁸. Il timore è allora che l'assenza di una altrettanto netta terminologia nella formulazione dell'art. 452-ter c.p., peraltro frutto della stessa legislatura, possa indurre ad evocare un (qui deleterio) argomento *a contrario*: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit!*

Nel formulare il nuovo art. 452-ter c.p., ci si sarebbe forse potuti accontentare anche solo della menzione di una concreta prevedibilità degli eventi necessariamente non voluti. In tal modo, il legislatore avrebbe evitato l'"imbarazzo" di aderire all'impostazione che ritiene necessario accertare la violazione di una regola cautelare anche nei contesti di base già penalmente illeciti²⁹; impostazione comunque già recepita dalle Sezioni unite della Cassazione nel 2009, come detto. Alcuni, di sicuro, avrebbero lo stesso mostrato perplessità, evidenziando il rischio di non pervenire comunque ad imputazioni pienamente in linea col principio personalistico dell'art. 27 Cost., ma ci si sarebbe almeno trovati in presenza di indicazioni più rassicuranti di quelle attuali. Per come è scritta la disposizione del 1° c. del nuovo art. 452-ter c.p., rimane dunque forse una sottovalutazione delle possibili tentazioni della giurisprudenza meno garantista.

Ovviamente, per raccordare queste ultime considerazioni con quanto detto poco più sopra, l'ampiezza del rischio di condanne basate su un'imputazione incolpevole in relazione agli eventi morte e lesioni personali (almeno lievi) è inversamente proporzionale alle previsioni di "angustia" degli spazi applicativi che la fattispecie può ritagliarsi. In tale prospettiva, si potrebbe osservare che il legislatore, con una mano, crea un "pericolo" e poi, con l'altra – non è chiaro quanto consapevolmente – sostanzialmente lo neutralizza.

1.2.

Dallo "sforzo" non compiuto dal legislatore a quello richiesto al giudice: le insidie non finiscono.

Se si procedesse, come pare possibile, ad un'interpretazione *secundum constitutionem*, peraltro sempre imposta in generale dalla Corte costituzionale quando tale interpretazione non sia esplicitamente preclusa dal testo della legge³⁰, e si ritenesse apertamente, quindi, impossibile prescindere dall'accertamento di una colpa, saremmo al riparo da qualsiasi insidia per il principio di colpevolezza?

Nel settore ambientale e con particolare riferimento alla fattispecie di cui ci stiamo occupando, il giudizio di colpa va sviluppato tenendo anche conto della diffusa esistenza di soglie nella regolamentazione di diverse attività connesse soprattutto al settore produttivo³¹. Tali soglie possono forse rappresentare una base per l'individuazione della regola cautelare da porre a fondamento di un giudizio di colpa, anche se il problema principale è che spesso proiettano l'imputazione in una delicata dimensione di colpa specifica, peraltro in termini parzialmente

²⁸ In tale contesto, il legislatore ha optato per un'imputazione dichiaratamente colposa nonostante vi fossero, anche qui, varie istanze volte ad accreditare insidiose presunzioni di dolo (eventuale). Alcuni testi circolati nell'ambito dei lavori parlamentari relativi alla riforma della criminalità stradale erano appunto stati criticati proprio per questo: prima della riforma, LATTANZI, *L'omicidio stradale. Relazione al convegno sul tema "ipotesi su una nuova figura di reato: l'omicidio stradale"*, Napoli, 7 marzo 2014, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1980 ss., richiamato da ROJATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1° giugno 2016, p. 7, nt. 23, evidenziando, appunto, una sorta di presunzione di dolo eventuale nell'ambito del vecchio testo. Per critiche di segno analogo, si vedano anche TASSINARI, *La collisione fra istanze generalpreventive e principi costituzionali nel disegno di legge sul così detto omicidio stradale*, in CURI (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, pp. 262 ss.; AMATI, *L'omicidio stradale tra istanze repressive e principi costituzionali in materia penale* (Relazione al convegno "Il nuovo reato di omicidio stradale. Fra enfasi mediatica e problematiche giuridiche", Udine, 6 marzo 2015), in *www.filodiritto.com*, 6 aprile 2016, pp. 2 ss. Per una panoramica delle questioni critiche che rimangono comunque aperte nonostante il ricorso ad un'imputazione dichiaratamente colposa, si veda, ad esempio, LOSAPPIO, *La "colpa" nel delitto di omicidio stradale*, in *Parola alla difesa*, 2017, pp. 171 ss.

²⁹ In merito, si rinvia alla posizione critica sviluppata, tra gli altri, dal primo Autore citato nella nota 20.

³⁰ Il riferimento è alla notissima sentenza "Zagrebel'sky": Corte cost., 14-22 ottobre 1996, n. 356, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dato corso ad un orientamento ancora attuale: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

³¹ In argomento, per una verifica critica del rispetto dei tradizionali principi garantistici del diritto penale, D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, di cui si veda anche, per un'interessante raccolta di scritti che mettono a confronto le soluzioni amministrative e penali italiane con quelle concepite negli Stati Uniti d'America, ID., ROTOLO (a cura di), *La tutela dell'ambiente tra regolamentazione amministrativa e intervento penale. L'esperienza italiana e statunitense a confronto*, in *Jus*, 1, 2016, pp. 3 ss.

diversi da quelli tradizionali, in quanto vi è sullo sfondo una frequente “contaminazione” ad opera del principio di precauzione, che pone ben noti problemi, tra l’altro, proprio per l’imputazione colposa³².

Non si può nemmeno trascurare che, nel contesto dell’art. 452-ter c.p., essendovi tipizzati eventi dannosi non solo per l’ambiente, ma anche per le persone, la prevedibilità di tali eventi ultimi potrà basarsi sul superamento delle soglie previste solo nella misura in cui esse mirino a prevenire non soltanto danni ambientali, ma anche danni alla salute; il che può anche darsi in molti casi, ma non è bene cedere a presunzioni in merito, valutando sempre le peculiarità del caso concreto. Come ammonisce parte della dottrina, abusività della condotta (non solo per superamento delle soglie, ma, ad esempio, anche per violazione di provvedimenti autorizzativi) non è automaticamente sinonimo di colposità della condotta stessa per il solo fatto che l’evento indesiderato si sia verificato³³.

Se si vuole realmente mantenere aderenza ai criteri di accertamento della colpa indicati dalla pronuncia delle Sezioni unite del 2009 sull’art. 586 c.p., bisognerà, quindi, fare sul serio nell’accertare (oltre, ovviamente, al nesso di causalità “materiale”) una prevedibilità *ex ante* dell’evento concreto nonché i nessi “normativi” tra colpa ed evento stesso, cioè l’effettiva concretizzazione del rischio nel risultato verificatosi e l’efficacia preventiva del comportamento conforme a cautela, qualora osservato³⁴. Altrimenti, si rischia di riproporre le solite imputazioni ricalcanti lo schema tratlazio del *versari in re illicita*; in altre parole: la responsabilità oggettiva.

Un problema ulteriore sarà poi confrontarsi con la giurisprudenza che, negli ultimi anni, ad esempio nei casi Ilva e Tirreno Power, ha riconosciuto (quando non addirittura il dolo) una sorta di *culpa in re licita*, ritenendo di per sé non sufficiente l’attenersi ad indicazioni formali sulle modalità produttive, qualora siano note e praticabili condotte diverse e più sostenibili per l’ambiente³⁵. Qui ci sono evidenti esigenze di tutela dell’affidamento del cittadino, quantomeno quando in buona fede, che paiono meritevoli di considerazione³⁶, ma, in direzione opposta, è prevedibile che si possa sempre più affermare una logica in qualche misura simile rispetto a quella che alimenta la consolidata prassi (non sempre censurabile) volta a riconoscere un ruolo “suppletivo” alla colpa generica a fronte della possibile percezione dell’inadeguatezza concreta di regole cautelari positivizzate, che pure avrebbero il ruolo di orientare il comportamento dei consociati: così, ad esempio, nell’ambito stradale, in quello della prevenzione degli infortuni sul lavoro, ma anche in quello sanitario, dove, ora, il rispetto delle linee guida – il dibattito ancora aperto sulla opportunità di qualificarle come fonti di colpa specifica non sembra comunque privare di pertinenza il riferimento – è atteso e può condurre ad una esclusione della

³² Su tale principio, limitandosi alle opere monografiche, CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; MASULLO, *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, Napoli, 2012; CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; CORN, *Il principio di precauzione. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013. Sui temi che qui si trattano da vicino, si veda, in particolare, RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2015, in particolare, pp. 2 ss., ove si approfondisce la differenza tra «precauzione generica» e «precauzione specifica».

³³ In argomento, in particolare, RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., pp. 15 ss., il quale sottolinea opportunamente la non coincidenza tra abusività della condotta e sussistenza di violazioni cautelari suscettibili di rilevare per un giudizio di colpa in relazione alla produzione di eventi dannosi contro la vita e l’incolumità delle persone: «le regole cautelari di settore, almeno in taluni casi, sono finalizzate alla tutela delle funzioni di pianificazione e controllo della p.a., ed hanno talvolta, per stessa ammissione della giurisprudenza, natura meramente formale, o comunque non hanno sempre e necessariamente come scopo (esclusivo o concorrente) quello di tutelare l’integrità fisica delle persone [...] In definitiva, sarà abusivo l’inquinamento realizzato in violazione di qualsiasi norma di legge, anche non strettamente ambientale; tuttavia, ai distinti fini dell’imputazione soggettiva ex art. 452-ter c.p., rileverà solo la violazione di regole cautelari che, quand’anche contenute in discipline ambientali o di altro genere, siano effettivamente finalizzate ad impedire offese alla salute o alla integrità fisica» (p. 16).

³⁴ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 321 ss.; MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 10-13; SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, in particolare pp. 223 ss.; VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1224 ss. Per un’analisi di questi profili nel contesto teorico dell’imputazione oggettiva dell’evento, DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, pp. 93 ss.

³⁵ Si veda, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali*, cit., p. 10. Sul connesso tema dei limiti del sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi, CATENACCI, *I delitti contro l’ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1077 ss.; ID., *I reati in materia di ambiente*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2ª ed., Torino, 2016, pp. 439 ss., in particolare pp. 443 ss. Ancora più in generale, sulle tensioni tra legalità penale ed applicazione giudiziale, con particolare riferimento proprio al settore ambientale, si vedano i contributi raccolti in TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, Bologna, 2017.

³⁶ Si veda ancora RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali*, cit., p. 11: «L’interpretazione che esclude ogni rilevanza all’affidamento mi sembra sacrifici il principio di colpevolezza, oltre che quello di certezza del diritto». Tra gli scritti di riferimento sul rapporto tra giudizio di colpa e progresso della scienza, in particolare, MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 29 ss.

responsabilità penale, «sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto» (art. 590-*sexies*, 2° c., c.p.)³⁷.

2.

Il significato della scelta legislativa dell'art. 452-*quinquies* c.p.

Dovendosi limitare ad una selezione delle scelte legislative in tema di colpevolezza nell'ambito dei delitti contro l'ambiente inseriti nel codice penale, merita soffermarsi anche sull'art. 452-*quinquies* c.p., in particolare sul suo 1° c.: «Se taluno dei fatti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*quater* è commesso per colpa, le pene previste dai medesimi articoli sono diminuite da un terzo a due terzi»³⁸.

Preliminarmente, si segnala che il legislatore nazionale ha optato per una tutela penale rispetto alle aggressioni colpose più estesa di quella caldeggiata dalla direttiva 2008/99/CE³⁹, da cui la disciplina italiana del 2015 trae stimolo per irrobustire l'arsenale punitivo in materia penale ambientale. Accingendosi ad un'elencazione delle condotte offensive da trattare, l'art. 3 della direttiva (rubricato, appunto, «Infrazioni») esordisce prevedendo: «Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati».

Non passa inosservato che, questa volta – e non capita spesso – il legislatore disponeva di un *input* (normativo!) autorevole e piuttosto preciso per contenere l'area della responsabilità penale per colpa, limitandola alle sole ipotesi di colpa grave; soluzione che è stata qui scartata, come visto, e che, per il resto, di recente, è affiorata nel solo settore della responsabilità del sanitario, anche se per poi rapidamente lasciare spazio ad una disciplina che sembra riestendere la punibilità⁴⁰.

La scelta del legislatore domestico sulla mancata attribuzione di rilevanza al grado della colpa ai fini della punibilità⁴¹ meriterebbe un approfondimento, in particolare cercando di mettere a fuoco se, nel nostro ordinamento, per il settore ambientale, la limitazione prospettata in sede europea potesse essere conforme al canone costituzionale della ragionevolezza⁴². La questione su cui si intende soffermare qui l'attenzione è però un'altra e riguarda soprattutto i rapporti tra la colpevolezza e la pena.

Nel contesto dell'art. 449 c.p., relativo ai «delitti colposi di danno» contro la pubblica incolumità, si parificano a livello edittale ipotesi punite invece diversamente tra loro qualora realizzate con dolo. Le versioni colpose punibili di parte dei delitti contro l'incolumità pubblica, infatti, ricevono il medesimo inquadramento sanzionatorio, nel senso che ricadono entro la medesima cornice edittale – da 1 a 5 anni di reclusione: così dispone il 1° c. dell'art. 449 c.p.; il 2° c. di tale articolo prevede un semplice raddoppio di pena (rispetto a quella «unitaria» del comma precedente) per taluni di questi illeciti – appannando addirittura le differenze di

³⁷ Su questi aspetti, è d'obbligo il rinvio alle «classiche» pagine di MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, in particolare pp. 241 ss. e 250 ss.

³⁸ Il 2° c. dell'art. 452-*quinquies* c.p. estende ulteriormente l'ambito della punibilità, attribuendo rilevanza esplicita a fattispecie colpose di pericolo, da configurarsi assumendo sempre come riferimento le previsioni degli artt. 452-*bis* e 452-*quater* c.p.: «Se dalla commissione dei fatti di cui al comma precedente deriva il pericolo di inquinamento ambientale o di disastro ambientale le pene sono ulteriormente diminuite di un terzo».

³⁹ Lo rileva anche RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 38.

⁴⁰ In merito alla recente riforma della responsabilità del sanitario, oltre a quanto già considerato nella nota 27, sia consentito il rinvio alle considerazioni critiche già sviluppate in CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *questa Rivista*, 2, 2017, pp. 84 ss., in particolare p. 107, ove (oltre che opportuni riferimenti dottrinali) una presa di posizione in favore del «filtro» della colpa grave, parzialmente recuperato in via interpretativa da Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2018, con nota di CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile*.

⁴¹ È condivisibile almeno quanto nota la tesi dottrinale secondo la quale una limitazione della responsabilità penale colposa alle sole ipotesi di colpa grave consentirebbe anche di rendere più colpevole l'illecito, ottenendo un guadagno sul piano della misura soggettiva della colpa: in particolare, CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, in particolare p. 1737; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 156; BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, pp. 7 ss., in particolare p. 11.

⁴² Sulle diverse declinazioni del principio di ragionevolezza in materia penale e sulla sua giustiziabilità, si vedano, ad esempio, RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2, 2015, pp. 55 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, 4ª ed., Torino, 2012, pp. 394 ss.; PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012; MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 1, 2012, in particolare, pp. 106 ss.; Id., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 739 ss.

disvalore “oggettivo” di tali diversi reati. Analoga soluzione è contemplata dal successivo art. 450 c.p., rubricato «delitti colposi di pericolo», che prevede, ordinariamente, la pena della reclusione fino a 2 anni per ipotesi le cui versioni dolose sono punite diversamente tra loro.

La soluzione concepita ora per i nuovi delitti contro l'ambiente prevede, invece, più similmente rispetto al dettato dell'art. 452 c.p., che il diverso disvalore oggettivo delle varie fattispecie delittuose punibili a doppio titolo (sia per dolo che per colpa) non venga sminuito nell'inquadramento sanzionatorio delle corrispondenti versioni colpose. La pena per la versione colposa dell'inquinamento ambientale e del disastro ambientale è infatti calcolata prevedendo una diminuzione da operarsi sulla cornice edittale prevista per la corrispondente fattispecie dolosa.

Si tratta di una soluzione certamente più in linea con un'idea di proporzione della pena rapportata ad entrambe le dimensioni più rilevanti del fatto: quella “oggettiva” e quella “soggettiva”. Seppur non si sia arrivati ad una soluzione radicale come quella dell'art. 449 c.p. – soluzione che non sarebbe forse stata nemmeno auspicabile⁴³ – in ogni caso, il legislatore continua a riproporci il messaggio per cui fatti colposi vanno considerati normalmente meno gravi e quindi meritevoli di minor pena rispetto ai corrispondenti fatti dolosi⁴⁴.

Coerente con questo dato è anche il recente ritocco del minimo edittale delle lesioni personali dolose, che è stato portato da 3 a 6 mesi di reclusione, eliminando l'imbarazzo che evidentemente creava il fatto che il massimo edittale delle lesioni colpose non aggravate coincidesse con il minimo edittale dello stesso fatto realizzato con dolo: oggi, per mezzo della già citata legge n. 41 del 23 marzo 2016 (che ha riformato la responsabilità penale per colpa in ambito stradale), le cornici edittali non si toccano più. Certo non si tratta di una modifica rivoluzionaria del sistema, ma fa trapelare un messaggio proporzionale chiaro e che innerva, almeno tendenzialmente, l'intero impianto del codice penale⁴⁵.

Nonostante in questo periodo storico autorevoli voci della dottrina spingano più che mai in una direzione almeno in parte diversa, promuovendo concezioni alternative della penalità, spesso di tipo riparatorio⁴⁶, lasciando quindi in secondo piano (pur non svincolandole necessariamente) istanze di proporzione sanzionatoria rispetto alla colpevolezza, non sembra comunque possibile tradire un compito esplicitamente affidato dal legislatore all'interprete: distinguere seriamente dolo e colpa, anche e soprattutto a fini sanzionatori, tenendo peraltro in considerazione che, in alcuni casi, tale distinzione è decisiva persino rispetto all'*an* della punibilità.

È strettamente connessa e coerente rispetto a ciò la necessità di tenere ben distinte anche colpa e responsabilità oggettiva. Aprendo surrettiziamente la strada a declinazioni di quest'ultima forma di responsabilità, infatti, la rimarcata esigenza di proporzione tra sanzione e colpevolezza perderebbe ogni minimo punto di riferimento. In sintesi: la legalità reclama la colpevolezza nella realizzazione del fatto e tale colpevolezza, con le sue diverse sfumature, esprime imprescindibili parametri di proporzione; proporzione che, come ha ribadito anche di recente la Corte costituzionale⁴⁷, è intimamente connessa ad istanze rieducative del reo, il cui rispetto è imposto dall'art. 27, 3° c., Cost.

È proprio prendendo sul serio questo messaggio del legislatore che si è cercato prima di evidenziare i rischi che si annidano in applicazioni disinvolute della nuova fattispecie di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale, prevista ora dall'art. 452-

⁴³ Dubbi sulla ragionevolezza dell'art. 449 c.p. sono stati espressi formalmente in una questione di legittimità costituzionale, ma ritenuti infondati dalla “Consulta”: Corte cost., 19-28 dicembre 2001, n. 438, in *www.giurcost.org*.

⁴⁴ Per un'ampia riflessione sulla giustificazione della maggior pena per il reato (il delitto) doloso rispetto a quello colposo, DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996, pp. 87 ss.

⁴⁵ Per una più che approfondita analisi critica della razionalità delle cornici edittali (non solo del codice penale), si veda, di recente, PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *questa Rivista*, 2, 2017, pp. 48 ss., in particolare, pp. 54 ss. Si veda inoltre, con uno sguardo rivolto (anche) al diritto penale ambientale, CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., pp. 195 ss.

⁴⁶ La dottrina penalistica (e non solo) si mostra, sempre più, attenta a rendere la risposta al reato maggiormente dialogica, conciliativa e sempre meno un mero «raddoppio del male» crudamente retributivo: limitandosi agli ultimi anni, ad esempio, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.; EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; MANNOZZI, LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, pp. 465 ss.; DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017.

⁴⁷ Anche questa pronuncia (come le due della Cassazione citate nelle note 23 e 24), per coincidenza, risale al 21 settembre 2016: Corte cost., 21 settembre-10 novembre 2016, n. 236, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2092 ss., con nota di MANES, *Proporzione senza geometrie*, pp. 2105 ss.; della stessa sentenza si vedano anche i commenti di DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1956 ss.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *questa Rivista*, 2, 2017, pp. 61 ss.

ter c.p. Da tale previsione normativa, rapporti tra fattispecie permettendo, si può partire non presumendo il dolo a discapito della colpa e non chiamando colpa la responsabilità oggettiva.

Il ruolo del principio di precauzione nel “nuovo” diritto penale dell’ambiente

The role of precautionary principle in the “new” environmental criminal law

ILARIA SALVEMME

*Dottoranda di Ricerca in Diritto Penale
isalvemme@luiss.it*

DELITTI AMBIENTALI, PRINCIPIO DI PRECAUZIONE,
ABUSIVAMENTE, CONDOTTA, FATTO TIPICO, COLPA

ENVIRONMENTAL CRIMES, PRECAUTIONARY PRINCIPLE,
UNLAWFUL, INCREASE, CRIMINAL RELEVANCE

ABSTRACT

La l. 22 maggio 2015 n. 68 ha introdotto nuove fattispecie delittuose e un nuovo Titolo VI *bis* nel Codice Penale, al fine di tutelare in varie gradazioni e forme il bene giuridico ambiente, la vita e l’integrità fisica dei consociati, nonché la possibilità che i reati ambientali siano sottoposti ad un meccanismo di degradazione dell’illecito penale ovvero ci si possa avvalere di altri strumenti politico-criminali, come l’aggravante ambientale, già utilizzati con successo in altri ambiti. Nonostante, tuttavia, numerose modifiche abbiano interessato anche il D. Lgs. n. 152 del 2006, deve registrarsi che il legislatore del 2015 non abbia chiarito il ruolo del principio di precauzione nel diritto penale dell’ambiente. Lungi dall’essere confinato in uno spazio ristretto, come gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità – che ha ammonito in ordine ad un suo “corretto” utilizzo – hanno suggerito, esso potrebbe conoscere un’espansione e contribuire anche all’incremento dell’area di rilevanza penale in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 452 *bis*, 452 *ter*, 452 *quinquies* c.p.

The law no. 68 .of 2015 introduced new criminal offences, aimed to protect the environment, life and physical integrity of affiliates in various degree and shapes. It also introduced for environmental crimes to be subjected to a mechanism of degradation of the criminal offense and to avail of political and criminal tools already used successfully in other areas. Despite many changes have also affected decree no. 152 of 2006, the legislator didn’t clarify the role of the precautionary principle in the environmental criminal law. Far from being confined to a restricted space, like the the latest judgements of the Supreme Court suggested, the precautionary principle could know an expansion, contributing to the increase of area of criminal relevance concerning cases referred to articles 452 *bis*, 452 *ter*, 452 *quinquies* of Criminal Code.

SOMMARIO

1. Premessa. La riforma contenuta nella l. 22 maggio 2015 n. 68. – 2. Il delitto di inquinamento ambientale: la condotta e l'esegesi del termine "abusivamente". – 3. Genesi ed evoluzione, all'interno degli ordinamenti giuridici, del principio di precauzione. – 4. Il principio di precauzione nell'ordinamento italiano. – 5. Il principio di precauzione e il diritto penale. – 6. Il principio di precauzione negli arresti della giurisprudenza di legittimità. – 7. I nuovi delitti ambientali ed il principio di precauzione. – 8. Conclusioni.

1.

Premessa. La riforma contenuta nella l. 22 maggio 2015 n. 68.

La l. 22 maggio 2015 n. 68¹ recante «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente» ha incluso nel Libro II del codice penale, il Titolo VI *bis*², contenente numerose fattispecie delittuose tendenti a tutelare in varie gradazioni e forme il bene giuridico ambiente, nonché la vita e l'incolumità fisica dei consociati.

La novella ha introdotto altre innovazioni, consentendo anche alle fattispecie contravvenzionali presenti nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Testo Unico Ambiente, nel prosieguo TUA) la sottoposizione ad un meccanismo di c.d. degradazione dell'illecito penale, analogo a quello attualmente vigente nel campo della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro³. Il legislatore del 2015 ha inoltre previsto una serie di circostanze aggravanti dirette a reprimere in maniera più incisiva i casi in cui la realizzazione dei delitti di cui si tratta si inserisca nella trama operativa di organizzazioni mafiose. In particolare, l'art. 452-*octies* c.p. dispone l'operatività di circostanze aggravanti laddove le associazioni di cui agli artt. 416 e 416-bis c.p. siano dirette, in via esclusiva o concorrente, allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal Titolo VI-*bis* del codice penale e nel caso in cui l'associazione per delinquere di stampo mafioso sia finalizzata anche «all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale»⁴.

Sono state previste infine forme 'premiali' legate ad ipotesi di ravvedimento operoso o di collaborazione processuale (art. 452-*decies* c.p.), utilizzando formule già collaudate⁵.

Tra le fattispecie introdotte dal legislatore del 2015, figura il delitto di inquinamento ambientale, disciplinato dall'art. 452-*bis* c.p. nell'ipotesi dolosa e dall'art. 452-*quinqüies* c.p. in quella colposa. In precedenza le fattispecie penalmente rilevanti più prossime a quelle di inquinamento erano disciplinate dal TUA e contemplavano ipotesi di mero superamento dei limiti soglia in relazione alle matrici ambientali di acqua o suolo (rispettivamente: artt. 137, comma 5 e 279, comma 2, TUA) ovvero all'esercizio di determinate attività senza autorizzazione (art. 256 TUA)⁶.

Si trattava di ipotesi contravvenzionali, costruite come reati di pericolo astratto in ossequio alle tecniche di tutela utilizzate nel settore ambientale antecedentemente alla l. n. 68 del 2015⁷ e ad una logica ingiunzionale della tutela penale⁸. Tali figure presentavano una natura essenzialmente formale ed intervenivano al solo fine di assicurare il rispetto della disciplina amministrativa – alla quale erano strettamente connesse – nella volontà di creare una tutela

¹ In merito all'*iter legis* che ha preceduto l'entrata in vigore della riforma, si veda RUGA RIVA, *La proposta di legge in materia di c.d. ecoreati passa all'esame dell'Aula della Camera*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2014; Id., *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2014. La l. 22 maggio 2015 n. 68 nella sua versione definitiva è stata oggetto di accurate analisi in RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015; Id., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016; SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *questa Rivista*, n. 2/2015; RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2016.

² Un'attenta analisi di tutte le fattispecie presenti nel nuovo Titolo VI bis del Codice Penale è stata effettuata da RUGA RIVA e AMARELLI, in DOLCINI-GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II, p. 2105 e ss.

³ Ci si riferisce al fatto che il legislatore abbia scelto di "premiare" con l'estinzione del reato i casi in cui la commissione di una fattispecie contravvenzionale sia seguita dalla predisposizione e dall'applicazione delle prescrizioni decise dall'autorità competente (si vedano le norme di cui agli artt. 318-*bis* ss., d. lgs n. 152/2006), già sperimentati con successo nel settore della sicurezza sul lavoro. In merito, cfr. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, p. 1035 ss.

⁴ Cfr. CATENACCI, *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. Quadr. Dir. amb.*, 2015, 2, § 1.

⁵ Cfr. art. 630, co. 5 c.p.; art. 5, d.l. n. 625/1979, conv. in l. n. 15/1980; art. 73, co. 7, d.P.R. n. 309/1990. In merito si vedano anche CATENACCI, *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, 2, § 1; Id., *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà. Commento a l. 22 maggio 2015, n. 68*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1073 ss.

⁶ Per una compiuta analisi, v. GIUNTA (a cura di) *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2007.

⁷ V. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1995 e MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 672 ss.

⁸ In merito all'accessorietà dell'intervento punitivo GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (dir. pen.)* (voce), in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2, 1998, § 2.

integrata di settore, nel cui ambito le sanzioni punitive, siano esse di natura penale od amministrativa, risultavano meramente strumentali al controllo operato dalle pubbliche amministrazioni preposte⁹.

2.

Il delitto di inquinamento ambientale: la condotta e l'esegesi del termine "abusivamente".

L'art. 452 *bis* c.p. sanziona la condotta di colui «abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna».

Fulcro della condotta, così come del fatto tipico, risulta essere la sua connotazione abusiva.

L'abusività potrebbe essere restrittivamente intesa come sinonimo di clandestinità ovvero di comportamento perpetrato in totale assenza di prescrizioni normative.

Nei momenti immediatamente successivi alla riforma, alcuni autori¹⁰ hanno ritenuto l'avverbio pleonastico e del tutto superfluo, affermando che il suo scopo sarebbe stato quello di escludere la rilevanza penale delle ipotesi di inquinamento – paradossalmente – autorizzato. In seguito, tuttavia, sia la giurisprudenza che la dottrina sono pervenute ad una conclusione differente¹¹.

Il termine "abusivamente" indicherebbe dunque la volontà di conferire rilevanza penale ad una condotta *contra ius*, ovvero sia posta in essere in violazione della legislazione nazionale o regionale o di prescrizioni amministrative. È quanto emerge anche dalle pronunce della Suprema Corte¹², che ha definito il termine rinviando al delitto di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" – originariamente sanzionato dall'art. 53 *bis*, d. lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, ed attualmente disciplinato dall'art. 260 TUA – e a un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità¹³, secondo cui il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti consisterebbe nella continuativa inosservanza delle prescrizioni e delle autorizzazioni.

L'avverbio *de quo*, in conclusione, avrebbe la valenza di una clausola di illiceità speciale equivalente al termine "illecitamente", che non potrebbe trovare spazio nel momento in cui il provvedimento amministrativo autorizzatorio sia frutto di collusione o reato¹⁴.

Tale ipotesi avrebbe una solida base giuridica nella direttiva 2008/99/CE – alla quale la l. n. 68 del 2015, darebbe parziale attuazione – ed in particolare nella norma definitoria dell'art. 2 ove, con il termine «*unlawful*» ("illecito"), sono state definite condotte che violino «atti legislativi adottati ai sensi del trattato CE ed elencati all'allegato A (...), del trattato Euratom ed elencati all'allegato B; ovvero un atto legislativo, un regolamento amministrativo di uno Stato membro o una decisione adottata da un'autorità competente di uno Stato membro che dia attuazione alla legislazione comunitaria di cui ai punti i) o ii) [precedenti]».

Nel delimitare le fonti che concorrerebbero a definire l'ambito di liceità della condotta, la Corte di Cassazione, nelle sentenze sino ad ora rese, non ha fatto riferimento ai principi generali. Ciò ha diviso la dottrina tra chi ha definito tale esclusione preoccupante, potendo condurre all'impossibilità di censurare condotte formalmente rispettose di provvedimenti ot-

⁹V. anche MANNA, *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale. Le caratteristiche della normativa sovranazionale*, in *Giur. merito*, 2004, 10, § 3, secondo cui il modello di tutela anticipata adottato dal legislatore non testimonia un asservimento del diritto penale al diritto amministrativo, bensì il semplice specchio dell'esistenza di un articolato sistema di collegamento e bilanciamento di interessi.

¹⁰V. AMENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in www.lexambiente.it; Id. *La confindustria ed il disastro ambientale abusivo*, in www.questionegiustizia.it; Id. *Viva viva il disastro ambientale abusivo*, in www.lexambiente.it; Id. *Ma che significa veramente disastro ambientale abusivo?*, in www.lexambiente.it

¹¹RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit. p. 244; Id., *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, in www.lexambiente.it; Id. *Ancora sul concetto di abusivamente: replica ad Amendola*, in www.lexambiente.it; contra SANTOLOCI, *In Italia ci si ammala e si muore di parametri. Disastri ambientali a norma di legge (da evitare con la nuova legge sui delitti ambientali)*, in www.lexambiente.it.

¹²Cass. Pen., sez. III, sent. 21 settembre 2016 n. 46170 in *Dir. pen. cont.*, con nota di RUGA RIVA; Cass. Pen., sez. III, sentenze 31 gennaio 2017 n. 15865 e 15 marzo 2017 n. 18934 in www.iusexplorer.it.

¹³*Ex multis*, sez. III, sentenze 8 gennaio 2008 n. 358; 6 novembre 2008 n. 46029; 3 marzo 2010, n. 8299; 10 marzo 2015 n. 21030 in www.iusexplorer.it.

¹⁴V. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit. p. 244; Id., *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, in www.lexambiente.it; Id. *Ancora sul concetto di abusivamente: replica ad Amendola*, in www.lexambiente.it.

tenuti con mezzi fraudolenti o strumenti corruttivi¹⁵ e chi ha giustificato la mancata presa di posizione ricordando come il giudice penale sia solito riservarsi il potere di operare un controllo sulla legittimità degli atti amministrativi¹⁶.

Alla luce del diritto interno ed europeo, nel prosieguo dell'analisi si vaglierà la possibilità di utilizzare il principio di precauzione nell'interpretazione delle nuove fattispecie delittuose e dell'inquinamento ambientale in particolare.

3. **Genesi ed evoluzione, all'interno degli ordinamenti giuridici, del principio di precauzione.**

La genesi del principio di precauzione è, come noto, riconducibile, almeno in parte, al pensiero del filosofo tedesco Hans Jonas, che nel 1979 dedicò un'opera al "Principio di responsabilità", e agli scritti di Ulrich Beck dedicati alla società del rischio¹⁷.

Ritenendo che le potenzialità dell'essere umano fossero infinite e che esse potessero generare dei pericoli, Jonas raccomandava che la gestione della cosa pubblica fosse affidata a soggetti capaci ed eticamente validi¹⁸.

Il principio di precauzione, dunque, ha lo scopo di arginare le minacce alle quali l'essere umano potrebbe esporre l'ambiente ed estende i confini del principio solidaristico, il quale finisce con l'ampliarsi e svilupparsi in un'ottica intergenerazionale. Più precisamente, come si è osservato¹⁹, il principio di precauzione rappresenta uno strumento di reazione alla perenne incertezza provocata dall'evoluzione scientifica e dal progresso tecnologico. Un mezzo in grado di promuovere una prospettiva distante dal liberismo, dall'antropocentrismo e dalle vicissitudini contemporanee ed immanenti, in virtù della valorizzazione e della salvaguardia del bene giuridico ambiente per le generazioni future.

Il principio *de quo* sarebbe parimenti espressione della c.d. "strategia *maximin*" o "criterio di Wald", utilizzata in situazioni nelle quali i decisori non siano in grado di valutare compiutamente le probabilità di verificazione delle conseguenze prospettate. Secondo il principio in discorso, infatti, ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza andrebbe valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili²⁰.

Il principio di precauzione ha trovato terreno fertile all'interno della società del rischio, caratterizzata dall'aumento delle forze distruttive, in conseguenza dello sviluppo tecnologico. Non a caso, infatti, il suo sviluppo è contemporaneo alla genesi della bioetica e delle tecniche di ingegneria genetica²¹. Proprio per questo le prime sue positivizzazioni sono riscontrabili, nell'ordinamento europeo e in alcuni sistemi giuridici degli stati membri, nella normativa destinata alla disciplina della coltivazione e della commercializzazione di organismi geneticamente modificati (OGM)²².

¹⁵ AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in www.questionegiustizia.it

¹⁶ RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2016.

¹⁷ JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990, p. 244, trad. di Rinaudo; BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, a cura di PRIVITERA, nonché BECK, *Conditio humana, Il rischio nella società globale*, Bari, 2008.

¹⁸ In merito alla concezione di "etica" nel pensiero di Jonas, deve affermarsi che essa è strettamente legata alla responsabilità e ha riguardo alla capacità dell'uomo di rispondere a bisogni solo virtualmente presenti nella società contemporanea, ma propri delle generazioni future. Si tratta pertanto di una etica del futuro. Cfr. JONAS, *Il principio di responsabilità*, cit., p. 101 e ss.

¹⁹ Cfr. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011.

²⁰ In merito alla definizione del principio di maximin, alle critiche e ad un suo possibile superamento si veda CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011.

²¹ CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino, 2013, p. 2, che sottolinea come le prime riflessioni bioetiche siano state dedicate alle conseguenze sull'ambiente dell'utilizzo delle biotecnologie da parte dell'uomo.

²² L'ingegneria genetica, infatti, comprende un insieme eterogeneo di tecniche tendenti ad isolare geni, clonarli ed introdurli in un ente ospite, affinché possano "esprimersi" e sia loro permesso di acquisire delle nuove caratteristiche. In relazione agli organismi geneticamente modificati, le tecniche summenzionate consentono di alterare le caratteristiche genetiche, operando sulle sequenze dei geni originali, al fine di produrre un organismo che risulti più adatto a rispondere ad esigenze specifiche.

Il principio di precauzione compare per la prima volta all'interno di un testo normativo nella legge federale tedesca del 15 marzo 1974²³ sulla protezione contro le emissioni (*Bundesimmissionschutzgesetz*)²⁴. La presenza del principio all'interno dell'ordinamento d'oltralpe in un momento antecedente al suo accoglimento da parte del diritto internazionale pattizio, insieme alla crescente rilevanza all'interno del quadro normativo europeo, ha condotto la dottrina a ritenere che la politica ambientale comunitaria sia stata ampiamente influenzata dalla visione tedesca²⁵.

Deve tuttavia riconoscersi che il legislatore comunitario ha accolto il principio di precauzione solo in seguito alla sua positivizzazione all'interno nell'ordinamento internazionale.

In tale ambito un primo riferimento al principio di precauzione si rinviene nella Dichiarazione di Brema del 1984 emanata nell'ambito della Conferenza internazionale dei Ministri sulla Protezione del Mare del Nord, ove si disponeva espressamente che gli Stati interessati non dovessero «aspettare la prova certa degli eventi dannosi prima di agire»²⁶. Successivamente altri trattati internazionali – come il Protocollo di Montreal²⁷ del 16 settembre 1987 – ne hanno fatto menzione.

Il riconoscimento ufficiale, tuttavia, è avvenuto nel 1992²⁸ con l'accoglimento all'interno del principio 15 della Conferenza sull'Ambiente e lo Sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro, secondo cui «al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate od effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

Solo in seguito la precauzione acquisisce ufficialmente un ruolo centrale e di guida all'interno della politica ambientale e l'assenza di certezza scientifica²⁹ ne diviene il principale presupposto³⁰.

Il legislatore europeo ha accolto il principio di precauzione nell'allora art. 130 R del Trattato di Maastricht, nell'ambito delle profonde modifiche apportate al trattato costitutivo della

²³ CASTRONUOVO sottolinea come la positivizzazione del principio sia avvenuta prima della sua teorizzazione, quanto meno laddove si ritenga che il principio di *maximin* rappresenti la genesi del principio di precauzione, in *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2012, p. 34, dove l'A. si concentra sui paradossi ai quali l'applicazione della teoria *maximin* potrebbe condurre. In generale, sui rapporti tra principio di precauzione e regola del *maximin* si vedano STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 189; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, p. 397; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, p. 489; FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità*, p. 159; D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso diossina*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 1154.

²⁴ Il riferimento al principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*) è contenuto nella proposizione normativa di cui al § 5, I, punto 2, della legge in questione, pubblicata in BGBI, 1974, III, 2128-2129.

²⁵ Di "germanizzazione dell'Europa" nel tentativo di sottolineare come le politiche ambientali tedesche abbiano dominato quelle continentali sino al pieno riconoscimento del principio di precauzione - avvenuto nel Trattato di Maastricht - parla TOSUN (How the EU handles uncertain risks: understanding the role of the precautionary principle, in *Journal of European Public Policy*, 2010, p. 1518). Nonostante il principio sia stato accolto e positivizzato per la prima volta proprio all'interno dell'ordinamento tedesco, tuttavia, esso non costituisce attualmente un principio fondamentale e generale, ma è richiamato solo in alcuni testi normativi, come quelli disciplinanti il settore alimentare e elettromagnetico.

²⁶ V. BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti Comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 6, § 2.

²⁷ Consultabile sul sito www.bafu.admin.ch.

²⁸ Sulla progressiva rilevanza giuridica riconosciuta al principio di precauzione si veda IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusione*, Padova, 2004, p. 23 ss.; MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004, p. 41ss.; DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, p. 1 ss.

²⁹ CASTRONUOVO sottolinea che, in realtà, il principio di precauzione sia caratterizzato non dall'assenza di leggi scientifiche, quanto da un'incertezza nomologica (i dati scientifici non sono assenti, quanto incompleti) – che contribuirebbe a distinguerlo dal principio di prevenzione, caratterizzato da mera incertezza fattuale – e ne traccerebbe la natura dinamica, tendente al mutamento in dipendenza dell'acquisizione di nuove conoscenze o evidenze scientifiche, in *Principio di precauzione, cit.*, p. 27.

³⁰ BUTTI sottolinea come si parlasse di «*precautionary approach*», locuzione che di per sé evocava un approccio apparentemente più flessibile rispetto al «principio» di precauzione. Accanto a ciò, il fatto che si facesse riferimento alle concrete possibilità di applicazione della precauzione da parte degli Stati e al carattere «serio e irreversibile» che il paventato danno doveva presentare, confermasse la circostanza che la Dichiarazione di Rio avallasse una versione «prudente». Proprio tale versione, del resto, sembrerebbe essere stata recepita dai tribunali internazionali. Si considerino per esempio: *International Tribunal for the Law of the Sea, Order 3 dicembre 2001, Mox Plant Case*, che rifiuta le misure cautelari radicali richieste dal ricorrente, sul presupposto che lo stesso ricorrente non ha potuto provare la sussistenza di «*either irreparable damage... or serious harm*» (il tribunale, peraltro, ordina, applicando criteri di «*prudence and caution*», che le parti si scambino informazioni circa il rischio e la sua evoluzione); in termini simili, *International Tribunal for the Law of the Sea, Order 8 Ottobre 2003, Malaysia v. Singapore*, e *International Tribunal for the Law of the Sea, Order 27 August 1999, Southern Bluefin Tuna Cases*. Una posizione non lontana da quella dell'*International Tribunal for the Law of the Sea* è stata sostenuta dalla *International Court of Justice*, nel proprio *Order* del 13 luglio 2006, *Argentina v. Uruguay*, *op. cit.*, § 2.

Comunità Economica Europea nel 1992³¹.

La norma, poi confluita nell'attuale art. 174 del Trattato CE, stabiliva che «la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria della fonte, dei danni causati all'ambiente, e sul principio "chi inquina paga"». Tale dispositivo, oggi accolto nell'art. 191 TFUE, ha consentito al principio di precauzione di penetrare negli ordinamenti interni degli Stati membri.

Nonostante la sua avvenuta positivizzazione, per molto tempo non è stato possibile rinvenire una chiara e univoca definizione del principio di precauzione all'interno dell'ordinamento europeo. Solo nel 2002, il reg. n. 178 che «stabilisce i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare», nell'art. 7 ha disposto che «qualora, in circostanze specifiche, a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute, ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio». La norma si completa con l'indicazione, nel secondo paragrafo, della subordinazione del principio alla presenza di una serie di requisiti tra cui la proporzionalità, la necessità, la realizzabilità tecnica ed economica, l'obbligo di riesame entro un periodo ragionevole di tempo³².

Tali criteri rispecchiano il contenuto della Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000.

Sebbene, infatti, dei riferimenti al principio di precauzione fossero contenuti in numerosi atti normativi comunitari nel periodo antecedente al 2002³³, senza dubbio la comunicazione appena ricordata rappresenta un'importante svolta. Emanata in risposta ad una Risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999, essa diviene artefice dell'estensione del principio dalla sicurezza alimentare a tutti i settori della sicurezza e del rischio, parallelamente all'opera della Corte di Giustizia³⁴.

Infatti, in una prima Comunicazione del 30 aprile 1997 relativa alla salute dei consumatori e alla sicurezza alimentare, la Commissione affermava che nell'analisi dei rischi avrebbe seguito il principio di precauzione, sempre che le basi scientifiche fossero insufficienti o permanessero delle forti incertezze. Le faceva eco il Parlamento europeo nella risoluzione del 10 marzo 1998 riguardante il Libro Verde dei principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione Europea, precisando che le politiche riguardanti il settore alimentare avrebbero dovuto basarsi su un'analisi dei rischi supportata da solide basi scientifiche e integrata da un'adeguata gestione ispirata al principio di precauzione.

Anche il Comitato per lo Spazio economico europeo sulla sicurezza alimentare, nella Risoluzione del 16 marzo 1999 chiedeva di adottare un approccio precauzionale nella valutazione delle richieste di commercializzazione di OGM, al fine di tutelare al meglio i consumatori. Il Consiglio, da ultimo, nella Risoluzione del 13 aprile 1999 chiese alla Commissione di seguire sempre il principio di precauzione nella valutazione e nella preparazione di proposte legislative nel settore della tutela dei consumatori.

Alla richiesta la Commissione rispose con la Comunicazione del 2000, stabilendo i criteri cui subordinare l'azione precauzionale e riconoscendole portata generale. Veniva dunque disposto che il principio potesse essere invocato quando un fenomeno, un prodotto o un processo

³¹ MACRORY registra come prima dell'introduzione nel Trattato istitutivo della CEE del principio di precauzione, l'incertezza scientifica fosse sussunta sotto il principio di prevenzione (art. 130 TCE), secondo cui la politica comunitaria doveva assicurare e tutelare, tra le altre cose, la salute umana, in *Principles of European Environmental Law*, Groningen, 2004, p. 38.

³² CORN ritiene che l'art. 7 del Regolamento n. 178/2002 non costituisca una norma di settore, quanto un testo chiamato ad essere la base della copiosa normativa comunitaria in materia alimentare, *op. cit.*, p. 4.

³³ Ci si riferisce al preambolo (considerando n. 8) della Direttiva 2001/18 che afferma come nell'elaborazione del testo normativo si sia tenuto conto del principio di precauzione e di come esso debba essere tenuto presente nell'attuazione e della Decisione del Consiglio 93/626/CEE relativa alla conclusione della convenzione sulla diversità biologica.

³⁴ CASTRONUOVO sottolinea come nella giurisprudenza comunitaria si siano registrati il riconoscimento e l'applicazione del parametro costituito dal principio di precauzione, a settori specifici e diversi da quello ambientale anche precedentemente alla specifica traduzione del principio dal diritto comunitario convenzionale a quello derivato, in *Principio di precauzione*, *cit.* p. 58.

comportasse effetti potenzialmente pericolosi, individuati tramite una valutazione scientifica e obiettiva, nel caso in cui non risultasse possibile determinare il rischio con sufficiente certezza.

Il ricorso al principio di precauzione deve iscriversi, pertanto, nel quadro generale del *risk assessment*³⁵, tanto da essere ancorato ai cinque elementi delimitanti la gestione dei rischi: la proporzionalità tra le misure prese e il livello di protezione ricercato; la non discriminazione nell'applicazione delle misure; la coerenza delle misure con quelle già prese in situazioni analoghe o che fanno uso di approcci analoghi; l'esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione; il riesame delle misure alla luce dell'evoluzione scientifica.

Tre sono le condizioni che ne giustificerebbero l'utilizzo: l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi; la valutazione dei dati scientifici disponibili; l'ampiezza dell'incertezza scientifica. È bene sottolineare, tuttavia che esso possa essere invocato solo nel caso in cui vi sia certezza circa il potenziale rischio connesso all'esercizio di una attività. L'incertezza, in altre parole, deve riguardare solo il *quomodo* e non l'*an*.

Le prime criticità all'estensione indiscriminata dell'approccio precauzionale a tutte le aree di rischio furono espresse dal Comitato Economico e Sociale nel parere 2000/C268/04³⁶. Partendo dalla dichiarazione di consapevolezza in merito al fatto di essere entrati in una nuova era nella quale il rischio non potesse più essere inteso come circostanza ineliminabile, che esso imponesse nuovi modelli di orientamento e fungesse da stimolo all'accrescimento delle conoscenze scientifiche e al progresso, il Comitato affermava la debolezza delle basi giuridiche che caratterizzavano il principio di precauzione ed esprimeva timore in merito alla possibilità che esso determinasse un generale dovere di astensione. Al fine di scongiurare, dunque, abusi nel suo utilizzo, il Comitato invitava la Commissione a stabilire un *codex*, a chiarire ulteriormente le procedure di analisi del rischio, nonché a definire le linee direttrici per il ricorso al principio di precauzione in un contesto che comprendesse i sistemi di gestione, l'interazione tra le istituzioni interessate e, in particolare, la partecipazione di tutte le parti coinvolte nel processo (*stakeholders*)³⁷.

Gli auspici appena riportati, tuttavia, sembrerebbero non aver trovato concretizzazione. Nonostante, infatti, sia stata avanzata la proposta di definire e interpretare il principio conformemente alle indicazioni della Commissione³⁸, in molti hanno sottolineato come gli arresti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁹, che hanno contribuito a dilatarne la portata, avrebbero rappresentato un aperto invito all'adozione, da parte di legislatori e giudici, di decisioni arbitrarie ed irrazionali⁴⁰, trascurando la necessità di dover procedere al bilanciamento con gli interessi di natura economica o quanto meno ad una loro considerazione.

4.

Il principio di precauzione nell'ordinamento italiano.

Prima ancora di essere introdotto nel Testo Unico dell'Ambiente, il principio di precau-

³⁵ In merito al c.d. diritto penale del rischio si vedano, senza pretesa di esaustività, DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 6, p. 1808; ID, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, p. 3558; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

³⁶ Tutti gli atti normativi comunitari ed europei riportati sono consultabili sul sito www.eur-lex.europa.eu.

³⁷ Le criticità in merito al principio di precauzione, alla sua utilità ed al suo utilizzo sono state espresse anche da MACRORY che pone in dubbio la sua capacità di generare obbligazioni in capo alle istituzioni UE (*op. cit.*, p. 54); SUNSTEIN, che ha sostenuto l'inutilità del predetto principio, incapace di orientare nelle difficili scelte di politica ambientale, in *Beyond the precautionary principle, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, University of Chicago, n. 38; KRAMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, p. 24 e ss.

³⁸ Così BUTTI, *op. cit.*, § 5.

³⁹ Tra le pronunce che hanno contribuito ad elevare il principio di precauzione a principio generale dell'Unione è possibile annoverare: C. T-13/99, *Pfizer* [2002] ECR II-3305; C. T-74/00 *Artogodan GmbH and ot. V. Commission* (2002) II-ECR 4945; C. T-147/00 *Laboratoires Servier v. Commission* (2003) ECR- II 85.

⁴⁰ MARCHANT-MOSSMAN, *Arbitrary & Capricious. The Precautionary Principle in the European Union Courts*, *The American Enterprise Institute Press*, 2004, p. 65, in riferimento, ad esempio, ad assunti simili a quello che segue: «il principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. 185. Il principio di precauzione implica che nel caso sussistano incertezze quanto all'esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono prendere provvedimenti di tutela senza dover attendere che la realtà e la gravità di tali rischi siano pienamente dimostrate... 186. Nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la scelta di ricorrere o di non ricorrere al principio di precauzione dipende generalmente dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale. ... Tale scelta deve tuttavia essere conforme al principio della preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente sugli interessi economici, nonché ai principi di proporzionalità e di non discriminazione» (Tribunale di prima istanza, sentenza 26 novembre 2002, in causa T-74/00).

zione è stato codificato anche in tre provvedimenti legislativi, precisamente nella l. 22 febbraio 2001, n. 36, in tema di inquinamento elettromagnetico, nella l. 5 marzo 2001, n. 57, in tema di apertura e regolazione dei mercati, e nel d.lgs. 21 maggio 2004, n. 172, in tema di sicurezza dei prodotti, confluito nella Parte IV, Titolo I, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

La capacità espansiva del principio oggetto della presente analisi, forte anche delle esperienze e degli approdi della giurisprudenza comunitaria, è stata immediatamente colta dalla dottrina, che talvolta lo ha considerato un parametro di valutazione della responsabilità d'impresa ai sensi dell'art. 41 Cost., utile al fine di compiere un giudizio di meritevolezza sulla condotta dell'imprenditore⁴¹.

L'art. 2, l. 15 dicembre 2004, n. 308, recante «Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale», ha inserito fra i principi e criteri direttivi l'obbligo, per tutti i decreti legislativi di settore, di rispettare la «affermazione dei principi comunitari di prevenzione, di precauzione, di correzione e riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali e del principio "chi inquina paga"». Il d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 – attuativo della citata legge delega e recante «Norme in materia ambientale» – menziona ripetutamente in modo espresso il principio di precauzione, non esclusivamente nell'ambito delle disposizioni sul danno ambientale.

Inizialmente l'unica norma specificamente dedicata alla «Attuazione del principio di precauzione» era contenuta nell'art. 301, che «in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, paragrafo 2, del Trattato CE» stabiliva come anche nei casi di incertezza scientifica, ove sussistessero dei pericoli anche solo potenziali per la salute umana e per l'ambiente, dovesse essere assicurato un alto livello di protezione (comma 1). Poneva dunque, nel successivo comma 4, a carico del Ministro dell'ambiente la facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione «a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; b) non discriminatori nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici».

Completavano il quadro normativo l'art. 307 del medesimo decreto, che statuisce la necessità di motivare adeguatamente le decisioni che impongono misure di precauzione e di comunicarle senza indugio all'operatore interessato, complete delle indicazioni dei mezzi di ricorso di cui si dispone e dei termini relativi.

Nel 2008 per mezzo del d.lgs. 16 gennaio n. 4, il legislatore italiano ha posto il principio di precauzione tra quelli fondamentali ai quali l'attività di qualsiasi soggetto – pubblico o privato – diretta alla protezione dell'ambiente, doveva conformarsi⁴². Ci si è chiesto pertanto se, a fronte dell'introduzione dell'art. 3 *ter* nel 2008, potesse ravvisarsi nell'ordinamento italiano un obbligo di precauzione c.d. generico ovvero se potesse continuare a ritenersi sussistente, a carico del soggetto agente, un solo obbligo c.d. specifico in presenza delle condizioni di cui all'art. 301 TUA⁴³.

In una sorta di *climax* ascendente, dunque, attualmente il principio *de quo* è menzionato dapprima nell'art. 3 *bis*, TUA, insieme ad altri riguardanti la produzione del diritto ambientale, che dispone come essi costituiscano «regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente», quasi a voler rendere esplicita la volontà di riferirsi al legislatore ed alla p.a. In apparente contrasto sembra porsi il successivo art. 3 *ter*, che si riferisce espressamente alle persone fisiche. Infine, l'art. 301 TUA si rivolge esplicitamente all'operatore, ovvero al soggetto che si imbatte nel potenziale pericolo.

Chi, dunque, sarebbe gravato dall'obbligo di seguire l'approccio precauzionale? E quale sarebbe il contenuto dell'obbligazione summenzionata, considerando che l'art. 301 pone in capo a colui che si imbatte nel rischio il solo dovere di indirizzare un'informazione tempestiva agli enti locali ed al prefetto del luogo interessato dall'eventuale evento lesivo⁴⁴?

Inutile dire come la risposta alle predette domande sia centrale ai fini dell'applicazione del

⁴¹ V. BUONOCORE, *Impresa (dir. priv.)* (voce), in *Enc. Dir. Annali*, 2007, I, § 40; SANTONASTASO, *Principio di precauzione e responsabilità dell'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa per sua natura. Prime riflessioni su un tema di ricerca*, *Contratto e Impresa Europa*, 2005, p. 85.

⁴² Art. 3 *ter*, Codice dell'Ambiente.

⁴³ V. RUGA RIVA, *Diritto Penale dell'ambiente*, *cit.*, p. 37 ss.

⁴⁴ RUGA RIVA, *ibid.*, confronta il contenuto dell'obbligo di cui all'art. 301 TUA con quello contenuto del successivo art. 304, che, nell'attuazione del principio di prevenzione, relativo a danni imminenti e reali, impone, diversamente dall'art. 301 TUA, misure operative (ad esempio l'astensione dalle attività in corso, l'adozione di misure di protezione), p. 38.

principio di precauzione, quanto meno nel campo del diritto penale dell'ambiente, ma suscita parimenti numerosi interrogativi, considerando che comporterebbe una traslazione dai tratti tipicamente *pro-spettivi* delle politiche ambientali a quelli *retro-spettivi*⁴⁵ della materia penale.

Apparentemente, dunque, la responsabilità penale risulterebbe inconciliabile con le peculiarità della logica precauzionale. Mentre, infatti, all'interno della prima branca menzionata, la responsabilità per colpa risponderrebbe a un modello di imputazione basato sull'evento e sulla necessaria realizzazione – nell'evento – del rischio vietato, il principio di precauzione prenderebbe in esame anche pericoli lontani nel tempo e nello spazio, nei quali esisterebbe una bassa probabilità di verifica o il semplice sospetto di un pericolo⁴⁶.

5.

Il principio di precauzione e il diritto penale.

La diffusione del principio di precauzione e il suo possibile utilizzo nella branca penalistica è strettamente connesso al concetto di diritto penale del rischio, un "nuovo diritto penale"⁴⁷ adatto a soddisfare le richieste delle moderne società del rischio, pluraliste e tecnologiche, che hanno visto la crescita incessante dei delitti colposi⁴⁸ e la necessità di coniugare l'avanzamento tecnologico con la tutela dei beni giuridici rilevanti, facendo sì che le attività – seppure pericolose – potessero svolgersi all'interno di perimetri delineati dal legislatore in prima persona o attraverso la previsione di obbligazioni a carico di garanti o professionisti.

In generale, può certamente sostenersi che attraverso il diritto penale del rischio si sia cercato di fornire tutela a ulteriori diritti. Questi ultimi, effettivamente hanno finito per rappresentare non il limite negativo all'avanzata della soglia di rilevanza penale, quanto l'oggetto di una nuova pretesa giuridica⁴⁹, quella di tutelare in maniera migliore e più penetrante alcuni interessi collettivi, quelli maggiormente in grado di coinvolgere i consociati⁵⁰.

Il concetto di pericolo e quello di rischio trovano una compiuta disciplina normativa nell'art. 2, lett. r), d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81, che definisce il primo come «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni» ed il secondo come «probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore avente il potenziale di causare danni»⁵¹.

Il concetto di rischio risulta particolarmente affine al principio di precauzione poiché entrambi postulano condizioni di incertezza scientifica endemica. L'approccio precauzionale, anzi, si presenta come possibile risposta alla problematica appena menzionata.

Non vi è chi non veda, naturalmente, come esso differisca profondamente dal pericolo, che, anche nella connotazione astratta o presunta, si fonda su una sicura base scientifica e trae la propria legittimazione nella ragionevolezza della prova di una pericolosità-*standard* di certe sostanze o situazioni, bilanciata con la rilevanza dei beni oggetto di tutela.

L'influenza che il principio di precauzione può esercitare sul diritto penale può assumere differenti sembianze. In primo luogo potrebbe avere riverberi sulla stessa creazione della norma penale. Una simile ipotesi, tuttavia, presupporrebbe una profonda riflessione e – stando ai

⁴⁵ A spiegarlo è FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 177.

⁴⁶ Per una compiuta analisi del principio di precauzione in ambito penalistico, si confrontino, senza pretesa di esaustività, PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 6 ss.; MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit.; FORTI, *op. cit.*; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, in DOLCINI-PALIERO, *Studi in Onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1754 ss.; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit.; MASULLO, *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012; CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013.

⁴⁷ V. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, 9, p. 3319B, dove l'A. ricostruisce accuratamente il percorso di adeguamento della disciplina penalistica al nuovo concetto di "rischio"; PERINI, *Il concetto di rischio*, cit.

⁴⁸ FIANDACA-MUSCO collegano direttamente l'incremento dei delitti colposi all'aumento delle occasioni di danno alle cose o alle persone connesse all'incessante sviluppo della tecnica, in *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2009, p. 542. In generale sulla colpa v. GALLO, *Colpa penale* (voce), in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 634; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; ID., *Colpa* (voce), in *Diz. Dir. Pubbl.*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, p. 945; GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; MANTOVANI, *Colpa* (voce), in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 299.

⁴⁹ In merito al nuovo ruolo dei diritti fondamentali, cfr. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1173 ss.

⁵⁰ V. DE FRANCESCO, *Interpersonalità dell'illecito penale: un cuore antico per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. Pen.*, 2015, § 4.

⁵¹ In merito alla scarsa chiarezza della definizione legislativa, cfr. PERINI, *Il concetto di Rischio nel diritto penale moderno*, cit.

criteri fatti propri dalla Commissione nella comunicazione del 2000 – dovrebbe configurare l'*extrema ratio*, imponendo dunque l'applicazione della logica precauzionale anche in via preventiva.

La forma privilegiata di illecito candidato ad ospitarlo sarebbe il reato di pericolo astratto; non senza conseguenze. In relazione alle predette fattispecie, infatti, sono stati già avanzati numerosi dubbi circa la costituzionalità o la rispondenza ai principi che governano la materia penale. Nel caso in cui la predetta ipotesi si avverasse, dunque, numerose perplessità potrebbero essere sollevate, non ultimo in relazione alla violazione del principio di offensività⁵².

Ciò per quanto concerne una riflessione *de jure condendo*. Il principio di precauzione potrebbe, tuttavia, trovare spazio nell'attuale normativa penale ambientale, permeando il fatto tipico o influenzando il sulla colpa.

Già a monte, tuttavia, come sottolineato da autorevole dottrina⁵³, il principio *de quo* potrebbe influenzare la costruzione della norma penale, contribuendo a porre sotto la lente dei decisori pubblici solo alcuni rischi e lasciandone altri sullo sfondo. I rischi presi considerazione diverrebbero solo quelli accessibili, selezionati sulla base di quanto si ricorda, dunque rispondenti a bisogni contingenti. In tal modo esso si fa latore di una nuova visione repressiva orientata al solo scopo di placare i timori e di contribuire ad esorcizzare il senso di insicurezza diffuso nella collettività.

In secondo luogo esso potrebbe penetrare nella ricostruzione del fatto tipico e dei suoi elementi, come il nesso causale⁵⁴.

Da ultimo, l'istituto della colpa finirebbe per essere snaturato in relazione alle componenti della prevedibilità ed evitabilità dell'evento. L'applicazione del principio di precauzione, infatti, dilaterrebbe eccessivamente la colpa generica. Sarebbe impossibile comprendere, nell'ambito di un giudizio *ex ante*, quale regola cautelare sia stata violata dal soggetto agente.

L'incertezza che è alla base dell'elaborazione del principio di precauzione dunque mal si concilia con l'esigenza di determinatezza collegata ai modelli di tutela penalistici. Laddove i presupposti non risultino identificabili, essa rischia di comportare effetti deleteri ed ingiustificati in capo al soggetto investito dell'addebito penale, che si vedrà esposto alla minaccia della sanzione anche laddove non sia possibile rinvenire la regola cautelare riferibile al caso concreto.

Le criticità sollevate in relazione alla colpa potrebbero certamente essere attenuate dalla previsione di un obbligo di aggiornamento ed approfondimento in capo al soggetto agente⁵⁵.

Dinanzi alle criticità summenzionate, parte della dottrina ritiene che il principio di precauzione non possa assolutamente trovare posto all'interno dell'ordinamento penale⁵⁶.

Una parte della dottrina, tuttavia, pur sostenendo che non sia possibile rinvenire alcuna obbligazione derivante dal principio precauzionale nell'attuale disciplina ambientale, poiché l'art. 3 *ter* TUA non detterebbe una regola di condotta quanto un principio bisognoso di *interpositio legislatoris*, ritiene che possa comunque valorizzarsi la c.d. precauzione generica ovvero che nel giudizio avente ad oggetto la colpevolezza possa comunque essere utilizzato il

⁵² MASSARO, *Principio di precauzione, op. cit.*; DONINI, *Un nuovo medioevo penale?*, *op. cit.* p. 1808; ID, *Sicurezza e diritto penale, cit.*, p. 3558; FORTI, *op. cit.*

⁵³ In proposito FORTI sottolinea come l'applicazione del principio di precauzione determinerebbe una visione fortemente soggettiva e condizionata dei rischi che attraverso di esso si vorrebbero contenere. Una genesi lontana da qualsiasi riflessione razionale e che avvicinerrebbe, anzi, il principio *de quo* alla logica emergenziale. L'A. sottolinea come attraverso di esso sia possibile sottoporre al decisore solo alcuni determinati rischi «attirando su di essi lo zelo preventivo, ma lasciando sullo sfondo o ignorando del tutto sia rischi diversi, sia gli stessi rischi che proprio la mobilitazione delle risorse preventive su quegli unici euristicamente selezionati potrebbe generare», in *op. cit.*, p. 175.

⁵⁴ CASTRONUOVO ritiene che in più occasioni la giurisprudenza di merito e di Cassazione abbia fatto ricorso alla logica precauzionale nella ricostruzione del nesso causale. Esempi eclatanti in tal senso sarebbero costituiti dal caso delle "macchie blu", una manifestazione cutanea presentata da una parte della popolazione che risiedeva nelle vicinanze di una fabbrica di alluminio. In assenza di studi scientifici e leggi di copertura che dimostrassero una precisa correlazione tra le macchie blu insorte in parte della popolazione e i fumi derivanti dalle lavorazioni poste in essere all'interno della fabbrica, sversati nell'atmosfera, il giudice di prime cure ritenne comunque che il nesso causale potesse dirsi dimostrato, «sulla base della sua personale sensibilità», come attenta dottrina non mancò di notare (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, p. 245). Parimenti utilizzzi non esplici ma evidenti del principio in questione nella ricostruzione del nesso causale sarebbero rinvenibili nel caso delle cefalee causate da un impianto elettrico ad alta tensione (Cass. pen., 11 agosto 2008 n. 33285 in www.iusexplorer.it), in *La causalité à l'épreuve du principe de précaution*, in D'AMBROSIO-GIUDICELLI-MANACORDA (a cura di), *Principe de précaution et métamorphose de la responsabilité*, Parigi, 2018, p. 190.

⁵⁵ Alcuni, come GIUNTA, si dimostrano contrari ad una soluzione di tal genere poiché «costituirebbe una pretesa di diligenza ancora difficile da conciliare con il canone dell'esigibilità, per via della sua insanabile genericità», *op. cit.*, p. 242.

⁵⁶ PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2005, 4, p. 1670.

principio in questione. Il rispetto dei principi e delle garanzie costituzionali, convenzionali ed europee, tuttavia, imporrebbe di dar luogo ad una simile operazione nei soli casi in cui siano presenti dei dati fattuali scientifici di un certo spessore, per quanto provvisori⁵⁷.

Nel tentativo di comprendere se sia possibile interpretare le norme penali ambientali alla luce del principio di precauzione, uno sguardo ad altri sistemi giuridici non appare risolutivo.

Ed infatti, in molti ordinamenti il principio *de quo* è stato ritenuto fonte di obbligazioni od oneri per i soli detentori del potere esecutivo o legislativo. Così, mentre in Svezia esso rappresenta un principio fondamentale che impone al governo di agire adottando l'approccio ad esso maggiormente affine, in Inghilterra il potere esecutivo può seguire l'ottica precauzionale nella gestione dei rischi ma non vi è obbligato, e negli Stati Uniti, così come in seno al WTO, la precauzione ha costituito una base giuridica necessaria ad imporre una determinata proceduralizzazione della gestione del rischio⁵⁸.

Analizzando, al contrario, l'ordinamento francese e quello spagnolo riscontriamo un parziale accoglimento – fortemente osteggiato, in entrambi i casi, dalla dottrina maggioritaria – del principio di precauzione in ambito penalistico.

Nell'ordinamento francese esso viene ricondotto ad un unico e generale delitto – di messa in pericolo di altri – previsto e punito dall'art. 223-1 del codice penale⁵⁹. Infatti, una parte della dottrina francese ritiene che tale fattispecie penale sanziona proprio la violazione del principio di precauzione⁶⁰. Tale tesi, tuttavia, è stata in seguito smentita da una corretta analisi del tenore della disposizione, che, a ben vedere, non sanziona un'obbligazione generale di precauzione, ma obbligazioni di sicurezza e prudenza; la norma in questione non intende riferirsi a qualsiasi o a tutti i rischi, quanto a quelli che interessino l'incolumità fisica altrui; sanziona pertanto l'esposizione ad un rischio immediato, diretto e concreto⁶¹.

Con riferimento al sistema giuridico spagnolo, invece, il principio di precauzione è divenuto un criterio ermeneutico valevole soprattutto nel settore agroalimentare, che annovera per lo più reati di pericolo, ed in special modo in relazione ai delitti che puniscono le frodi alimentari. In particolare, l'introduzione del principio di precauzione nel diritto penale alimentare è avvenuta ad opera della giurisprudenza, che nell'interpretazione delle fattispecie di riferimento non ha ritenuto necessaria la prova dell'effetto nocivo della condotta⁶².

Dunque anche negli ordinamenti – seppur brevemente – esaminati, il principio di precauzione riveste un ruolo importante, ma foriero di complesse problematiche.

Da ultimo degna di nota, con riferimento all'ordinamento canadese, una pronuncia della *British Columbia Court of Appeal*. Il caso analizzato era relativo a una raffineria che immetteva residui di lavorazione in un corso d'acqua e che era autorizzata ad utilizzare, nel processo di raffinazione l'MMT, additivo della benzina, a condizione di sottoporre a periodici controlli le emissioni e di dotarsi di un sistema per l'eliminazione della sostanza da ultimo menzionata prima del contatto con le acque. Nonostante nel corso del procedimento fosse emerso che l'impresa effettuasse tali controlli più frequentemente di quanto richiesto, fu ritenuta responsabile di inquinamento per violazione del *Fisheries Act* federale, che vietava di «depositare sostanze nocive (*deleterious*) di qualsiasi tipo in acque popolate da pesci» (§ 36). All'epoca in cui la raffineria era in attività, tuttavia, l'MMT non era considerato nocivo per la fauna ittica poiché nessuna evidenza scientifica si dimostrava in tal senso orientata. Solo in seguitosi giunse a dimostrare la potenziale dannosità dell'MMT per la fauna ittica.

Il giudizio di primo grado non riconobbe alcuna responsabilità in capo alla raffineria. La

⁵⁷ RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit.; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 39; ID., *Dolo e colpa nei reati ambientali*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2015.

⁵⁸ ZANDER, *The Application of the Precautionary Principle in Practice Comparative Dimensions*, Cambridge, 2010; WIENER-ROGERS, *Comparing precaution in the United States and Europe*, *Journal of Risk Research*, 2002, p. 317; VOGEL, *The Politics of Risk Regulation in Europe and the United States*, *Yearbook of European Environmental Law*, 2003; SCOTT-VOS, *The jurisdiction of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO*, in DERHOUSSE-JOERGES, *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, 2002.

⁵⁹ «Le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende».

⁶⁰ V. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2011, n. 1243.

⁶¹ HAUTEREAU-BOUTONNET- SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé (Rapport de recherche)*, *Mission de recherche Droit & Justice*, 2016, p. 71.

⁶² QUINTERO-OLIVARES, *Le principe de précaution et sa difficile incorporation au droit pénal*, in HAUTEREAU-BOUTONNET- SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution*, cit. p. 415; CUGAT MAURI, *Report on Criminal Protection in the food market in Spain*, in NIETO MARTIN-QUACKELBEEN-SIMONATO, *Food Regulation and Criminal Justice (International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd-26th September 2016)*, Portland, 2016, p. 245.

Corte d'appello, al contrario, riformò la sentenza e pervenne a una condanna pur ammettendo che all'epoca dei fatti non fossero note le proprietà tossiche dell'MMT per la fauna ittica.

Le argomentazioni della difesa, secondo cui la tossicità non poteva essere prevista in considerazione delle informazioni ricevute dal fornitore della sostanza, nonché l'assenza di letteratura scientifica in argomento ed il fatto che il prodotto venisse utilizzato da anni senza conseguenze non furono tenute in alcuna considerazione. La condotta alternativa lecita fu ravvisata in uno *standard* comportamentale fissato in termini così rigorosi da escludere la reale applicazione di un criterio di prevedibilità. Si individuò, in altre parole, un obbligo dell'impresa di accertare la tossicità della sostanza chimica, pur in assenza di dati messi a disposizione dal produttore e dalla una letteratura scientifica in materia. Come asserito dal giudice dissenziente Newbury, si applicò in realtà "un criterio di perfezione".

6.

Il principio di precauzione negli arresti della giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza di legittimità italiana sembra aver aderito alla dottrina dominante, ritenendo di non poter accogliere, in ambito penalistico, il principio di precauzione.

Un ammonimento circa un suo utilizzo corretto, infatti, è contenuto in un recente arresto della Suprema Corte.

Chiamata a pronunciarsi al termine del procedimento che ha visto imputati i vertici della Protezione Civile ed alcuni tra i membri dell'organo consultivo della Commissione Grandi Rischi, per omicidio colposo plurimo in occasione del sisma de L'Aquila del 6.04.2009, la Corte di Cassazione ha statuito – in merito alla regola cautelare – come essa sia «fondata sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, con riguardo ai casi in cui la verifica di questo, in presenza della condotta colposa, può ritenersi, se non certa, quantomeno possibile sulla base di elementi d'indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità, sia pure di solo di consistenza empirica e non scientifica. Essa, invece, non può essere individuata sulla scorta del principio di precauzione, che ha riguardo ai casi in cui si è rimasti al livello del 'sospetto' che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi (in particolare sulla salute dell'uomo) – e dunque quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti elementi di indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare attendibili e concrete previsioni circa il ricorso di eventuali connessioni causali tra la condotta sospetta e gli eventi lesivi»⁶³.

Il percorso per giungere a simili conclusioni, tuttavia, si è rivelato particolarmente imper-

⁶³ Cass., sez. IV, sent. 19 novembre 2015, n. 12478, p. 46, in *Foro it.* 2017, 3, II, 149, con nota di BRUSCO. L'approdo testimoniato dalla sentenza appena riportata, è stato salutato con favore dagli studiosi ed in particolare modo da coloro che sostengono come l'applicazione del principio di precauzione nella ricostruzione di una regola cautelare all'interno del giudizio avente ad oggetto la colpa generica, nella totale assenza di leggi scientifiche ed anzi sulla base di meri sospetti, avrebbe potuto, seppure latamente, essere ipotizzata nel solo caso di rischi inerenti ad attività umane, ma certamente non alla verifica o meno di disastri e calamità naturali [PETRELLI, *Rischio sismico e principio di precauzione*, in *Arch. Pen. (web)*, 2015, 2, § 3]. L'asserzione, per quanto corretta, non risulta strettamente pertinente al caso oggetto della sentenza riportata, dove nonostante quanto affermato («le seduzioni del precauzionismo si insinuano nella trama della motivazione che si caratterizza conseguentemente per l'utilizzo dell'agente modello in funzione deontica e per l'estromissione del criterio della miglior scienza ed esperienza nella valutazione della sussistenza e della pregnanza della regola cautelare asseritamente violata», e ancora «[la sentenza] non resista alla tentazione di inserire fra i presupposti fondanti il rimprovero colposo la mancata previsione del sisma», v. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza «Grandi rischi»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 1516), l'addebito formulato nei confronti degli imputati non aveva ad oggetto la mancata previsione del sisma, quanto l'aver diffuso notizie rassicuranti che avrebbero indotto gli abitanti a rimanere nelle loro abitazioni, come correttamente sottolinea BRUSCO, *Il principio di precauzione nell'ordinamento penale. La causalità psichica*, in *Foro It.*, 2017, 3, II, 149.

vio⁶⁴.

Nonostante in alcune occasioni si sia negata validità al principio di precauzione⁶⁵, deve registrarsi un suo vasto impiego proprio in ambito penalistico, ad opera della giurisprudenza.

In relazione alla catastrofe naturale provocata da colate di fango dovute a intense precipitazioni piovose che nel 1998 investirono i comuni campani di Sarno e Quindici, provocando la morte di 137 persone, ad esempio, la Suprema Corte ha statuito, discostandosi dalle conclusioni della giurisprudenza di merito, che «il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso [...] va compiuto, nel caso di eventi naturali o di calamità che si sviluppino progressivamente, tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi ma valutando altresì se possa essere esclusa la possibilità che questi eventi possano avere dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche. [...] La prevedibilità dell'evento dannoso, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, va compiuta utilizzando anche le leggi scientifiche pertinenti, se esistenti; in mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi, l'accertamento della prevedibilità dell'evento va compiuto in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi, e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (che riguardano esclusivamente l'accertamento della causalità), ferma restando la distinzione con il principio di precauzione che prescinde dalla concretezza del rischio».

Nel caso di specie si contestava il delitto di omicidio colposo plurimo a un Sindaco e a un assessore, a titolo di colpa generica e per colpa specifica consistita nella violazione di varie norme sulla protezione civile. Il sindaco del comune, infatti, avrebbe omesso di dare tempestivamente il segnale di allarme alla popolazione, di disporre l'evacuazione delle persone dalle zone a rischio, di convocare e insediare tempestivamente il comitato locale per la protezione civile, di dare tempestivo e congruo all'allarme alla prefettura e allo stesso sindaco - in concorso con un assessore - avrebbe fornito notizie imprudentemente rassicuranti alla popolazione in pericolo. All'esito dei giudizi di merito, gli imputati erano stati assolti essendo stata esclusa la sussistenza di una specifica posizione di garanzia del primo cittadino fondata sulle norme in materia di protezione civile ed a causa della non prevedibilità dell'evento.

In nome dell'approccio precauzionale, poi, la Corte ha rivisto anche il concetto di agente modello, statuendo che egli altri non possa essere se non «quello in grado di ipotizzare le

⁶⁴ Particolarmente interessante in ordine a un uso "probo" del principio di precauzione, si rivela la giurisprudenza amministrativa. Si riporta, per una maggiore comprensione, Per una maggiore comprensione si riporta, seppure sinteticamente, la vicenda giudiziaria che ha interessato il MUOS, in relazione alla quale si è pronunciata anche la Corte di Cassazione (Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2016 n. 9950, in www.iusexplorer.it). MUOS è l'acronimo che indica il sistema di installazione satellitare che il Ministero della difesa, in attuazione di impegni internazionali già assunti, avrebbe inteso realizzare nel Comune di Niscemi, in Sicilia. La Corte di Cassazione, adita dal Ministero dell'Interno, ha confermato nella sostanza il decreto del Tribunale di Catania con il quale si era disposto il sequestro preventivo dell'opera ai sensi dell'art. 321 c.p.p. Gli elementi tipici della misura cautelare del *fumus delicti* e del *periculum in mora* sono stati ravvisati nella costruzione degli impianti all'interno di un'area soggetta a vincolo paesaggistico con assoluta ineditabilità, in assenza delle occorrenti autorizzazioni urbanistiche. I titoli autorizzatori validi - presenti nel momento della costruzione - sono stati ritirati in un secondo momento, nell'ambito di un tortuoso iter poi sottoposto al vaglio del giudice amministrativo. Quest'ultimo, nella persona del Supremo Consesso Amministrativo Siciliano, ha censurato i provvedimenti con i quali i titoli autorizzatori originari erano stati revocati dall'A.R.T.A., limitatasi a richiamare genericamente il principio di precauzione e la ricorrenza di possibili rischi per la salute e l'ambiente. Affermando che il principio di precauzione non potesse essere utilizzato per paralizzare qualsiasi attività umana pericolosa, ma che al contrario nel caso di specie la negazione dell'autorizzazione avrebbe dovuto fondarsi su un'approfondita istruttoria utile al fine di consentire una valutazione rigorosa dei pochi dati scientifici a disposizione, il Collegio ha generato una revoca dei provvedimenti a loro volta revocatori impugnati. Dinanzi alle contestazioni dell'Avvocatura dello Stato che sosteneva l'inesistenza dell'elemento psicologico in forza dell'esistenza e dell'avvenuto ripristino delle autorizzazioni iniziali, la Corte di Cassazione ha ribadito ancora una volta che "la presunzione di legittimità degli atti amministrativi e la loro immediata efficacia, da un lato non priva il giudice ordinario (in questo caso penale) del potere-dovere di conoscerli e di disapplicarli ove in contrasto con la legge, dall'altro il problematico iter dell'annullamento della revoca delle revocche non ha la forza di escludere con immediata evidenza l'elemento soggettivo del reato, sufficientemente desumibile, in sede cautelare, anche dalla iniziale revoca delle autorizzazioni, a prescindere dalla formale conoscenza delle successive vicende giurisdizionali (nella specie, la sentenza di annullamento della revoca delle revocche)", per poi ritenere di dover aderire alla tesi dell'accusa, secondo cui anche i primi titoli autorizzatori fossero macroscopicamente illegittimi.

⁶⁵ Cass. civ., 23 gennaio 2007, n. 1391 ha negato il risarcimento del danno in un caso di immissioni di onde elettromagnetiche, ritenendo che la responsabilità potesse ravvisarsi solo nel caso in cui le immissioni esulino dai limiti fissati dalla normativa vigente, in *Foro it.*, 2007, I, 2124, con nota di F. MATTASSOGLIO, *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali*. In generale le immissioni di onde elettromagnetiche hanno impegnato anche le sezioni penali della Suprema Corte, la quale, se in un primo momento si è reiteratamente pronunciata a favore dell'irrilevanza, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 674 c.p., purché le emissioni avessero cagionato una molestia che superasse il limite della normale tollerabilità ex art. 844 c.c. (v. Cass. pen., sez. III, 28 settembre 2005 n. 38936, in www.iusexplorer.it), in seguito ad un *revirement* ha affermato che che "l'espressione 'nei casi non consentiti dalla legge', contenuta nell'art. 674 cod. pen., costituisce una precisa indicazione della necessità, ai fini della configurazione del reato che, qualora si tratti di attività considerata dal legislatore socialmente utile e che per tale motivo sia prevista e disciplinata, l'emissione avvenga in violazione delle norme o prescrizioni di settore che regolano la specifica attività" (sez. III, 18 novembre 2010, n. 40489 in www.iusexplorer.it).

conseguenze più gravi di un fenomeno ricorrente, non quello che si adagia su esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggiore gravità»⁶⁶.

La dottrina⁶⁷ che ha analizzato gli arresti della Suprema Corte in materia, ha colto nel principio di precauzione uno strumento in grado di estendere la soglia della rilevanza penale e di provocare una “flessibilizzazione”⁶⁸ insostenibile di taluni istituti.

Mentre, infatti, in alcune occasioni la giurisprudenza di legittimità ha utilizzato il principio di precauzione come mero argomento retorico a cui assegnare una debole funzione estensiva e di rafforzamento del giudizio “sfavorevole” all'imputato, già fondato su altri motivi⁶⁹, in altre occasioni la Suprema Corte ha utilizzato la logica precauzionale come un congegno “responsabilizzante” al fine di interpretare gli elementi del fatto tipico⁷⁰.

I processi di “flessibilizzazione” delle categorie dogmatiche del diritto penale, cui prima si faceva riferimento, sono stati registrati in occasione dell'utilizzo della logica precauzionale quale componente dei criteri di imputazione del risultato nei reati di evento dannoso o colposo⁷¹. Ciò è accaduto in special modo quando dalla tutela di interessi superindividuali e strumentali legati alla sicurezza ambientale o del lavoro o anche all'incolumità pubblica (nel caso della disciplina sulla protezione civile per la gestione dell'emergenza provocata da calamità naturali o catastrofi) si è passati alla tutela di beni finali a dimensione individuale come la vita e l'integrità fisica. Un esempio è costituito dalla sentenza d'Appello⁷² nel noto caso del Petrolchimico di Porto Marghera. Facendo ricorso alla c.d. *default option*, i giudici hanno attribuito rilevanza penale al semplice sospetto circa la cancerogenicità di una sostanza, fondando la responsabilità sul riscontro che l'agente non avesse regolato la propria condotta tenendo conto di questa caratteristica, almeno fino a quando non fosse stata acquisita scientificamente la prova del contrario. E ciò nell'ambito dell'esercizio di un'attività autorizzata e, dunque, del c.d. “rischio consentito”. Nel confermare la sentenza di secondo grado, la Suprema Corte⁷³ ha ritenuto che l'insorgenza di patologie tumorali maligne avrebbe potuto essere prevista *ex ante*, nonostante in quel momento storico le conoscenze scientifiche non consentivano la ricostruzione del nesso causale con certezza. Distinguendo il grado necessario di prevedibilità a seconda che ci si riferisca al nesso eziologico, alla colpa o al principio di precauzione, la Corte fa propria una ricostruzione delle regole cautelari secondo la quale esse non devono necessariamente fondarsi sul paradigma della certezza scientifica, essendo sufficiente la probabilità che ragionino delle conseguenze lesive, purché queste non siano meramente congetturali.

Attualmente la giurisprudenza di legittimità sembrerebbe, tuttavia, aver abbandonato simili “cedimenti” alla logica precauzionale ed essere giunta – in linea con la dottrina maggioritaria – a promuovere e ammonire circa un uso retto del principio di precauzione⁷⁴.

7.

I nuovi delitti ambientali ed il principio di precauzione.

L'analisi appena compiuta sul delitto di inquinamento ambientale e sul ruolo svolto in passato dal principio di precauzione nella ricostruzione della concreta vigenza delle figure

⁶⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Foro it.* 2011, 9, II, p. 482.

⁶⁷ CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit.

⁶⁸ Il termine “flessibilizzazione” è stato utilizzato da PIERGALLINI (*Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., p. 1684), a commento delle sentenze di primo e secondo grado nel processo relativo al petrolchimico di Porto Marghera. In particolare la sentenza di appello viene aspramente criticata, affermando che avrebbe operato «una costante opera di *flessibilizzazione* e di *decontestualizzazione* degli elementi costitutivi della colpa, funzionale ad un alleggerimento degli oneri probatori». Di “flessibilizzazione” parla anche BRUSCO in *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie di reato”*, in *Criminalia*, 2012, p. 383, negando, tuttavia, che le pronunce della Corte di Cassazione abbiano consentito al principio di precauzione di esercitare una simile azione nell'ordinamento giuridico penale.

⁶⁹ V. Cass., Sez. III, 14 aprile 2002, n. 20426; Cass., Sez. V, 11 ottobre 2006, n. 40330; Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2008, n. 9857 (in www.iusexplorer.it), in cui i riferimenti al principio di precauzione sembrerebbero ultronei e impropri.

⁷⁰ Cfr. Cass., Sez. III, ud. 14 aprile 2005, dep. 1 giugno 2005, n. 20499; Cass., Sez. III, ud. 10 novembre 2005, dep. 18 gennaio 2006, n. 2025; Cass., Sez. III, ud. 18 febbraio 2010, dep. 9 aprile 2010, n. 13493; Cass., Sez. III, ud. 9 maggio 2008, dep. 10 luglio 2008, n. 28229 (in www.iusexplorer.it), in cui la logica precauzionale è stata utilizzata nell'interpretazione delle fattispecie penali e - in particolare - dell'oggetto materiale della condotta tipica.

⁷¹ Cass., Sez. IV, 22 novembre 2007, n. 33285; Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675; Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in www.iusexplorer.it.

⁷² Le sentenze di merito sono state oggetto di un commento congiunto da parte di Piergallini, *Il paradigma della colpa*, cit.

⁷³ Cass., Sez. III, ud. 6 giugno 2007, n. 34899; Cass., Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845 in www.iusexplorer.it

⁷⁴ Ci si riferisce a Cass. pen., sez. IV, 19 novembre 2015 n. 12478, cit.

criminose volta per volta in rilievo, consente di valutare se esso possa oggi trovare applicazione avuto riguardo alle fattispecie di cui agli art. 452-*bis*, 452-*ter* e 452-*quinquies* c.p.

Come si è già notato, infatti, la condotta richiesta ai fini dell'integrazione dei delitti di inquinamento ambientale doloso e colposo – ai sensi, rispettivamente, degli artt. 452-*bis* e 452-*quinquies* c.p. – consiste nel “cagionare abusivamente” un danno all'ambiente. Riassumendo quanto detto in precedenza, ribadiamo che, lungi dall'incarnare un elemento pleonastico o ultroneo, l'avverbio “abusivamente” conferisce rilevanza penale ad una condotta *contra ius* ovvero posta in essere in violazione della legislazione nazionale o regionale o di prescrizioni amministrative. Indica una clausola di illiceità speciale equivalente al termine “illecitamente”, che non può trovare spazio nel momento in cui il provvedimento amministrativo autorizzatorio sia frutto di collusione o reato. Il carattere abusivo della condotta, dunque, consisterebbe nella continuativa inosservanza delle prescrizioni e delle autorizzazioni.

Considerando che il giudice penale è solito riservarsi il potere di operare un controllo sulla legittimità degli atti amministrativi⁷⁵, ci si deve chiedere se egli possa valutare un provvedimento amministrativo autorizzatorio alla luce del principio di precauzione: se, in altre parole, l'interprete, potrebbe estendere l'area del penalmente rilevante, vagliando la legittimità o meno del titolo, nonché la sua contrarietà alla disciplina ambientale, utilizzando la logica precauzionale e arrivando a sostenere che l'attività non avrebbe dovuto essere compiuta a causa di effettivi – seppure indeterminati – rischi per l'ambiente. Una simile ipotesi genererebbe un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'indagato, che oltre ad allegare fatti in grado di smentire l'inquinamento ambientale, dovrebbe fornire la prova dell'inesistenza di rischi nel periodo in cui l'attività è stata autorizzata.

Quanto appena paventato, per quanto non auspicabile, non appare del tutto irrealistico.

È accaduto, infatti, che in materia di avvelenamento delle acque ed adulterazione delle acque e sostanze alimentari o adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari, punite – rispettivamente – ai sensi degli artt. 439- 452 e 440-452 c.p.)⁷⁶, il giudice di merito abbia individuato, quale parametro cui ancorare il valore-soglia tollerato dall'ordinamento giuridico, il frutto dell'elaborazione di autorevoli organismi scientifici che, per quanto caratterizzati da un prestigio internazionale, presentavano dei valori difforni – in molte occasioni più restrittivi – rispetto a quelli fatti propri dalla normativa italiana⁷⁷.

⁷⁵Il giudice penale può conoscere il provvedimento amministrativo, essendo tenuto, nell'ambito del processo penale, a risolvere ogni questione da cui dipenda la decisione, ivi comprese eventuali problematiche di natura civile od amministrativa. La sospensione del procedimento è infatti ammessa soltanto nel caso in cui le questioni dalla cui soluzione dipenda l'esito del processo presentino una particolare complessità e siano già oggetto di un separato procedimento civile od amministrativo; essa termina nel momento in cui queste siano state decise con sentenza passata in giudicato (art. 479, comma 1, c.p.p.). L'esito di tale giudizio, tuttavia, può non influenzare oltre l'operato del giudice penale, non essendo questi tenuto a fare proprie le conclusioni del giudice civile od amministrativo e potendosene, anzi, discostare in sede di decisione, a patto di motivare una simile scelta, poiché la pronuncia di un altro giudice civile od amministrativo non ha efficacia di giudicato nel processo penale. È bene sottolineare come l'assenza di vincoli nei confronti di sentenze rese al termine di procedimenti civili o amministrativi permanga anche nel momento in cui, ad esempio, nel separato giudizio amministrativo l'atto *de quo* venga annullato. Lungi dall'ammettere una riviviscenza dell'atto, al giudice penale è consentito, pur dovendo tenere conto dell'annullamento con efficacia *ex tunc*, discostarsi da una tale pronuncia, non ultimo in quanto ai sensi dell'art. 2 c.p.p. l'accertamento compiuto dal giudice penale è destinato ad avere valore solo nell'ambito del processo in cui è compiuto.

⁷⁶ V. RUGA RIVA, *L'avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali: qualche spunto su criteri di accertamento e quantificazione del pericolo*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 3, 2017, p. 1008.

⁷⁷ Interessante in tal senso è anche il decreto 11 marzo 2014 del GIP presso il Tribunale di Savona, con il quale è stata accolta la richiesta di sottoporre a sequestro preventivo la centrale termoelettrica Tirreno Power (in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2014). Nel motivare l'esistenza del *fumus commissi delicti* in riferimento al reato di cui all'art. 434 c.p. e alla sussistenza di rischi per la salute, il Giudice per le indagini preliminari afferma che “se il rispetto dei limiti imposti esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 674 c.p., essendo ammissibile che il legislatore o l'autorità amministrativa imponga *ex imperio* una soglia di tolleranza, tale presunzione di legittimità può operare solo in relazione ad un disturbo (olfattivo o visivo) transeunte e non certo laddove si verifichi un danno alla salute integrante una lesione personale, o addirittura un decesso, ovvero una pluralità di tali eventi, rientranti nella più ampia nozione di disastro. La condotta tenuta dal gestore, il quale non si è attenuto ai limiti emissivi previsti dalle BAT (in italiano MTD, ossia migliori tecniche disponibili), appare certamente connotabile quanto meno quale colposa. Ed invero, come abbiamo visto, le BAT indicano i parametri emissivi previsti dall'Unione Europea al fine di limitare l'impatto ambientale degli impianti. Vero è che il rispetto delle BAT non era previsto dalla legge quale obbligatorio ma è altresì vero che esse costituiscono un'indicazione precisa in ordine alla condotta da tenere al fine di ridurre il danno ambientale. (...) Pertanto l'obbligo di prudenza in capo ai gestori di impianti pericolosi ed inquinanti si qualifica soggettivamente, connotandosi in maniera molto più rigorosa rispetto a quello richiesto all'uomo medio, perché si tratta sia del soggetto che crea la situazione di pericolo, sia di soggetto tecnicamente qualificato (o che comunque ha l'obbligo, in virtù dell'attività svolta, di assicurare sempre un elevato livello di studio ed analisi dei rischi).”

8.

Conclusioni.

Al fine di ovviare alle criticità sin qui descritte, una parte della dottrina ritiene che il principio di precauzione possa essere accolto nella sola branca civilistica, per quanto anche in tale ambito potrebbe risultare quanto meno scorretto o ingiusto configurare una forma di responsabilità in assenza della prevedibilità del danno e dunque di rimproverabilità – da un punto di vista soggettivo – dell'agente. I principi cui la responsabilità civile è chiamata a rispondere, primo tra tutti la necessità di allocare le esternalità negative del danno prodotto, non potendo essere sopportate solo dalla vittima, potrebbero giocare un ruolo chiave e far propendere per una "internalizzazione" dei costi derivanti dall'esercizio dell'attività.

Ipotesi di responsabilità in assenza della prevedibilità del danno, inoltre, probabilmente incompatibili – nei termini prima definiti – con la responsabilità basata sulla colpa, potrebbero confluire nell'alveo della responsabilità oggettiva⁷⁸.

In riferimento alla branca penalistica, invece, il principio di precauzione potrebbe risultare strutturalmente incompatibile. Il principio di legalità, infatti, impone che le condotte individuali dalle quali astenersi siano definite prima che esse vengano poste in essere. La responsabilità per il rischio, al contrario, richiederebbe ai soggetti agenti di rispondere per tutte le conseguenze lesive ascrivibili al generico obbligo di contenimento del danno alla salute⁷⁹.

Una possibile soluzione, tuttavia, potrebbe ricavarsi dall'analisi dell'art. 191 TFUE, dove il principio di precauzione è posto accanto al principio "chi inquina paga", come a significare che le conseguenze del danno prodotto non possano – se non in casi eccezionali – gravare sui consociati. Gli interventi da attuare, pertanto, dovrebbero essere il più possibile vicini alla fonte di pericolo⁸⁰.

Analizzando meglio il legame tra i principi summenzionati, infatti, può affermarsi che, abbandonando la via dell'astensione⁸¹ – foriera di una concezione oltranzista ed eccessivamente forte del principio di precauzione – le azioni idonee ad evitare o ridurre al minimo i rischi debbano essere prodotte da parte di colui che risulti deputato al controllo delle fonti di pericolo. Questi sarebbe, infatti, l'unico soggetto in grado di attivare in modo efficace e tempestivo tutte le necessarie cautele preventive.

Considerando poi che il principio di colpevolezza impone di fondare il giudizio su un insieme di elementi scaturenti dal confronto tra i livelli di conoscenza di cui disponeva l'agente al momento del fatto e quelli a (o messi a) disposizione dalle istituzioni o dagli organismi preposti, potrebbe ipotizzarsi l'introduzione – nel campo ambientale – di obblighi di auto-normazione, al pari di quanto avvenuto in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Tenendo ben fermo quanto affermato dalla Commissione UE nella Comunicazione del 2000, ovvero che uno dei presupposti per l'applicazione del principio di precauzione sia il fatto che il rischio, per quanto indeterminato, sia certo, il legislatore italiano potrebbe chiarire il ruolo di tale principio, declinarlo in relazione ai beni giuridici tutelati ed alle reali esigenze degli operatori, insieme ad una compiuta analisi della gestione del rischio.

In tal modo il soggetto agente troverebbe un reale ausilio in uno Stato regolatore che, al fine di esercitare nel migliore dei modi il proprio ruolo dovrebbe – secondo quanto stabilito dalla Commissione Europea – «seguire procedure quanto più possibile trasparenti e coinvolgere, in una fase quanto più possibile precoce, tutte le parti interessate». La democratizzazione nella costruzione delle regole cautelari permetterebbe a soggetti privati chiamati ad agire, di adottare vevoli strategie di autodisciplina e *compliance*⁸² e consentirebbe al giudizio sulla colpevolezza di non divergere sostanzialmente da quello che già attualmente viene compiuto in relazione, ad esempio, ai garanti nel campo della salute e sicurezza sul lavoro.

⁷⁸ Così FORTI, *op. cit.*, p. 185.

⁷⁹ PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, *cit.*, p. 1697.

⁸⁰ Così FORTI, *op. cit.*, p. 193.

⁸¹ Considerando che la propria condotta dovrebbe essere calibrata ad evitare le conseguenze più sfavorevoli e dunque parimenti a ridurre i costi degli interventi di ripristino, l'unica azione da porre in essere sarebbe l'astensione.

⁸² A sottolineare una simile ipotesi è FORTI, *op. cit.*, p. 196.

La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva

Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela

Protection of Victims of Environmental Crimes: the Case-law Ilva

A Point of the Theory of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights

VERONICA MANCA

Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Trento

veronica.manca@unitn.it

DIRITTO ALLA VITA, DIRITTI AMBIENTALI

RIGHT TO LIFE, ENVIRONMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Con il presente contributo, l'autrice intende proporre una sintesi dello stato attuale della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia ambientale: prendendo le mosse dalla nozione di obblighi positivi di tutela si sono analizzati i principali orientamenti interpretativi con cui i giudici hanno esteso la portata del diritto alla vita previsto dall'art. 2 Cedu e del diritto alla riservatezza e alla vita privata di cui all'art. 8 Cedu, per affermare un diritto all'ambiente di matrice convenzionale. La tutela della vittima da reato ambientale offre degli spunti di riflessione interessanti, rispetto alle sue ricadute sul piano interno, in ragione della recente riforma e nella più ampia prospettiva di protezione della persona offesa nel processo penale, sensibilmente ad oggi più rafforzata.

With this paper, the author aims to propose a synthesis of the current state of the Court's Strasbourg case-law on environmental matters: starting with the notion of positive obligations, the author analyses the main interpretative guidelines with which the judges have extended the scope of the right to life under Art. 2 Cedu and the right to privacy under Art. 8 Cedu to assert a conventional environmental right for protection the individual. The protection of the victims of environmental crimes offers a interesting reflection point in relation to its normative implications, due to the recent legislative reform and to the perspective of protecting the victim in the criminal process, which is considerably stronger today.

SOMMARIO

1. Obblighi di tutela convenzionale: diritto alla vita, salute e ambiente salubre. – 1.1. Tutela dei diritti umani mediante il diritto penale. – 2. Diritti fondamentali e ambiente nella giurisprudenza Cedu. – 2.1. Le origini della tutela convenzionale. – 2.2. (Segue) Dal caso Smaltini al ricorso Ilva. – 3. L'influenza delle sollecitazioni sovranazionali nella legge n. 68/2015: ruolo e tutela della vittima nel processo penale. – 4. Conclusioni.

1.

Obblighi di tutela convenzionale: diritto alla vita, salute e ambiente salubre.

La teoria degli obblighi positivi elaborata dalla Corte di Strasburgo in linea con la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca¹ trova la sua massima esemplificazione nell'interpretazione evolutiva dell'art. 2 Cedu in tema di tutela del diritto alla vita e nell'estensione della sua portata (nonché dell'art. 8 Cedu) per la protezione dell'individuo da danni ambientali².

Il diritto alla vita ex art. 2 Cedu ha rappresentato, infatti, il vero banco di prova su cui la Corte ha potuto modulare progressivamente l'intensità e la tipologia degli obblighi derivanti dalla violazione delle disposizioni convenzionali, distinguendo dal contenuto "classico" negativo delle libertà fondamentali in termini di dovere di astensione (*Abwerrecht*) a carico dello Stato³ obblighi a contenuto positivo (*Schutzpflicht*), aventi ad oggetto, non un divieto, bensì la protezione e il godimento del diritto stesso⁴.

In materia di obblighi positivi, la Corte di Strasburgo ha affermato il dovere primario di assicurare all'individuo una adeguata protezione preventiva da aggressioni illegittime da parte degli agenti statali e di qualsiasi terzo (con ciò estendendo la tutela anche a forme di aggressione provenienti da privati)⁵.

Secondo la Corte, un simile dovere si ricava dallo stesso *incipit* della Convenzione, laddove all'art. 1 Cedu si fa ricorso, nella versione inglese della Carta, al termine "secure" o "tutelare" e discende dalla stessa esigenza di rendere effettiva, e non meramente declaratoria, la protezione garantita dalla Corte⁶. Sulla base di ciò, tra gli obblighi positivi, la dottrina è solita individuare un *livello primario* di tutela quale dovere a carico dello Stato di conformare il proprio ordinamento giuridico in maniera tale da dissuadere i consociati dalla commissione di reati contro la vita, attraverso la predisposizione di un quadro legislativo ed amministrativo (*legal framework*) finalizzato a prevenire le violazioni della Convenzione, e un *livello secondario* quale dovere delle autorità pubblica di prevenire nel caso concreto la violazione (nel caso del diritto alla vita, il dovere da parte dell'autorità di polizia di prevenire nel singolo caso le aggressioni al bene vita in pericolo)⁷.

Agli obblighi sin qui esaminati, che vengono definiti anche sostanziali o di prevenzione, si uniscono i cosiddetti obblighi procedurali, destinati ad operare *ex post*, a lesione del diritto fondamentale avvenuta: tali obblighi impongono allo Stato e alle autorità pubbliche, di polizia e giudiziarie, di svolgere delle indagini effettive per l'accertamento dei fatti, l'identificazione dei responsabili e la riparazione alle vittime⁸; inchiesta che non necessariamente deve concretizzarsi nell'esercizio penale, potendo (in astratto) ritenersi sufficiente anche il ricorso al diritto civile, amministrativo o disciplinare, purché la via prevista abbia le caratteristiche di un

¹ Sul tema, A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Vedi anche F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 ss.; Id., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2645 ss.

² Così V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012, 3 ss., nonché A. STRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Tra diritto al rispetto della vita privata e diritto alla vita*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, 2011, n. 1, 5-34.

³ In questo senso, A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, cit., 221.

⁴ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 7, Belgium, 2007, 7 ss.

⁵ Vedi, sul punto, il caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, sent. 24 marzo 2011, ripreso da F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 255; Id., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giurisprudenza di merito*, supplement. vol. XL – dicembre 2008, n. 12, 84.

⁶ Vedi, per tutti, C. FENTON-GLYNN, *European Case Law Update*, in *International Family Journal*, n. 3, 2016, 269-274.

⁷ Così F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 249.

⁸ In tal senso, vedi caso *Calvelli e Giglio c. Italia*, sent. 17 gennaio 2002, § 51 e *Mastromatteo c. Italia*, sent. 24 ottobre 2002, §§ 90, 94-95.

“sistema giudiziario efficace”, secondo i canoni dell’art. 6 Cedu⁹.

L’esigenza di rendere effettive le inchieste delle violazioni dei diritti fondamentali rispecchia il portato del diritto della vittima e dei suoi familiari ad ottenere un ristoro per i danni subiti, previo accertamento dei fatti ed individuazione dei responsabili. Il potenziamento del ruolo della vittima e il diverso punto di vista della tutela convenzionale, rispetto al diritto penale interno, ha portato progressivamente la Corte ad orientarsi verso l’individuazione di specifici obblighi positivi di tutela penale, quali unici strumenti, ritenuti più efficaci e dissuasivi, per una migliore protezione della vittima¹⁰.

1.1. Tutela dei diritti umani mediante il diritto penale.

Con la pronuncia *Bartasaghi Gallo e altri c. Italia*¹¹, la Corte di Strasburgo, oltre a ribadire quanto già affermato in precedenza nel caso *Cestaro* in tema di tortura¹², cristallizza la propria posizione in merito alla sua competenza diretta nell’individuare un obbligo positivo di incriminazione, sotto il profilo procedurale dell’art. 3 Cedu: l’assenza del reato di tortura nel quadro giuridico dell’ordinamento penale italiano rappresenta, secondo la Corte, una violazione dell’art. 3 Cedu, dato che tale carenza avrebbe impedito alle vittime di ottenere un adeguato ristoro rispetto ai fatti subiti (in termini di accertamento dei fatti e punizione dei responsabili,

⁹ V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 8.

¹⁰ Sul tema, F. KLUG, *Human rights and victims*, in *Reconcilable rights? Analyzing the tensions between victims and defendants*, London, 2004, 8 ss.; B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2007, 74-784; J. DOAK, *Victims’ Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, Oxford-Portland, Oregon, 39 ss.; P. LONDONO, *Positive Obligations, Criminal Procedure and Rape Cases*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 2, 2007, 159 ss.

¹¹ Vedi il caso *Bartasaghi Gallo e altri c. Italia*, sent. 22 giugno 2017, con nota di F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell’Italia a Strasburgo, mentre prosegue l’iter parlamentare per l’introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017. A completare il quadro degli obblighi positivi imposti al legislatore si inserisce, infatti, anche il dovere di incriminazione: perché il diritto fondamentale sia pienamente tutelato, lo Stato deve astenersi da qualsiasi condotta lesiva diretta, impedendo che si realizzino lesioni anche da parte di terzi; sul piano riparatorio deve inoltre assicurare un sistema di rimedi efficaci ed effettivi che siano idonei alla ricostruzione dei fatti, identificazione dei responsabili e all’individuazione di un ristoro per le vittime. Ogni Stato è inoltre libero di tutelare i diritti convenzionali con gli strumenti che ritiene opportuni, ma la tutela apprestata deve risultare efficace ed adeguata agli scopi di repressione e riparazione (Vedi *Labita c. Italia*, sent. 19 marzo 2013; *Shchukin e altri c. Cipro*, sent. 29 luglio 2010). A fronte di gravi violazioni dei diritti fondamentali, solo il ricorso alla sanzione penale può soddisfare gli standard garantistici della Convenzione: attraverso tali argomentazioni, la Corte di Strasburgo si è determinata nel condannare lo Stato resistente per non aver previsto l’incriminazione del fatto; ovvero per aver previsto cause di giustificazione o non punibilità troppo ampi; oppure ancora per aver concretamente eseguito una pena non proporzionata alla gravità della lesione. Con il caso *Siliadin c. Francia*, sent. 26 luglio 2005, i giudici europei hanno condannato la Francia per la mancata idonea incriminazione delle condotte vietate dall’art. 4 Cedu. Nel caso di specie, una ragazza togolese era stata assunta come domestica in Francia da due connazionali. Questi avevano limitato le sue possibilità di circolazione ritirandole il passaporto e l’avevano costretta a condizioni di vita e ritmi di lavoro massacranti e non retribuiti. Davanti ai giudici nazionali non si era, però, giunti ad una condanna dei responsabili, in quanto non esistevano fattispecie penali in grado di sussumere i loro comportamenti: “The Court notes that slavery and servitude are not as such classified as offences under French criminal law. [...] The Court observes that, in the instant case, the applicant, who was subjected to treatment contrary to Article 4 and held in servitude, was not able to see those responsible for the wrongdoing convicted under the criminal law. [...] In those circumstances, the Court considers that the criminal-law legislation in force at the material time did not afford the applicant, a minor, practical and effective protection against the actions of which she was a victim. [...] It emphasises that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies” (§§ 141, 145 e 148). Per un riferimento in dottrina, vedi F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano*, cit., 85; A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014.

¹² Le sollecitazioni sovranazionali hanno dato seguito ad un intervento legislativo “a rime obbligate” (legge 14 luglio 2017, n. 110), che ha portato, di recente, all’introduzione del delitto di tortura, ai sensi dell’art. 613-bis c.p., secondo cui: “Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall’esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti. Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà. Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell’ergastolo”. Con il medesimo testo, si è introdotto il delitto di *Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*, all’art. 613-ter c.p., per cui: “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un servizio il quale, nell’esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l’istigazione non è accolta ovvero se l’istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”. Si è inciso, anche, sul piano processuale con l’aggiunta del comma 2-bis dell’art. 191 c.p.p. in tema di inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute secondo le modalità di cui all’art. 613-bis c.p.: il legislatore ha delineato una duplice ipotesi di inutilizzabilità, assoluta nei confronti di chi viene sottoposto a tali procedure, relativa per gli indagati/imputati dei delitti di tortura ed istigazione, con il limite inoltre di essere strettamente vincolate al fine di provarne la responsabilità. Importanti modifiche si sono apportate anche al T.U. imm. (legge n. 286/1998) e in materia di immunità ed estradizione.

data la scure della prescrizione e della previsione di pene irrisorie e dalla mancata apertura di procedimenti disciplinari effettivi a carico dei responsabili)¹³.

Le decisioni *Cestaro* e *Bartasaghi Gallo* aggiungono un importante tassello alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di obblighi di tutela penale. Se è vero che in passato la Corte non si è mai pronunciata apertamente con un'indicazione di dovere di penalizzazione (soffermandosi piuttosto sui divieti di depenalizzazione o interpretando in maniera più restrittiva determinate cause di giustificazione)¹⁴, ad oggi si può affermare che esista un vero e proprio "dovere di punire" di matrice convenzionale¹⁵, che esautora di fatto il legislatore nazionale delle proprie scelte di politica criminale sia nell'*an* sia nel *quomodo*¹⁶.

La tutela della vittima¹⁷ è l'elemento che fonda l'obbligo penalizzazione di matrice convenzionale e che porta con sé una profonda trasformazione del diritto penale interno, con un radicale mutamento del suo ruolo di ultima *ratio*¹⁸.

2. Diritti fondamentali e ambiente nella giurisprudenza Cedu.

L'interrelazione tra ambiente e tutela dei diritti umani è stata evidenziata dalla Corte di Strasburgo, in un primo momento, tramite il meccanismo di protezione *par ricochet*¹⁹, riconoscendo e tutelando l'ambiente sotto il profilo del rispetto del domicilio²⁰, della vita provata e familiare²¹ e della vita²², successivamente, attraverso l'elaborazione di una *giurisprudenza am-*

¹³ Vedi A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto internazionale generale*, in *La Comunità Internazionale*, fasc. 2/2005, 272 ss.; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, *ivi*, 27 aprile 2015.

¹⁴ Sul punto, vedi S. MANACORDA, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1364 ss.

¹⁵ Sul tema, D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1613 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 255 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 386 ss.; F. TULKENS, *The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9(3), 577 ss.; D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in RSC, 2011, 575 ss.; G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT, *Devoir de Punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, 2013; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Criminal law and human rights*, in S. Body-Gendrot, M. Hough, K. Kerezi, R. Lévy and S. Snacken (Eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*, New York, 2014, 91 ss.

¹⁶ S. MANACORDA, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, cit., 1396.

¹⁷ Per tutti, vedi M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 86 ss., nonché M. CHIAVARIO, *La vittima del reato e la Convenzione europea dei diritti*, in *La vittima del reato questa dimenticata*, Roma, 2001, 106 ss.; ID., *Il diritto al processo delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1 ss.; S. QUATTROCCO, *La Corte europea fa il punto sullo status di vittima*, in *Leg. pen.*, 2008, 158 ss.

¹⁸ Sul punto, S. MANACORDA, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, cit., 1364 ss.; A. M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 107 ss.

¹⁹ Meccanismo di origine pretoria, che ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere la protezione di determinati diritti già garantiti dalla Cedu ad altri non espressamente previsti, è stato ripreso anche con riguardo al tema dell'inquinamento ambientale, per cui si è assistito ad una progressiva estensione dei diritti soggettivi (domicilio, riservatezza e vita privata e vita) al diritto dell'ambiente. Cfr., sul punto, V. ESPOSITO, *Danno ambientale e diritti umani*, cit., 4. Sulla giurisprudenza convenzionale in materia ambientale, vedi V. STARACE, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, 259 ss.; L. WILDHABER, J. DARCY, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2006, 1183; S. NEGRI, *Interpreting the European Convention on Human Rights in Harmony with International Law and Jurisprudence: what Lessons from Ocalan Vs Turkey*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, New York, 2005, 243 ss.; A. GALINSOGA, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 2, 2007, 1501 ss.

²⁰ Sul punto, vedi l'art. 8 Cedu, il quale al c. 1 garantisce ad ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. La nozione di domicilio ha assunto, secondo l'interpretazione della Corte, una portata estensiva tanto che il domicilio non è da intendersi limitato esclusivamente all'abitazione, intesa in senso materiale, ma anche al diritto dell'individuo di godere pacificamente della stessa senza interferenze che comportino un'alterazione del suo benessere psicofisico. Sul punto, vedi il caso *Moreno Gomez c. Spagna*, sent. 16 novembre 2002; in tal senso, anche *Hutton e altri c. Regno Unito*, sent. 26 agosto 1997; *Powell e Rayner c. Regno Unito*, sent. 21 febbraio 1990; *Guerra e altri c. Italia*, sent. 19 febbraio 1998.

²¹ Con riguardo alla riservatezza e alla vita privata, la Corte ha progressivamente elaborato una definizione di vita privata che si snoda lungo quattro direttrici fondamentali: 1) il diritto alla vita privata personale; 2) il diritto alla vita privata di relazione; 3) il diritto allo sviluppo della propria personalità; 4) il diritto di vivere in un ambiente sano. Sul punto, v. caso *Hadri-Vinnet c. Svizzera*, sent. 14 febbraio 2008; *Pretty c. Regno Unito*, sent. 29 aprile 2002.

²² Si veda, *supra*, 3. Con riguardo all'art. 2 Cedu, emblematici sono i casi di disastro ambientale ed inquinamento industriale, come *Lopez Ostra c. Spagna*, sent. 9 dicembre 1994; *Öneryildiz c. Turchia*, sent. 30 novembre 2004; *Taskin e altri c. Turchia*, sent. 10 novembre 2004; *Fadeyeva c. Russia*, sent. 9 giugno 2005; *Giacomelli c. Italia*, sent. 2 novembre 2006; *Martinez Martinez e Maria Pino Manzano c. Spagna*, sent. 3 luglio 2012; *Tatar c. Romania*, sent. 27 gennaio 2009; *Mangouras c. Spagna*, sent. 8 gennaio 2009; *Di Sarno e altri c. Italia*, sent. 10 gennaio 2012.

*bientale*²³ in grado di evolvere e trasformare la Convenzione europea in uno “strumento assolutamente vivente da interpretare alla luce delle concezioni prevalenti nella società”²⁴.

L'ambiente diviene, quindi, un valore della società²⁵, che giustifica una limitazione di altri diritti riconosciuti dalla Convenzione e che richiede interventi positivi da parte dello Stato per la sua protezione: nel caso *Marckx c. Belgio* del 1979, la Corte applica, infatti, lo strumento dell'obbligo positivo (a carico dello Stato), a cui ricorre per rendere effettivi i diritti garantiti dalla Convenzione, statuendo come lo Stato non possa rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma che sia tenuto ad adottare le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti umani riconosciuti²⁶.

In altri termini, pur non assumendo un rilievo autonomo, la protezione dell'ambiente si è affermata come un nuovo valore in grado di contribuire ad un più equilibrato bilanciamento tra l'esercizio dei diritti umani espressamente riconosciuti dalla Convenzione e il principio generale del rispetto dell'individuo, cui l'intero sistema di garanzia Cedu è orientato.

Il percorso seguito dai giudici di Strasburgo ricalca sostanzialmente il dibattito interno della giurisprudenza costituzionale che, sulla base di una creativa interpretazione del combinato disposto degli artt. 32, 9 e 2 Cost., ha garantito una fonte di tutela al c.d. diritto ad un ambiente salubre²⁷. Anche in questo caso l'ambiente non è oggetto immediato di tutela, ma viene in considerazione indirettamente quale mezzo per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo: il diritto dell'ambiente salubre rappresenta, infatti, una rielaborazione ermeneutica di diritti già esistenti in una prospettiva ambientalista, senza per questo poter essere confuso con il diritto all'ambiente in senso stretto quale diritto all'integrità dell'ambiente *tout-court*, la cui configurabilità è ancora dubbia²⁸.

2.1. *Le origini della tutela convenzionale.*

L'obbligo positivo che incombe sullo Stato di assicurare un ambiente salubre viene affermato dalla Corte di Strasburgo, per la prima volta, nel caso *Powell e Rayner c. Regno Unito*,

²³ A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2/2013, 129.

²⁴ A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo*, cit., 129.

²⁵ A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo*, cit., 129.

²⁶ C. eur. dir. uomo, *Marckx c. Belgio*, sent. 13 giugno 1979, § 31, in cui la Corte di Strasburgo, superando la classica distinzione tra libertà fondamentali in termini di astensione da parte dello Stato, rielabora la teoria degli effetti giuridici dei diritti fondamentali, di matrice tedesca in relazione agli obblighi positivi di fare, tipiche dello Stato sociale e solidale. Nel caso *Airey c. Irlanda* (sent. 9 ottobre 1979), la Corte torna nuovamente a ribadire come gli Stati si siano impegnati ad un obbligo di risultato, dato che lo scopo della stessa non è quello di proteggere diritti teorici o illusori, ma effettivi e concreti. La portata dei diritti è stata estesa fino a farne derivare una rilevanza anche nei rapporti tra i privati (secondo la nota teoria tedesca della *Drittwirkung*, secondo cui i diritti fondamentali devono essere rispettati sia dai poteri pubblici che dai privati nei confronti di altri privati. Per tutti, caso *X e Y c. Olanda* (sent. 26 marzo 1985), in cui i giudici hanno affermato che gli obblighi positivi concernenti l'art. 8 Cedu possono implicare l'adozione di misure miranti al rispetto della vita privata sino alle relazioni degli individui tra loro.

²⁷ Vedi, sul punto N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, in *Dir. e gest. dell'amb.*, 2001, 2 ss., nonché M. DE SALVIA, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 2.

²⁸ Così A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali "filoni" della Corte di Strasburgo*, cit., 129.

sent. del 21 febbraio 1990²⁹, concernente un'ipotesi di inquinamento acustico causato dall'eccessiva prossimità dell'aeroporto di Heathrow rispetto alle abitazioni private. In tale occasione, i giudici affrontano il caso sia sotto il profilo degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 Cedu (in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare), sia sotto il profilo negativo (in termini di astensione dall'ingerenza da parte dell'autorità pubblica), ribadendo il principio secondo cui le autorità nazionali sono tenute a bilanciare gli interessi dei singoli individui con i bisogni e le esigenze della collettività³⁰.

Nonostante l'affermazione del riconoscimento del diritto ad un ambiente salubre quale corollario implicito del diritto al godimento della vita privata, la tutela dell'individuo degrada a interesse privato passibile di bilanciamento: il diritto individuale ad un ambiente salubre e sostenibile non è, infatti, assoluto, essendo sottoposto a limiti e necessità collettive, che sono ugualmente meritevoli di tutela in ragione del c. 2 dell'art. 8 Cedu, secondo cui lo Stato gode di un margine di discrezionalità nel limitare il godimento della vita privata degli individui nei limiti e nei modi previsti dalla legge e sempre che l'ingerenza dell'autorità pubblica "costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

Margine di apprezzamento che, secondo la Corte, è, in ogni caso, limitato nell'esercizio di attività pericolose, come la gestione e lo smaltimento dei rifiuti: nel caso *Di Sarno e altri c. Italia*, si afferma come incomba in capo allo Stato un obbligo positivo di adottare misure ragionevoli e appropriate che tutelino il diritto delle parti interessate al rispetto della loro *privacy* e, più in generale, al godimento di un ambiente sano e protetto. Si riduce, quindi, il margine di discrezionalità dello Stato nelle scelte di intervento per adempiere agli obblighi positivi previsto al c. 2 dell'art. 8 Cedu³¹.

Sotto l'alveo di tutela dell'art. 8 Cedu, la Corte riconduce ipotesi di lesioni, che, a prescindere dalle ripercussioni sulla salute, possono incidere sul benessere della persona e sul godimento del suo domicilio, arrecando, di conseguenza, un nocumento alla vita privata e familiare: a partire, infatti, dai casi *Lopez Ostra c. Spagna*, sent. 6 dicembre 1994, e *Guerra e altri c. Italia*, sent. 19 febbraio 1998, si riconosce un diritto inviolabile ad un ambiente salubre,

²⁹ In tema A.W. REITZE JR., *Environmental Policy – It is time for a New Beginning*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 1989, 111 ss.; E. REHBINDER, *States between Economic Deregulation and Environmental Responsibility*, in K. Bosselmann-B.J. Richardson, *Environmental Justice and Market Mechanisms: Key Challenges for Environmental Law and Policy*, Alphen aan den Rijn Law Int., 1999. La prima occasione in cui la Corte di Strasburgo si è pronunciata in materia ambientale risale, in realtà, al caso *Arrondelle c. Regno Unito*, sent. 15 luglio 1980. La vicenda ebbe origine dal ricorso della proprietaria di una villetta alla periferia di Londra denominata "Gable Cottage" a causa dell'eccessivo rumore provocato sia dal continuo sorvolo di aeroplani nel vicino aeroporto di Gatwick, sia dal traffico automobilistico di una strada a servizio dell'aeroporto costruita a ridosso della sua abitazione. Nello specifico, la ricorrente sosteneva che la situazione fosse tale da ledere il proprio diritto alla vita privata e familiare a risiedere presso il Gable Cottage, lamentando, altresì, una violazione del proprio diritto al rispetto della proprietà privata – sancito dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione medesima – in quanto a causa della suddetta situazione l'immobile di sua proprietà aveva subito una drastica diminuzione di valore. Con decisione del 15 luglio 1980, il ricorso venne dichiarato ricevibile dalla Commissione, ma la controversia si chiuse senza alcuna pronuncia nel merito, stante il raggiungimento di un accordo tra le parti in causa, in virtù del quale la ricorrente accettò di ricevere da parte del governo inglese la somma di 7500 sterline in cambio del riconoscimento che tale importo veniva versato a titolo meramente "grazioso" e che nessuna violazione della Convenzione poteva essere addebitata al Regno Unito. Sull'esempio del caso *Arrondelle* furono presentati due diversi ricorsi presso la Commissione di Strasburgo, sempre contro il Regno Unito, nei casi *Baggs* e *Powell-Rayner*. Nel caso *Baggs* il ricorrente era proprietario di un immobile sito nel villaggio di Wood View, nelle immediate vicinanze dell'aeroporto di Heathrow, in una zona sorvolata continuamente, giorno e notte, rientrando in zona 72,5 dell'allora vigente Noise and Number Index (tabelle sull'inquinamento acustico inglese), dove era impossibile ottenere permessi di costruzione. Con la seconda controversia i signori Powell e Rayner denunciarono il Regno Unito sostanzialmente per gli stessi motivi dei casi precedenti. Nella fase di esame preliminare, la Commissione, pur ritenendo i forti rumori e le intense vibrazioni generate dal traffico aereo sicuramente idonee a concretare una violazione dell'art. 8 Cedu, non condannò il Regno Unito: da una valutazione comparata degli interessi contrapposti, considerando la scelta dei ricorrenti di acquistare casa nei pressi dell'aeroporto quando esso era, di fatto, già in attività, nonché l'adozione da parte delle autorità inglesi di numerose misure volte a limitare quanto più possibile i livelli di rumore del traffico aereo, ne scaturiva una situazione complessivamente non sufficiente ad integrare una violazione dell'art. 8 Cedu. Per un approfondimento, vedi, per tutti, V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 7-8.

³⁰ In senso analogo, v. caso *Hatton c. Regno Unito*, cit.

³¹ Per un commento, vedi, per tutti, V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 7 ss.

privo di inquinamento e rispettoso dalla salute³².

Con tali pronunce, si afferma, quindi, per la prima volta, l'esistenza di un obbligo positivo di fare a carico dello Stato, che non risulta più solo tenuto ad adottare misure idonee a far cessare o ridurre l'inquinamento, ma anche a fornire alla popolazione interessata le rilevanti informazioni sui gravi rischi a cui viene esposta per effetto della vicinanza alla fonte di pericolo³³.

L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale porta ad un ulteriore fondamentale passaggio: ipotesi di gravi attentati all'ambiente possono integrare la violazione, non tanto dell'art. 8 Cedu, quanto dell'art. 2 Cedu nella misura in cui siano di una portata tale da cagionare danni alla salute o di mettere in pericolo la vita delle persone interessate³⁴.

Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Öneryıldız c. Turchia*, sentenza della Grande Camera del 20 novembre 2004, in cui la Corte di Strasburgo ricorre all'art. 2 Cedu per affermare la protezione del diritto alla vita in relazione ad una situazione di inquinamento ambientale. Con tale decisione, la Corte estende al diritto ambientale la propria giurisprudenza pregressa elaborata in relazione all'obbligo positivo a carico dello Stato di prendere tutte le misure necessarie per proteggere la vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. Secondo la Corte, inoltre, "tale obbligo deve essere interpretato come valevole nel contesto di tutte le attività pubbliche o non, suscettibili di costituire un pericolo per il diritto alla vita, a fortiori

³² Nel caso *Lopez-Ostra c. Spagna*, la Corte di Strasburgo giunse, invece, a condannare, per la prima volta, in via definitiva, uno Stato per avere violato l'art. 8 Cedu a causa di una lesione ambientale: la vicenda riguardava le emissioni di uno stabilimento per il trattamento dei rifiuti liquidi e solidi di numerose aziende conciarie, costruito con sussidi statali e situato nella città di Lorca, in Spagna, ad appena pochi metri di distanza dal domicilio della famiglia Lopez-Ostra. Sin dal suo avvio, a causa di una serie di malfunzionamenti, lo stabilimento cominciò a diffondere nell'aria sostanze chimiche inquinanti, gas e fumi nocivi oltre ad odori insopportabili, tali da causare pressoché immediatamente diffusi problemi di salute agli abitanti della zona limitrofa ed indurre il sindaco della città di Lorca ad emettere un provvedimento di evacuazione della popolazione residente nelle vicinanze dello stabilimento, della durata di tre mesi, offrendo loro, nel contempo, un alloggio in un'altra zona della città. Trascorso tale periodo, il perdurare di denunce contro lo stabilimento convinse le autorità locali ad imporne, ma solo parzialmente, l'interruzione delle attività. Insoddisfatta di tale esito, la ricorrente Lopez-Ostra si rivolse alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, lamentandosi dell'inerzia delle autorità comunali di Lorca, che avrebbe costituito una violazione del diritto al rispetto del domicilio e che, inoltre, la situazione cui era stata sottoposta avrebbe integrato un trattamento inumano e degradante, sanzionato dall'art. 3 Cedu. La Commissione dichiarò il ricorso ammissibile, esprimendo, inoltre all'unanimità, in un rapporto parere che nel caso specifico vi fosse stata un'effettiva violazione dell'art. 8 Cedu, respingendo, tuttavia, l'asserita violazione anche dell'art. 3. Il caso passò, quindi, all'esame della Corte, la quale, dopo aver preso visione dei rapporti e dei pareri medici presentati dalla parti in causa ed aver constatato l'esistenza di un effettivo pericolo per la salute delle persone che vivevano nei dintorni, esaminò le complesse questioni poste dall'applicazione dell'art. 8 Cedu. La Corte riconobbe, quindi, esplicitamente l'esistenza di un nesso diretto tra la produzione di un serio danno ambientale e la possibile lesione di diritti fondamentali dell'individuo.

³³ Un'altra interessante applicazione dell'art. 8 Cedu si ebbe con il caso *Hatton e altri c. Regno Unito*, rispetto al quale un gruppo di residenti nelle vicinanze dell'aeroporto londinese di Heatrow denunciarono una violazione da parte del Regno Unito dell'art. 8 Cedu in ragione dell'asserita lesione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare dovuta al considerevole aumento del livello di inquinamento acustico da essi patito a causa dei voli notturni, divenuti consentiti a seguito dell'introduzione, nel 1993, di nuove disposizioni regolamentari. In tale pronuncia, i giudici, oltre a richiamare le citate massime di cui ai precedenti casi *Lopez-Ostra c. Spagna* e *Guerra c. Italia*, si soffermarono sulle condizioni per valutare la legittimità dell'ingerenza delle autorità pubbliche nell'esercizio dei diritti tutelati dal medesimo art. 8 Cedu. La Corte ritenne che nel caso *Hatton*, pur con le proprie specificità, fosse applicabile il principio dell'equo bilanciamento tra i diritti dei singoli e gli interessi della comunità ed il criterio del margine di apprezzamento concesso agli Stati nel determinare le misure da adottare per garantire il rispetto del dettato della Convenzione. Se, però, il *modus operandi* fu analogo a quello adottato con la sentenza *Powell e Rayner*, le conclusioni cui giunse la Corte furono diametralmente opposte. Essa, infatti, ritenne che per valutare il rispetto dell'equo bilanciamento occorresse valutare ogni elemento concreto della situazione materiale e che ogniquale fosse coinvolta la tutela ambientale, il semplice riferimento al benessere economico degli Stati non potesse essere autonomamente sufficiente a permettere la limitazione dei diritti dei singoli. Inoltre, dalle prove raccolte nel corso del processo, risultò evidente che l'aumento del rumore notturno fosse fonte di notevoli disturbi al sonno della popolazione residente nelle zone limitrofe l'aeroporto e che le autorità pubbliche britanniche avevano adottato la normativa del 1993 senza effettuare adeguati studi in proposito. La Corte concluse, quindi, per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e del domicilio dei ricorrenti da parte del Regno Unito.

³⁴ Un ulteriore passo in avanti nell'interpretazione evolutiva della Corte Edu si ebbe, poco dopo, con la sentenza resa nel caso *Giacomelli c. Italia*. La vicenda riguardava il ricorso proposto da una cittadina residente nei sobborghi di Brescia, con in cui si denunciava una violazione dell'art. 8 Cedu a causa di intollerabili rumori ed emissioni nocive provenienti da un vicino stabilimento per il trattamento e la trasformazione di rifiuti speciali, avviato in virtù di un provvedimento amministrativo di autorizzazione reso in assenza della prescritta valutazione di impatto e, sotto altri profili, non conforme alla normativa ambientale italiana.

per le attività industriali, pericolose per natura”³⁵.

Sotto il profilo sostanziale, l’obbligo positivo impone allo Stato “il dovere primordiale”³⁶ di dotarsi di un quadro legislativo ed amministrativo funzionale ad una prevenzione efficace e avente “un’idoneità dissuasiva a mettere in pericolo il diritto alla vita”³⁷: tale obbligo trova quindi applicazione anche nel settore specifico delle attività pericolose, le quali necessitano di un’apposita regolamentazione, che tenga conto degli interessi in gioco e del livello di rischio compatibile con la tutela degli interessi privati³⁸. La Corte aggiunge, inoltre, come la regolamentazione legislativa/amministrativa idonea alla gestione del rischio ambientale dovrebbe, da un lato, disciplinare l’autorizzazione, il funzionamento, lo sfruttamento, la sicurezza ed il controllo delle attività e, dall’altro, imporre a tutte le persone coinvolte, l’adozione di misure di ordine pratico, idonee ad assicurare la protezione effettiva delle persone la cui vita rischia di essere esposta ai rischi tipici delle attività pericolose. Secondo la Corte il profilo sostanziale si incentra nell’individuazione di un modello organizzativo di prevenzione dei reati ambientali, secondo i principi propri della *corporate governance* e, in un successivo momento (solo eventuale), nella valutazione dei fatti che hanno dato origine a disfunzioni o cedimenti, con l’attivazione di controlli e procedure dirette all’accertamento di responsabilità a carico delle persone coinvolte.

Il profilo processuale si sostanzia, infatti, nell’obbligo di prevedere un’inchiesta efficace, atteso che “quando si verifica la morte di un uomo in circostanze suscettibili di coinvolgere la responsabilità dello Stato, l’art. 2 della Convenzione comporta il dovere dello stesso Stato di assicurare, con tutti i mezzi di cui dispone, una reazione adeguata – giudiziaria o di altra natura – perché il quadro legislativo e amministrativo instaurato al fine della protezione della vita, sia effettivamente messo in opera e, se del caso, le violazioni del diritto in discussione siano represses e sanzionate”³⁹.

Il sistema accusatorio delineato dalla Corte di Strasburgo per le reazioni alle più gravi violazioni ambientali si fonda, pertanto, su due capisaldi: nella previsione (in termini di prevenzione) di un modello organizzativo regolamentato legislativamente e gestito secondo i principi della pubblica amministrazione e nell’obbligo di incriminazione e nell’esercizio dell’azione penale (in termini successivi di accertamento della responsabilità).

2.2. (Segue) Dal caso *Smaltini* al ricorso *Ilva*.

Una svolta fondamentale, nell’evoluzione giurisprudenziale della Corte, si è segnata, di recente, nel caso *Smaltini c. Italia*: pur essendosi pronunciata con sentenza di rigetto del 24 marzo 2015⁴⁰, dichiarando manifestamente infondata la questione sollevata dalla ricorrente, la Corte è tornata nuovamente ad occuparsi sulla teoria generale degli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita, così come enunciata in precedenza nel caso *Öneriyildiz*.

³⁵ La vicenda trae origine da un evento catastrofico verificatosi in un sobborgo di Istanbul, dove un’esplosione all’interno di una discarica non autorizzata e sprovvista di qualsiasi sistema di sicurezza, causò la morte di oltre venti persone che risiedevano in costruzioni di fortuna, ugualmente non autorizzate, in una zona limitrofa alla medesima discarica. Un familiare delle vittime, reputando insoddisfacenti i rimedi in concreto offerti dal sistema giudiziario turco per il ristoro morale e materiale della perdita dei propri cari, si rivolse alla Corte di Strasburgo, ritenendo che la condotta delle autorità locali fosse sfociata in una violazione degli artt. 2 e 13 Cedu, nonché dell’articolo 1 del Primo Protocollo addizionale. La denuncia venne accolta integralmente già in sede di prima istanza dalla Corte e, successivamente, confermata dalla Grande Camera. Nello specifico, i giudici ritennero che le autorità turche fossero responsabili di non aver tempestivamente preso misure legislative, amministrative ed informative idonee a mettere in sicurezza la discarica – la cui estrema pericolosità era ben nota alle autorità ministeriali, in quanto ripetutamente denunciata da altre emanazioni del governo locale – e, conseguenzialmente, colpevoli di non avere tutelato la vita e la proprietà delle persone che notoriamente risiedevano nei suoi pressi. Sotto altro profilo, la Corte sottolineò, come l’ambito di tutela accordata dall’art. 2 Cedu si estenda anche agli obblighi procedurali, richiedendo la previsione di efficaci misure investigative e sanzionatorie dei responsabili dell’evento lesivo; e la sufficienza di tali misure, precisò la Corte, deve essere valutata non solo in via teorica ma anche in concreto, avendo riguardo alla specifica situazione in esame. Nella specie, infatti, pur ritrovandosi nella legislazione turca riferimenti giuridici sufficienti a soddisfare le condizioni suseposte, essi non erano stati in pratica posti in essere, tanto che nessun pubblico ufficiale fu ritenuto responsabile per le morti causate dall’esplosione nella discarica. Nel caso di specie venne riscontrata, inoltre, anche una violazione dell’art. 13 Cedu, in quanto il successivo giudizio civile avviato dai familiari di alcune vittime, volto ad ottenere un ristoro economico, pur essendosi concluso dopo quasi quattro anni con il riconoscimento di un risibile indennizzo, non venne, di fatto, mai portato ad esecuzione, così rendendo del tutto inutili le azioni giudiziarie avviate.

³⁶ Per un commento, vedi, per tutti, V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 8-9.

³⁷ Per un commento, vedi, per tutti, V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 9.

³⁸ V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 10.

³⁹ V. ESPOSITO, *Diritto ambientale e diritti umani*, cit., 10.

⁴⁰ Vedi caso *Smaltini c. Italia*, sent. 24 marzo 2015.

Anche nel caso Smaltini, la Corte ricorda che, sul versante sostanziale, lo Stato è tenuto a predisporre, al fine di prevenire le violazioni del diritto alla vita, un quadro legislativo e amministrativo progettato per fornire un deterrente efficace contro le minacce ed, in particolare, deve prevedere (i) la regolamentazione della concessione di licenze, l'istituzione, il funzionamento, la messa in sicurezza ed il controllo delle attività industriali in cui vanno prese in considerazioni le peculiarità dell'attività ed il livello di rischio potenziale causato dalle stesse per la vita; (ii) l'adozione di misure concrete per garantire l'effettiva tutela dei soggetti la cui vita potrebbe essere messa in pericolo dai rischi insiti nello svolgimento delle attività industriali; (iii) la previsione di appropriate procedure per identificare in tempi rapidi le responsabilità dei processi e gli errori commessi; (iv) la necessità di garantire il diritto di informazione del pubblico sui rischi per la propria salute scaturenti dalle attività industriali⁴¹.

In ragione dei principi delineati, sembra emergere una presa di posizione sufficientemente chiara e precisa da parte della Corte di Strasburgo in merito alla riconducibilità di una forma di responsabilità in capo allo Stato per violazione del diritto alla vita sotto il profilo sostanziale nei casi di mancata adozione di misure di prevenzione. Sul punto, si distingue due ipotesi a seconda che la conoscenza scientifica correlata alle conseguenze dannose per la salute delle persone da esposizione a fonti di rischio sia fondata, conosciuta o, quanto meno conoscibile, da parte dello Stato oppure sia incerta sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili.

Con riguardo alla prima ipotesi, la Corte di Strasburgo ritiene responsabile lo Stato per violazione del diritto alla vita, sotto il profilo sostanziale, nella misura in cui, pur conoscendo o avendo potuto conoscere sulla base di studi scientifici a disposizione il pericolo per la salute dell'uomo da emissioni nocive connesse ad attività pericolose, abbia ommesso di adottare misure preventive: in altre parole, lo Stato "ha il dovere di alimentare il proprio sapere scientifico sui rapporti tra emissioni di date attività industriali rientranti nella propria giurisdizione ed il pregiudizio per la salute e il benessere delle persone e, sulla base delle acquisite conoscenze scientifiche oggettive a disposizione, deve predisporre efficaci misure a protezione del diritto alla vita"⁴².

Anche in relazione alla seconda ipotesi, secondo la Corte residua ugualmente in capo allo Stato una forma di responsabilità in termini di omessa informazione e di analisi preliminare dei rischi effettivi e potenziali: così la Corte si è pronunciata nel caso *Tătar c. Romania*, sent. del 27 gennaio 2009, in cui si è addebitata allo Stato la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti in ragione del fatto che le autorità pubbliche non avevano compiuto studi adeguati per valutare e prevenire gli effetti di una attività pericolosa incidente sui diritti degli individui.

In tali casi, il parametro di riferimento più adeguato non sembra l'art. 2 Cedu (a cui la Corte ricorre in ipotesi di gravi violazioni dei diritti umani, il cui onere della prova risulta altresì più stringente), bensì l'art. 8 Cedu, il quale, come già si è detto in precedenza, funge da parametro sussidiario per fornire forme di tutela a lesioni meno gravi, ma che comunque risultino meritevoli di tutela, in quanto rappresentano un danno (non tanto alla salute e all'integrità fisica) al godimento della vita privata e familiare, alla dimensione psicologica e psichica.

A fronte, inoltre, di un'assenza di una base scientifica certa che sia in grado di fondare una spiegazione causale nel caso concreto tra l'evento morte e/o danno alla salute ed esposizione ad una fonte di rischio⁴³, non può esimersi lo Stato dall'assumersi "l'obbligo positivo di adottare misure ragionevoli ed adeguate capaci di proteggere i diritti degli interessati al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente sano e protetto"⁴⁴.

Ciò che rileva, quindi, secondo la Corte è un dovere di informazione incombente sullo Stato, in caso di grave pericolo per l'ambiente, il cui adempimento possa consentire alle persone interessate di valutare i rischi potenziali legati alla vicinanza rispetto ad un territorio esposto ad un pericolo di inquinamento (anche se i dati scientifici a disposizione non sono certi e si limitano a produrre un sapere di tipo statistico).

Tali argomentazioni sono alla base del ricorso *Cordella e altri* presentati tra il 2013 ed

⁴¹ D. VOZZA, *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale. Riflessioni a margine della decisione della Corte europea dei diritti umani sul caso "Smaltini c. Italia"*, cit., 43 ss.

⁴² Vedi il caso *Tătar c. Romania*, sent. 27 gennaio 2009.

⁴³ Vedi, sul punto, U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, 80 ss.

⁴⁴ D. VOZZA, *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale. Riflessioni a margine della decisione della Corte europea dei diritti umani sul caso "Smaltini c. Italia"*, cit., 51.

il 2015 da un gruppo numeroso di cittadini residenti nelle zone limitrofe allo stabilimento dell'Ilva di Taranto, ad oggi ancora pendenti dinanzi alla Corte: i ricorrenti lamentano infatti la mancata adozione di misure preventive, organizzative e di informazione, a tutela della popolazione interessata, la quale è risultata danneggiata (a vario titolo) dall'esposizione da emissioni nocive derivanti dall'attività industriale dello stabilimento Ilva; situazione ad alto rischio che si protrae nel tempo, nonostante un massiccio e severo intervento dell'autorità giudiziaria.

La difficile gestione del caso Ilva, che sul piano interno ha comportato un conflitto di poteri, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale e numerosi dibattiti molto accesi, politici e non solo⁴⁵, viene disvelata dinnanzi alla Corte di Strasburgo, la quale è ora chiamata a pronunciarsi rispetto ad una situazione molto complessa, riguardante aspetti fondamentali, la produttività economica ed industriale (e tutto ciò che segue in termini di occupazione, lavoro, reddito, etc.) ed la tutela dei diritti dell'individuo (diritto alla vita, salute e ambiente di lavoro salubre). Ciò che si contesta, inoltre, sia sotto il profilo sostanziale dell'art. 2 Cedu e dell'art. 8 Cedu, è una diretta responsabilità politica dello Stato (ancor prima che giuridica rispetto ad un quadro legislativo ed amministrativo fortemente derogatorio ed emergenziale) nella gestione della politica industriale, che, sulla base della perdurante situazione di illiceità diffusa, non si è rivelata assolutamente dissuasiva, effettiva ed efficace (parlando in termini di riparazione *ex post* rispetto ai ricorrenti e casi simili), né tanto adeguata sul piano della prevenzione e della sostenibilità ambientale (in prospettiva futura rispetto ad ulteriori cicli produttivi)⁴⁶.

3. L'influenza delle sollecitazioni sovranazionali nella legge n. 68/2015: ruolo e tutela della vittima nel processo penale.

Da un'analisi complessiva della giurisprudenza di Strasburgo in materia ambientale, è pos-

⁴⁵ Per un riferimento bibliografico sulla vicenda Ilva, vedi G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in questa *Rivista*, 20 dicembre 2012; A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, ivi, 12 dicembre 2012; D. PULITANO, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, ivi, 22 febbraio 2013.

⁴⁶ Il caso Ilva si inserisce in una situazione di "normalizzazione" dei disastri ambientali, imputabili a fonti di rischio legalizzate, legittimate dall'utilità sociale ed economica dell'attività produttiva e dal rilievo occupazionale dell'area interessata. Il rischio ambientale e tecnologico legato a tali attività viene, quindi, inquadrato in via presuntiva nel c.d. "rischio consentito", il quale di fatto assicura, anche in ragione di un quadro amministrativo inefficace, ampi margini di tolleranza normativa. Come ha opportunamente osservato la dottrina, le situazioni di disastro ambientale sono il risultato di una carente prevenzione dei diritti, in parte collegata all'insufficiente presidio normativo del rischio produttivo, in parte all'inconsistenza delle azioni di contenimento del rischio ambientale: basta pensare ai casi Eternit, Ilva ed Emergenza rifiuti in Campania, disastri eterogenei, unificati, ad ogni modo, dal prolungato regime derogatorio della tutela dei diritti e dall'assenza di qualsivoglia intervento statale teso a monitorare e minimizzare i fattori di rischio. L'analisi degli antecedenti eziologici dei disastri Eternit, Ilva ed Emergenza rifiuti rimanda, infatti, al 1966 (per il caso Eternit), al periodo tra il 1994 ed il 1995, per la privatizzazione dello stabilimento Ilva e l'avvio dell'emergenza rifiuti, per la Campania. Ai ritardi legislativi, si sono aggiunte, nel corso degli anni, le inefficienze degli organismi pubblici preposti al controllo sul territorio; in questi contesti, sono risultati carenti percorsi *ex ante* di monitoraggio, idoneo ed adeguato a controllare e verificare il rispetto di soglie e valori di sicurezza compatibili con il *Mindestrisiko*. Quando, invece, sono stati effettuati, come nel caso di Ilva, i risultati sono rimasti inattuati, attesa l'eccessiva complessità (c.d. gigantismo burocratico) della gestione amministrativa dei vari enti pubblici operanti sul territorio. A fronte delle carenze preventive ed organizzative della pubblica amministrazione, è intervenuta la magistratura penale, quale "controllore dei controllori", con i sequestri preventivi, prima della c.d. "cokeria Ilva" (decreto del G.i.p. di data 10.9.2001) e dell'intero reparto produttivo di Taranto poi (decreto del G.i.p. di data 25.7.2012), a cui l'esecutivo ha reagito con un coacervo di normative straordinarie motivate dalla necessità dell'urgenza, dirette a consolidare procedure emergenziali e a garantire una sostanziale immunità giudiziale per il Commissario straordinario dell'Ilva e dei soggetti da questo delegati per le attività attuative del piano previsto dall'AIA del 2014. L'assenza di un equilibrio tra esigenze politiche, gestione pubblica di un'attività industriale a rilevanza nazionale, da una parte, e le prerogative della giustizia penale a presidio della tutela dei diritti fondamentali è emersa nella sua massima evidenza in aperti conflitti di poteri e funzioni legislative e giudiziarie, culminate nel ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione, da parte del potere giudiziario rispetto all'esecutivo: a distanza di pochi mesi, infatti, i poteri dello Stato sono intervenuti con provvedimenti di segno opposto. Al sequestro degli impianti ha fatto seguito il D.L. n. 2017/2012 in materia di "Misure urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli occupazione, negli stabilimenti di interesse strategico nazionale in fase di crisi", con cui si è conferita l'AIA allo stabilimento Ilva, che, secondo la magistratura penale, rappresenta un'azienda responsabile di un macrodisastro ambientale: situazione di per sé incompatibile con "il massimo rispetto della tutela ambientale, della salute e delle migliori tecniche possibili per seguirla", condizione necessaria per la prosecuzione dell'attività industriale che, allo stato di fatto, diviene, quindi, solo formale dato che il diritto al lavoro ed alla occupazione non potranno mai dirsi tutelati laddove sia compromessa l'incolumità personale del lavoratore; è evidente come il legislatore abbia dato la prevalenza all'interesse collettivo della produttività dell'impianto che alla tutela di un ambiente di lavoro sostenibile e salubre (bilanciamento così complesso e articolato che la stessa popolazione chiamata a rispondere ad un referendum locale al quesito sulla chiusura dello stabilimento Ilva, tra paure, incertezze e mancanza assoluta di una corretta e adeguata informazione, non ha espresso la propria convinzione, preferendo un esito favorevole al mantenimento dell'azienda, motivata dalla preoccupazione della perdita dell'unica fonte di reddito e di occupazione). Sul punto, F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 230 ss.; G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, ivi, 155 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, 225 ss.

sibile trarre delle conclusioni univoche: come si è esposto in precedenza, la Corte europea individua il nucleo forte di tutela dell'individuo esposto da pericoli ambientali a livello preventivo, nella predisposizione di un quadro giuridico, legislativo ed amministrativo, secondo il modello della *corporate governance*, e con la previsione di un apposito procedimento di accertamento, monitoraggio *ex post* che conduca all'eliminazione delle conseguenze dannose e alla riparazione delle vittime: in tale quadro, il ricorso al diritto penale (in termini di obblighi di penalizzazione) sembra rivestire un ruolo marginale, imposto esclusivamente per le lesioni ambientali gravi da cui possa derivare il pericolo o l'offesa alla vita⁴⁷.

La prospettiva risarcitoria/riparatoria delineata dalla Corte di Strasburgo sembra essere la chiave di lettura della recente riforma ambientale, attuata con la legge n. 68/2015⁴⁸.

In linea, infatti, con le numerose sollecitazioni sovranazionali, la riforma legislativa dà, in primo luogo, una risposta (severa) alle esigenze di tutela espresse dalla vittima del reato ambientale, mantenendo centrale la pena detentiva (con massimi edittali che oscillano dai nove ai dieci anni di reclusione, in caso di lesione gravissima o morte quali conseguenze del delitto ambientale di cui all'art. 452-*bis* c.p., o, di quindi anni di reclusione nell'ipotesi di disastro ambientale da cui derivi (*ex lett. c*), co. 1 dell'art. 452-*bis* c.p.) un pericolo per l'incolumità pubblica), con un corredo di pene accessorie, ed effetti penali della condanna fortemente gravi e penetranti (basta pensare, inoltre, alla previsione di ipotesi circostanziate punite severamente, laddove i delitti ambientali siano esercitati in forma associata, le c.d. *ecomafie* (*ex art. 452-octies* c.p.), o con l'introduzione di un'apposita circostanza speciale (rispetto a quella di cui all'art. 61, co. 1 n. 2) rispetto a condotte reiterate e finalizzate alla commissione di ulteriori illeciti ambientali)⁴⁹.

Oltre che dalla componente punitiva, la tutela del bene giuridico ambiente e dell'incolumità pubblica risultano rafforzate soprattutto dalla predisposizione di ulteriori strumenti di natura risarcitoria e riparativa che obbligano l'autore di tali fattispecie ad una maggiore presa di coscienza e responsabilizzazione verso la collettività e l'ambiente, con l'imposizione di forme di collaborazione processuale, condotte riparatorie e di messa in sicurezza dei siti inquinati (a cui è correlato una sensibile diminuzione della pena *ex art. 452-decies* c.p., tramite l'istituto del ravvedimento operoso), alla confisca dei beni sottoposti a un vincolo di destinazione da parte della pubblica amministrazione per la bonifica dei luoghi interessati dal procedimento penale; obblighi di riparazione che vengono comminati, in ogni caso (anche a prescindere da un interessamento volontario prima dell'apertura del dibattimento e purché l'imputato o si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa venga protratta ad ulteriori conseguenze ulteriori o abbia concretamente provveduto alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi), per effetto della sentenza di condanna, anche a seguito di patteggiamento delle parti (*ex art. 452-duodecies* c.p.).

La rilevanza, nel quadro della riforma, delle obbligazioni di contenuto riparativo trovano concretizzazione nella fattispecie di cui all'art. 452-*terdecies* c.p., prevedendo un'ipotesi delittuosa nel caso di inosservanza dell'ordine del giudice (*ex art. 452-duodecies* c.p.).

La tutela della persona fisica esposta al pericolo di delitti ambientali (*ex artt. 452-ter, 452-quater, 452-quinquies* c.p.) si inserisce nel più ampio quadro processuale, che, in ragione delle ultime riforme (compresa la c.d. "riforma Orlando", licenziata in tempi recenti dalle Camere), vede notevolmente potenziato il ruolo della persona offesa nelle dinamiche dell'accertamento del fatto, sin dalle primissime battute dell'acquisizione della notizia di reato, in termini di avvisi ed informazioni e sull'esercizio delle sue facoltà e forme di tutela dal e nel processo (*ex artt. 90-bis* c.p.p. e ss.).

Ad una valutazione generale della riforma, sembrano emergere, quindi, due differenti componenti, da una parte, una dimensione fortemente punitiva, con previsioni di nuovi delitti, dall'altra, con l'introduzione di meccanismi risarcitori/riparatori che aprono la prospettiva del delitto (non più orientata unicamente sul reo) verso la collettività e sulle modalità di partecipazione del responsabile alla riparazione del bene ambiente con forme di collaborazioni processuali a impegni (concreti) di messa in sicurezza e ripristino dello stato dei luoghi compro-

⁴⁷ Vedi, *supra*, 12.

⁴⁸ In chiave monografica, G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017; R. FIMIANI, *La tutela dell'ambiente*, Milano, 2015; C. PARODI, *I nuovi delitti ambientali (l. 22 maggio 2015, n. 68)*, Milano, 2015; L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Piacenza, 2015; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016; M. TELESCA, *La tutela penale dell'ambiente: i profili problematici della Legge n. 68/2015*, Torino, 2015.

⁴⁹ Per tutti, vedi, P. CORSO, *La normativa penale dell'ambiente nei suoi riflessi processuali penali*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 2 ss.

messi dalle condotte inquinanti: se è vero che tale prospettiva si inserisce ragionevolmente in un più ampio quadro di riforma del sistema verso il potenziamento di forme di collaborazione dell'imputato sia verso la vittima sia verso la collettività, collocando tale dimensione in sede processuale (piuttosto che nelle fasi preliminari, antecedenti in procedimenti amministrativi di controllo, monitoraggio e prevenzione) si corre il rischio di appesantire le dinamiche del processo penale e di allungarne notevolmente le sue tempistiche (ad es., con la sospensione del processo *ex art. 452-duodecies c.p.*), snaturando la *ratio* di accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato propria del processo verso un momento processuale incentrato unicamente sulla quantificazione del danno e sulla modulazione tecnica di condotte riparatorie e risarcitorie (le cui tempistiche di esecuzione sono nella realtà lunghe e non facilmente prevedibili)⁵⁰.

4.

Conclusioni.

L'incidenza della giurisprudenza sovranazionale sugli ordinamenti nazionali ha notevolmente mutato i rapporti tra gli Stati membri e l'esercizio della discrezionalità legislativa, richiedendo sempre più un intervento positivo ed attivo del legislatore: la tutela della vittima non consiste più in un solo indennizzo monetario a ristoro dei danni subiti, esclusivamente a favore del singolo ricorrente, ma anche in misure generali, organizzative, legislative ed amministrative (vedi, tra tutte, la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*).

Anche in materia ambientale, nella specie in cui il bene giuridico da tutelare sia la vita, la Corte di Strasburgo è intervenuta, seppur timidamente (rispetto ad altre situazioni correlate al bene vita), a sancire espressamente una forma di tutela alle vittime danneggiate da esposizioni derivanti da attività industriali sia in situazioni in cui la conoscenza o conoscibilità scientifica risultava provata con sufficiente chiarezza sia nei casi in cui non sussistesse una forte pregnanza scientifica.

Ciò che infatti permane in capo allo Stato, anche in caso di mancata conoscenza scientifica circa i rischi da esposizioni da attività industriali, è un obbligo positivo di informazione e di inchiesta preventiva tale da consentire alle potenziali vittime di essere coscienti dei possibili rischi ambientali per la propria salute.

Trattasi di una specificazione degli obblighi positivi: come si può notare, la Corte non si espone mai ad affermare un obbligo di penalizzazione per danni ambientali, argomentando, piuttosto, sulla necessità della predisposizione di un modello di *corporate governance* che sia in grado di prevedere le modalità di accesso all'esercizio di attività pericolose, una apposita regolamentazione, con la distribuzione delle responsabilità e l'individuazione dei soggetti responsabili dei cicli produttivi, i tipi di controlli e di monitoraggio da parte delle pubbliche autorità e un costante flusso di comunicazione tra l'apparato pubblico e quello giudiziario, per l'accertamento solamente eventuale (e a lesione avvenuta) della responsabilità penale.

La Corte ricorre, invece, al diritto penale solamente in relazione all'accertamento e punizione di gravi lesioni ambientali che siano state in grado di incidere direttamente sul bene vita, come una forma di garanzia *ultima ratio*, ad es. *leading case Öneriyildiz c. Turchia*: più che un vero e proprio obbligo di incriminazione, in tali casi, il diritto penale viene richiamato all'interno di un quadro giuridico che deve, secondo la Corte, risultare il più efficace ed effettivo possibile, prevedendo, all'occorrenza, anche gli strumenti di tutela più adeguati a ristoro della vittima, rispetto ai rimedi risarcitori.

Su tale linea si colloca anche il ricorso, attualmente pendente dinnanzi alla Corte Edu, *Cordella e altri c. Italia*, di cui si attende l'esito.

La complessità del caso Ilva, la stratificazione normativa e amministrativa, le vicende giudiziarie, con i conflitti di potere annessi tra il potere legislativo e giudiziario, verranno sottoposte in tutta la loro evidenza alla Corte Edu, che, per la prima volta, si vede chiamata a giudicare nel merito della responsabilità dell'Italia per la gestione dello stabilimento Ilva e, non più, come nel caso *Smaltini*, con riguardo ad un singolo procedimento penale: il diritto penale, in

⁵⁰ Così P. CORSO, *La normativa penale dell'ambiente nei suoi riflessi processuali penali*, cit., 4, il quale evidenzia il rischio di un eccessivo rallentamento delle maglie processuali a favore dell'intervento di parti accessorie "che cercheranno il loro spazio accanto alle parti principali (p.m. e imputato), dalle questioni sulla loro costituzione e sulle opposizioni alla loro costituzione, dai tempi per consentire la chiamata dei convenuti rispetto alla domanda risarcitoria/restitutiva e dai tempi necessari per consentire la piena esplicazione del diritto di difesa di questi soggetti".

questo caso, rimane sullo sfondo, con un ruolo del tutto marginale.

Oggetto del giudizio finirà ad essere la politica ambientale dell'Italia e della gestione amministrativa di gravi disastri ambientali: se sotto il profilo penale, il legislatore è intervenuto con la legge n. 68/2015, con l'introduzione anche di ipotesi delittuose fortemente punitive, come, ad es., il disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater* c.p., sotto il profilo politico (inteso come gestione pubblica di attività industriale a rilevanza industriale), sembrano emergere ancora numerose lacune e pesanti *deficit*, che, così come in ambito penitenziario e gestione delle carceri, potrebbero essere oggetto di una pronuncia della Corte, costringendo nuovamente lo Stato italiano a ricorrere ad interventi straordinari e d'urgenza, che mal si conciliano con una politica ambientale integrata ed ecosostenibile.

La prescrizione dei reati ambientali: efficacia, coerenza, ragionevolezza?

The Limitation Period of Environmental Crimes: Effectiveness, Consistency, Reasonableness?

ENRICO COTTU

*Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara
cttnrc@unife.it*

PRESCRIZIONE, REATI AMBIENTALI

STATUTE OF LIMITATION, ENVIRONMENTAL CRIMES

ABSTRACT

L'indagine prende le mosse dal raddoppiamento dei termini di prescrizione disposto dall'art. 157, comma 6 del codice penale (come novellato dalla legge n. 68 del 2015) per i delitti contro l'ambiente collocati nel titolo VI *bis*. Di tale norma si ricostruisce significato e ricadute di politica criminale, per poi indagarne le possibili ragioni giustificatrici, nel quadro ordinamentale complessivo. Vengono quindi esaminati i relativi punti critici, sui piani sia della congruenza con gli obiettivi della riforma, sia della coerenza rispetto al sistema generale di tutela penale dell'ambiente. Si affronta inoltre il tema della giustiziabilità di tale disciplina nell'ambito del sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale.

This paper examines the recent reform of art. 157, par. 6 of Italian Criminal Code enacted by the Law n. 68 of 2015, which doubles up the limitation period for any of the Environmental Crimes established in Title VI *bis*. Its approach focuses on a sound analysis of legal, political and systematic meanings and implications of the new provision, as well as on to what extent there are plausible reasons to justify the reform. What emerges raises serious doubts concerning the usefulness of the current regime, in the light of scope of the reform and the main features of the new environmental crimes. It is questioned as well the consistency of the new provisions with the broader area of environmental protection under criminal law, also in the perspective of the scrutiny on reasonableness by the Constitutional Court.

SOMMARIO

1. Il raddoppio del termine di prescrizione per i nuovi ecoldelitti, tra pulsioni efficientistiche e derive simboliche del diritto penale ambientale. – 2. Il dibattito sulla prescrizione dei reati ambientali nei lavori parlamentari della legge n. 68 del 2015. – 3. La dubbia utilità della deroga alla prescrizione ordinaria in relazione al momento consumativo degli ecoldelitti di “macroevento”. – 4. Incoerenza con la prescrizione degli “altri” delitti ambientali (*intra ed extra codicem*). – 5. Incoerenza interna alla disciplina dei nuovi ecoldelitti: l’allineamento tra fattispecie dolose e colpose, di danno e di pericolo. – 6. La problematica prescrizione delle contravvenzioni ambientali nel quadro della riforma del 2015. – 7. Ulteriori discrasie sistematiche: la prescrizione del disastro innominato ambientale e la responsabilità da coreato dell’ente. – 8. Lo statuto *in fieri* del giudizio di ragionevolezza sulla prescrizione del reato. – 9. L’incidenza della riforma “Orlando” sui meccanismi derogatori della prescrizione ordinaria.

1.

Il raddoppio del termine di prescrizione per i nuovi ecoldelitti, tra pulsioni efficientistiche e derive simboliche del diritto penale ambientale.

La legge n. 68 del 22 maggio 2015, in materia di delitti contro l’ambiente, ha disposto, tra le altre innovazioni, l’inserimento all’art. 157, comma 6 di una specifica ipotesi di raddoppio dei termini di prescrizione (in deroga ai criteri ordinari di cui al medesimo articolo) con riferimento alle incriminazioni collocate sotto il nuovo titolo VI *bis* del libro secondo.

L’oggetto della presente analisi (l’efficienza e la coerenza della disciplina risultante dalla novella) implica un preliminare interrogativo: se, e in che misura, tale previsione costituisca un (ennesimo) esempio di legislazione penale simbolica¹.

Tale tendenza normativa, notoriamente, ha trovato terreno particolarmente fertile nel settore ambientale che dopo un lungo relativo disinteresse del legislatore (anche per la preferenza verso interessi confliggenti) ha poi guadagnato una sempre crescente considerazione collettiva e politica, tuttavia sovente percorsa da pulsioni demagogiche². Proprio a tale simbolismo deterioro si è fatto riferimento per decifrare talune novelle sanzionatorie alquanto precipitose (spesso emanate in via di urgenza) e condizionate più da clamori mediatici che da razionali bilanciamenti³.

Il tema, peraltro, presenta margini di approfondimento, non potendosi sovrapporre o ridurre a mera endiadi il diritto penale “simbolico” e quello “ineffettivo”.

Non v’è dubbio che efficacia e coerenza dell’intervento normativo siano, entrambe, negativamente condizionate dall’immediatezza dell’obiettivo comunicativo privilegiato dall’intervento simbolico: in tal senso, una “legge manifesto” tende per sua natura a produrre deviazioni dal sistema, per l’esigenza di esibire un risultato che non può ridursi alla “banale” applicazione di regole generali⁴.

Ciò, tuttavia, non elimina la possibilità che (almeno entro certi limiti) la funzione simbolica possa assumere un ruolo “accettabile” nella tutela penalistica dell’ambiente. Seppur con varie cautele, infatti, è oramai accettato sul piano teorico (anche nel contesto costituzionale italiano della polifunzionalità della pena) che il diritto penale possa spiegare una funzione di

¹ In argomento, v., da ultimo, il dibattito promosso dall’Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016. Cfr. altresì, almeno, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 ss.; E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, spec. p. 177 ss.; C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 493 ss.; F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, p. 127 ss.

² Così da ultimo, A.L. VERGINE, *Dall’anomia alla ipertrofia normativa: un diritto penale ambientale sempre più simbolico e sempre meno efficace*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, p. 21 ss. Con riferimento specifico al diritto penale ambientale, cfr. ampiamente E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell’ambiente: tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004; particolarmente, sulle possibili intersezioni tra diritto penale simbolico e principio di precauzione, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 79 e ss.

³ V. ad es. il decreto-legge, 10 dicembre 2013, n. 136, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 2014, n. 6, motivato dalla emergenza legata all’illecito ciclo dei rifiuti e al coinvolgimento della criminalità organizzata in Campania, della c.d. “terra dei fuochi”: cfr. G. BATTARINO, *I drammatici fuochi. Un esempio di diritto penale simbolico*, in *Quest. giur.*, 7.01.2014.

⁴ Dal punto di vista del “bisogno simbolico”, del resto, l’ottenimento del medesimo risultato normativo implicito nel sistema non vale quanto l’esibizione di un intervento *ad hoc*. M. GAMBARDILLA, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 2736 e ss., porta i reati contro l’ambiente ad esempio del fattore della “rilevanza mediatica” che insieme al parallelo fattore di “conflittualità politica” fa pressione “sul legislatore (e sul dibattito politico-legislativo) per l’introduzione di “eccezioni nominative” in peius a tale disciplina ordinaria di identificazione dei termini prescrizionali”.

orientamento sociale. Pare invero innegabile che la cosiddetta funzione pedagogica (o promozionale) passi (anche) attraverso lo sfruttamento della logica simbolica, ricorrendo alla stigmatizzazione delle offese per veicolare la dignità di tutela di determinati beni o interessi “vittimizzati”⁵.

Una volta riconosciuta la possibile legittimità della funzione comunicativa, ne consegue la necessità, anche in materia ambientale, di un giudizio differenziato circa la valenza simbolica dell'intervento penalistico che non può essere relegata comunque e a priori come mera patologia⁶.

Nel caso della legge n. 68/2015, peraltro, la logica “comunicativa” della riforma è stata apertamente rivendicata, in sede di lavori preparatori, sia in relazione all'introduzione di incriminazioni delittuose (in quanto maggiormente espressive del disvalore della condotta incriminata) sia rispetto alla collocazione delle stesse in un nuovo ed apposito titolo codicistico⁷.

Per quel che concerne lo specifico intervento in punto di prescrizione, il modello genetico della normativa simbolica pare trovare riscontro nel più ampio contesto (sociale e mediatico) in cui è maturata la legge n. 68: proprio la prescrizione, difatti, è stato tema privilegiato del deciso interventismo di molte associazioni ambientaliste, concentrato sulla necessità di rimediare lo scandalo della prescrizione del “processo Eternit”⁸. Per di più, sul piano del contenuto normativo, si è ravvisato nello stesso paradigma impiegato (vale a dire, il raddoppio dei termini ordinari di cui all'art. 157 c.p.) una ormai tipica forma d'estrinsecazione del simbolismo penale contemporaneo⁹.

Paiono, insomma, sussistere buone ragioni per affermare la natura “simbolica” della scelta riformatrice di derogare ai termini di prescrizione ordinari per i delitti contro l'ambiente, senza però che questo sia sufficiente per dare della stessa un giudizio definitivamente negativo.

Per un verso, infatti, la stessa potrebbe trovare parziale copertura e legittimazione nello scopo di tutela della normativa europea di cui (anche) la legge n. 68 si pone come strumento attuativo, nella misura in cui tale normativa, di rango sovraordinato, postula il perseguimento di un cosiddetto effetto di *denunciation*¹⁰. In questa prospettiva, evidentemente, un corollario “comunicativo” della normativa penale ambientale finisce per risultare non solo consentito ma (almeno in una certa misura) persino obbligatorio per il legislatore nazionale, nel prisma del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea¹¹.

Per altro verso, la conclusione di cui sopra non implica *de plano* che si sia in presenza di norma meramente simbolica (e, in quanto tale, ineffettiva) essendo necessaria a tal fine una ulteriore indagine sulla rispondenza della stessa, in concreto, ad apprezzabili scopi di tutela.

⁵ In tal senso, un Autore da sempre attento a fondamenti e limiti di ammissibilità della funzione orientatrice sottolinea che «la legislazione simbolica costituisce filiazione diretta della prevenzione generale positiva» (S. BONINI, *Funzione “strumentale” e funzione “simbolica” del diritto penale, fra discorsività “critica” e discorsività “dialogica”*, in *La società punitiva*, cit., p. 28). Sulle perplessità suscitate in dottrina dalle teorie “neoretribuzionistiche”, volte a valorizzare la pena quale stabilizzatore sociale della psicologia collettiva, cfr. nella manualistica, per tutti e da ultimo, S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Bologna, 2017, p. 55-56.

⁶ Per un'interessante apertura “di principio” rispetto a una possibile funzione pedagogica del diritto penale ambientale (peraltro per constatarne la totale imprevedibilità rispetto al quadro normativo allora vigente, dominato dagli illeciti contravvenzionali) cfr. già C. PEDRAZZI, *Profili penalistici di tutela dell'ambiente*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 621.

⁷ Lo si afferma esplicitamente nella relazione illustrativa della proposta di legge alla Camera dei deputati (19 marzo 2013): «La ragione principale dell'inserimento di tali nuove fattispecie criminose nell'ambito del codice penale risiede infatti indubbiamente in una maggiore attitudine alla sintesi della normazione codicistica e per una finalità che si può definire di “orientamento culturale” dei cittadini, volta a definire a livello normativo-codicistico i beni giuridici fondanti la convivenza civile nella società».

⁸ V. ad es. il dossier Legambiente *Ecogiustizia è fatta*, Roma, 22.03.2016, p. 2, ove si sottolinea enfaticamente il valore di “spartiacque” della riforma anche per i “tempi di prescrizione raddoppiati, com'è espressamente previsto dalla stessa legge 68, per evitare la certezza della prescrizione, invece che della pena”.

⁹ Cfr. in tal senso, criticamente, B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *questa Rivista*, 1, 2016, p. 82, il quale individua nel raddoppio del termine prescrizione per determinate categorie di reati la «terza via» percorsa oggi dalla legislazione penale simbolica, che si affianca all'introduzione di nuovi reati e all'inasprimento delle pene per quelli già esistenti.

¹⁰ Così esplicitamente, G.M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, p. 169 «Per questa via, può trovare concreta attuazione una delle finalità prese di mira dalla Direttiva 2008/99/CE, consistente nella valorizzazione della riprovazione sociale quale componente essenziale dell'effetto deterrente delle sanzioni».

¹¹ Con tutti i caveat legati alla possibile attivazione dei “controlimiti” di diritto interno, in caso di frizione con il nucleo di principi costituzionali fondamentali, nonché al carattere peculiare della vincolatività di obblighi sovranazionali di tutela sanzionatoria, sui cui v. ancora utilmente C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

2.

Il dibattito sulla prescrizione dei reati ambientali nei lavori parlamentari della legge n. 68 del 2015.

Anche ai fini di una più esatta ricostruzione contenutistica, appare di notevole interesse soffermarsi sull'*iter* della legge n. 68 del 2015, con particolare riferimento alla disciplina recata in tema di prescrizione.

A tal riguardo, risulta anzitutto significativo che nel corso della lunga *navette* parlamentare il comma 6 dell'articolo 1 del progetto di legge iniziale (modificativo, appunto, dell'articolo 157 c.p.) sia stato tenuto fermo in ogni successiva versione del testo¹². La scelta di raddoppiare i termini di prescrizione per i nuovi delitti contro l'ambiente non è mai stata, quindi, revocata in dubbio.

Ma lungi dall'esser accantonato, il tema della prescrizione è rimasto al centro della discussione, suscitando proposte volte non tanto a sostituire l'ipotesi originaria di raddoppio dei termini, bensì ad accompagnarvi un ulteriore irrigidimento della disciplina applicabile in tema di prescrizione.

In tal senso, appare inequivoco il tenore delle proposte emendative presentate durante la prima lettura da parte del Senato della Repubblica.

In particolare, l'emendamento 1.273 (a firma degli onorevoli Susta e Lanzillotta) era volto ad aggiungere al nuovo Titolo VI *bis* l'art. 452 *quater*.1, rubricato "Prescrizione dei delitti contro l'ambiente", ai sensi del cui unico comma si sarebbe previsto che "Per i delitti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*ter*, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui l'evento di danno o di pericolo si è verificato».

Tale formulazione (poi riproposta e comunque respinta in sede di voto assembleare) risultava invero piuttosto anodina, se non superflua. Non pare infatti possibile mettere in discussione la natura di reati di evento dei delitti nominati; né è in ogni caso agevole comprendere quale sarebbe stato l'impatto della modifica proposta, alla stregua dei criteri per l'individuazione del *dies a quo* dettati dall'art. 158 c.p.

Più incisive risultavano le versioni ulteriori, avanzate dagli stessi firmatari, in sede di discussione congiunta del testo da parte delle Commissioni Giustizia ed Ambiente, rispettivamente numerate 1.70 («Prescrizione dei delitti contro l'ambiente. Per i delitti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*ter* il termine della prescrizione decorre dal giorno della completa e definitiva rimozione degli effetti lesivi prodotti dalla condotta dell'agente») e 1.71 («Natura dei delitti contro l'ambiente. I delitti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*ter* hanno natura permanente e la relativa consumazione perdura fino alla completa e definitiva rimozione di tutti gli effetti lesivi prodotti»¹³); tutte le proposte apparivano, comunque, mirate a introdurre un'ulteriore deroga circoscritta ai delitti di disastro e inquinamento (nell'ultimo caso, almeno apparentemente, in termini di interpretazione autentica ed in aperta opposizione all'indirizzo assunto dalla Corte di Cassazione sulla consumazione del disastro ambientale innominato).

Va segnalato altresì, con ben diversa portata innovativa, l'emendamento 1.346 (primo firmatario on. Nugnes) che interessava direttamente l'art. 158 c.p., riformulandone il primo comma nei termini seguenti: «Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente o continuato dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione; per i reati istantanei ad effetti continuati dal momento in cui si manifestano per la prima volta gli effetti del reato».

Emerge in questo caso un netto mutamento di prospettiva: in luogo di un intervento derogatorio *ad hoc* la proposta mirava a ridefinire la norma di parte generale, dando cittadinanza nel diritto positivo alla controversa categoria (di matrice giurisprudenziale) di "reato ad effetti continuati" (*rectius*, effetti permanenti), peraltro, senza recarne alcuna definizione normativa¹⁴.

Per un verso, siffatta tecnica di intervento potrebbe apparire preferibile, dal punto di vista

¹² Si tratta del testo unificato delle proposte di legge di cui all'A.C. 342 (primo firmatario on. Realacci), A.C. 957 (Micillo) e A.C. 1814 (Pellegrino), elaborato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in sede referente, approvato in prima lettura dall'Assemblea il 26 febbraio 2014, approvato con modificazioni dal Senato (A.S. 1345) il 4 marzo 2015, nuovamente modificato alla Camera (5 maggio) e infine definitivamente approvato il 19 maggio 2015. La legge è entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione (in G.U. n. 122 del 28 maggio 2015).

¹³ Entrambi poi dichiarati decaduti nella seduta n. 10 del 22/01/2015.

¹⁴ Assente, peraltro anche per il reato permanente e quindi necessariamente sviluppata dagli interpreti: v. i rilievi di F. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 318.

della coerenza dell'ordinamento, se comparata alla (ennesima) previsione derogatoria al regime prescrizionale ordinario adottata dalla legge; al tempo stesso, con tutta evidenza, l'apporto innovativo della proposta si presentava tanto vasto quanto imprevedibile, e in ogni caso bisognoso una maggiore meditazione¹⁵.

La fissazione del *dies a quo* nel momento in cui si manifestano per la prima volta gli effetti del reato, invero, non recepisce la posizione della giurisprudenza prevalente, la quale ha fatto impiego della categoria dei reati "a effetti permanenti" per distinguere in negativo l'area applicativa del reato permanente in senso proprio, preferendo, per contro, dilatare in via interpretativa tale ultima nozione ai fini di un differimento del termine estintivo¹⁶. Rarissimamente (e non senza ambiguità) si è fatta discendere la stessa conseguenza dalla constatazione di effetti permanenti del reato, e comunque valorizzando non tanto il momento della loro "manifestazione" quanto quello della oggettiva cessazione¹⁷.

Da tempo, inoltre, la dottrina si mostra critica rispetto a una qualunque considerazione, anche solo descrittiva, della categoria dei reati cosiddetti ad effetti permanenti¹⁸. La stessa è anzi vista con particolare sfavore da chi si preoccupa maggiormente delle prescrizioni dei reati ambientali rimasti "occulti", in quanto costituirebbe ostacolo all'auspicato ampliamento ermeneutico della nozione di reato permanente, ritenuta già *de iure condito* coerente con la natura progressiva e lungo-latente delle offese inferte all'ecosistema¹⁹.

Non è chiaro, invece, lo scopo di politica criminale (se non quello di un generico maggior rigore) perseguito con il reinserimento della fissazione di un unico termine per il reato continuato, già espunto dalla legge n. 251 del 2005; sorge il dubbio sia stato supposto, da parte dei proponenti, che siffatta clausola costituisse il necessario complemento all'inedita introduzione dei reati "a effetti continuati", sulla base di un'affinità erroneamente intravista tra le due categorie.

Al netto di un certo disorientamento tecnico-giuridico, ad ogni modo, le proposte emendative paiono sintomatiche di un indirizzo politico trasversale, fermamente volto a "blindare" il decorso prescrizionale dei delitti ambientali con disparati espedienti normativi.

¹⁵ Al termine del dibattito l'emendamento è stato ritirato, ma accolto dal Governo come raccomandazione.

¹⁶ Si consideri, ad es., l'inquadramento delle contravvenzioni incriminanti l'inquinamento atmosferico, rispetto alle quali si è progressivamente consolidata in giurisprudenza la tesi della natura permanente delle fattispecie e delle successive, omologhe fattispecie contenute nel Codice dell'ambiente, su cui cfr. A. MONTAGNA, *Inquinamento atmosferico, questioni superate e problematiche aperte dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 152 del 2006*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 457 ss.; in giurisprudenza v. particolarmente Cass. pen. n. 2488 del 17.01.2008, in *Amb. e Svil.*, 8, 2008, p. 731, con nota di M. TAINA, *Emissioni senza autorizzazione: permanenza del reato*; Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2012, n. 192, (dep. 7 gennaio 2013) in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2013, p. 536, con nota di E. ANTONINI ANDREOZZI, *Sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di decorrenza del termine di prescrizione del reato di realizzazione di impianto senza autorizzazione alle emissioni in atmosfera; contra*, tuttavia, Cass. pen. sez. III, 23 marzo 2005, n.17840 (in *D & G.*, 2005, p. 76, con nota di A. NATALINI, *Quel reato di inquinamento atmosferico: istantaneo o permanente? Natura dubbia*). Per la critica del suddetto orientamento (persuasivamente ritenuto strumentale a eludere il breve termine di prescrizione delle contravvenzioni) cfr. D. MICHELETTI, *sub art. 279 d.lgs. n. 152 del 2006, in Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di F. Giunta, Padova, 2007, p. 464 e ss.

¹⁷ Sono infatti sporadici, e forse mero frutto di confusione lessicale, i casi in cui la giurisprudenza di legittimità parrebbe aver legato effetti permanenti una speciale ripercussione sul *dies ad quem*, peraltro in via ipotetica; cfr. Cass. pen., sez. III, 21/02/2001, n. 13992, in *Riv. pen.*, 2001, p. 603: la fattispecie punita dall'art. 25 comma 6 D.P.R. n. 203 del 1988, per l'omessa richiesta di autorizzazione in caso di modificazione o trasferimento dell'impianto produttore emissioni, è reato a condotta mista (omissivo-commissiva), i cui effetti permanenti cessano o per ottemperanza tardiva dell'agente oppure per la sopravvenuta conoscenza da parte della p.a. Cfr. altresì Cass. pen., sez. III, 06/04/2001, n. 13992, in *Ragusan*, 211-2, 2001, p. 163.

¹⁸ Sul reato ad effetti permanenti, in generale, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, per il quale «si tende a negare fondamento e interesse scientifico a tale categoria, perché quasi tutti i reati possono avere conseguenze dannose più o meno irreparabili e perché tali conseguenze variano da caso a caso, anche nello stesso reato. La loro disciplina, sostanziale e processuale, è del tutto analoga a quella dei reati istantanei, in quanto non si ha il protrarsi dell'offesa per effetto di una persistente condotta del soggetto». Conformi G. FIANDACA – E. MUSCO, p. 211 (ritengono la figura «priva di reale autonomia») nonché M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, p. 59, nt. 2. Secondo R. BARTOLI (*Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 137) «Invero, si deve ritenere che quest'ultima tipologia di reato abbia soltanto una funzione descrittiva, considerato che ogni reato, sia esso istantaneo o permanente, può produrre effetti offensivi che si protraggono oltre il momento della perfezione o della consumazione». M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 210, afferma che «alla categoria non è collegata alcuna conseguenza giuridicamente rilevante», *Contra*, tuttavia, A. POSTIGLIONE, *Recenti sviluppi in Italia della tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. giur. agr. al. amb.*, 2015, p. 11, nt. 5, sostiene esservi «lettura diversa, che ipotizza l'esistenza di reati istantanei ad effetti permanenti, che fa decorrere la prescrizione dalla cessazione di tutti gli effetti anche a lunga distanza dalla cessazione della condotta». Per il rilievo che la ricorrenza di un reato a effetti permanenti assuma rilievo ai fini della sospensione condizionale, richiedendosi per la concessione del beneficio «l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato», v. D. POTETTI, *Sintesi e stato delle questioni in tema di art. 165 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2, 2006, p. 499.

¹⁹ In tal senso, v. A. MILITA, *Il Disastro ambientale "nominato"*, in *www.lexambiente.it*, 11.09.2015; D. FIORDALISI, *Una clausola generale: pericolo di danno grave alla salute*, Torino, 2016, p. 191 ss.

3.

La dubbia utilità della deroga in relazione al momento consumativo degli ecodelitti di “macroevento”.

Tornando alla norma in cui la descritta volontà politica “rigoristica” ha trovato traduzione positiva, ossia la nuova ipotesi di duplicazione del termine prescrizione prevista per i delitti del titolo VI-*bis* (art. 157, comma 6 c.p.) in vista di una più approfondita analisi sistematica pare opportuno prendere le mosse dalle diverse opinioni espresse, in sede esegetica, in ordine alla sua possibile giustificazione.

Taluni Autori ne hanno evidenziato la funzionalità rispetto ad esigenze di accertamento, soprattutto di natura tecnico-scientifica, che si palesano specialmente impegnative e articolate in relazione ai reati ambientali²⁰.

In senso opposto, si è rilevato che l'eccessivo orizzonte temporale sarebbe intrinsecamente disfunzionale alla ricostruzione di una responsabilità “oltre ogni ragionevole dubbio” in tale ambito, posto che le difficoltà probatorie non potrebbero che accrescersi col tempo, sino a incontrare i limiti di una *probatio diabolica*²¹. Anche da parte di chi ritiene che la peculiarità delle necessità istruttorie possa offrire un apprezzabile fondamento all'ampliamento in deroga della prescrizione, si è, comunque, rilevato come le stesse possano sussistere in indagini relative ad inquinamento e disastro ambientale ma non rispetto a tutti gli altri “ecodelitti”, di talché non pare giustificata un'indiscriminata sottrazione al regime ordinario²².

Altri Autori hanno ritenuto totalmente inaccettabile l'abnorme aumento del tempo necessario a prescrivere, conseguente alla duplicazione operata a partire dal massimo edittale, descrivendola come una imprescrittibilità di fatto: l'appunto coglie nel segno, quantomeno con riferimento al delitto di disastro, ora prescrivibile entro un termine trentennale (ulteriormente prorogabile di un quarto a seguito d'interruzione)²³. Proprio il delitto di disastro ambientale (quello il cui accertamento può maggiormente richiedere approfondimenti prolungati o differiti), risulta, invero, corredato da una comminatoria edittale (sino a quindici anni) che parrebbe sufficientemente elevata da offrire un orizzonte temporale, di per sé, tutt'altro che esiguo ai fini dello svolgimento di articolate indagini e di un eventuale definitiva affermazione di responsabilità.

Il condizionale, peraltro, è d'obbligo, e introduce direttamente il tema (quanto mai delicato) della “utilità pratica” del raddoppio del periodo prescrizione rispetto alle nuove fattispecie di danno di cui agli artt. 452-*bis* e -*ter* c.p.

La questione è inevitabilmente condizionata dalla paradigmatica vicenda del processo Eternit, sfociata, come è noto, in un esito assolutorio disceso dalle conclusioni raggiunte dalla Cassazione in punto di consumazione del disastro innominato.

A tal riguardo, alle posizioni dei giudici del merito, convergenti nel ritenere il reato di disastro ancora in atto al momento del giudizio, nonostante la risalente chiusura dello stabilimento (in forza del dato epidemiologico di perdurante diffusione di patologie derivanti

²⁰ Si è in tal senso opinato che il raddoppio dei termini di prescrizione «ben si concilia con la particolarità dei reati di inquinamento e disastro ambientale il cui accertamento può avvenire anche con un certo ritardo rispetto al verificarsi degli eventi dannosi per l'ambiente e la salute delle persone ed all'esito di accertamenti, anche di natura tecnica, spesso particolarmente complessi» (L. RAMACCI, cit., p. 509). Favorevolmente si esprime anche M. C. AMOROSO, *Per tutte le ipotesi scatta il raddoppio della prescrizione*, in *Guida dir.*, 25, 2015, p. 37. Riconosce l'utilità della deroga, sia pur con una generica riserva, anche M. TELESCA, *La tutela penale dell'ambiente: i profili problematici*, Torino, 2015, p. 99. Analogamente, nel quadro di un giudizio positivo sul complessivo inasprimento sanzionatorio, G. CARUSO, *Ambiente (riforma penale dell')*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, IX, Torino, 2016, p. 75.

²¹ In tal senso, già nelle more dell'iter legislativo, A. L. VERGINE, *I nuovi delitti ambientali: a proposito del d.d.l. n. 1345/2014*, in *Ambiente&Sviluppo*, 6, 2014, p. 449-450. G. ROTOLO, *Historical pollution and the prominence of criminal law enforced in Italy*, in *Historical pollution: comparative legal responses to environmental crimes*, ed. by F. Centonze, S. Manacorda, Cham, 2017, p. 121, rileva come l'allungamento del termine di prescrizione di per sé non assicuri una maggiore effettività nel *law enforcement* dei reati ambientali che rimane tuttora minacciate da oggettive difficoltà di prova dei relativi elementi costitutivi. In diversa prospettiva, si è sottolineata la difficoltà gravante sulla difesa a rintracciare elementi a discarico a distanza di molti anni dagli avvenimenti dedotti in imputazione (C. RUGA RIVA, *I nuovi ecodelitti: Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015, p. 66-67).

²² M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, 2ª ed., a cura di A. Fiorella, Torino, 2016, p. 457.

²³ P. PATRONO, *Commento sub art. 1, comma 1, Legge 22 maggio 2015 n. 68, I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in *www.lalegislaZIONEpenale.eu*, 11.1.2016, p. 19, ritiene «[...] eccessivo – anche questo forse mal calcolato – raddoppio dei termini di prescrizione, rispetto a quelli ordinari previsti dall'art. 157 c.p., dei nuovi delitti ambientali, ormai da considerarsi quasi imprescrittibili». Secondo altro Autore (L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *questa Rivista*, 2, 2015, p. 220) «Il legislatore si è in tal caso lasciato travolgere dalla “foga” repressiva» e «Considerati gli elevati livelli edittali di pena dei nuovi illeciti, la scelta di raddoppiare i termini della prescrizione appare francamente inopportuna ed eccessiva». Cfr., per analoghe perplessità, G. GUGLIELMI – R. MONTANARO, *I nuovi ecodelitti: prima lettura e profili problematici*, in *Riv. 231*, 3, 2015, p. 13.

dalla diffusione nell'ambiente di fibre di amianto) la Suprema Corte ha opposto un rilievo di grande linearità: se il reato di disastro è reato permanente, lo stesso non può protrarsi oltre la cessazione della condotta. Le precedenti condanne sono state quindi ritenute erranee in diritto, dato che dal momento della cessazione della condotta il relativo termine di prescrizione era ampiamente decorso, e la ricostruzione del disastro in imputazione come ancora in atto è frutto della confusione tra reato permanente e reato meramente ad effetti permanenti, con indebita estensione della disciplina prevista dalla legge per la prima categoria²⁴.

Ci si è domandati se l'esito del procedimento "Eternit" sarebbe stato diverso, qualora ai medesimi fatti fosse stata già applicabile la duplicazione del termine prescrizione disposta dalla legge ora vigente. Tale quesito, di per sé, trova soluzione intuitivamente positiva: non pare dubbio che un prolungamento così macroscopico del tempo necessario a prescrivere del disastro avrebbe consentito comunque di giungere a un titolo definitivo di responsabilità, anche tenendo fermi i *dicta* della Cassazione in tema di momento consumativo del disastro innominato, rivelandosi quindi, efficace mezzo di *law enforcement*²⁵.

La risposta, tuttavia, lascia residuare un interrogativo meno agevole. Pare infatti urgente interrogarsi non tanto sulla ipotetica incidenza del raddoppio sul disastro innominato (peraltro rimasto estraneo alla deroga, come si dirà meglio oltre) ma soprattutto sul se il raddoppio fosse comunque necessario in rapporto alla nuova incriminazione di disastro ambientale, o se, invece, proprio in forza delle diverse caratteristiche di quest'ultima (sotto il profilo preceptivo e sanzionatorio) il differimento eccezionale del termine di prescrizione si riveli una cautela superflua (e, quindi, inutilmente vessatoria)²⁶.

Si impone a tal fine, anzitutto, l'indagine del momento consumativo dei nuovi delitti ambientali di "macroevento", e, quindi, della loro qualificazione come reati istantanei ovvero (necessariamente o eventualmente) permanenti²⁷.

Può dirsi anzitutto indubbio, al riguardo, che le nuove incriminazioni di inquinamento e disastro ambientale si configurino come reati di danno e causalmente orientati²⁸.

Ciò detto, riteniamo difficilmente sostenibile la tesi di una permanenza delle suddette incriminazioni, apparendo, invece, preferibile specificarne ulteriormente la classificazione come delitti istantanei ad evento differito²⁹.

Al riguardo, non costituisce un ostacolo insormontabile la dinamica di progressiva accumulazione sovente ravvisabile nell'*iter* del deterioramento ambientale. Deve, infatti, evitarsi di postulare la necessaria sovrapposizione tra reati istantanei e reati unisussistenti, ben potendo un reato istantaneo configurarsi anche come reato plurisussistente, ove la sua realizzazione si articoli in più fasi³⁰.

Depone, inoltre, a favore della conservazione di un carattere istantaneo la soglia di rilevanza dell'evento naturalistico tipico, delineata in termini nettamente definiti e macroscopici (se non addirittura sintomatici di un «gigantismo dell'offesa»³¹). Proprio tale soglia impone all'interprete un certo rigore nell'individuare il momento perfezionativo, ossia il grado di modificazione della realtà fisica richiesto dalla norma. Appare, allora, naturale che nel superamento di detta soglia, e quindi nell'integrazione del "macroevento" di danno, vada collocato lo

²⁴ Peralto, secondo A. H. BELL - A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *questa Rivista*, 2, 2015, p. 72, sarebbero individuabili complessivamente ben cinque orientamenti giurisprudenziali in merito al momento consumativo del disastro (innominato) ambientale.

²⁵ Cfr. L. MASERA, *La riforma del diritto penale dell'ambiente*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 216: «se nel caso Eternit fosse stata applicabile la nuova norma sul disastro ambientale, il reato non sarebbe stato prescritto neanche secondo il criterio della cessazione dell'attività come *dies a quo* della prescrizione adottato dalla Cassazione».

²⁶ In tal senso opina recisamente A. L. VERGINE, *I nuovi delitti ambientali*, cit., per cui «i lunghissimi tempi di prescrizione [...] di per sé non costituiscono una soluzione, ma un *escamotage* simbolico, di grande effetto (forse) sull'opinione pubblica, ma di scarsissima efficacia in concreto».

²⁷ Cfr. G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 405.

²⁸ Le stesse infatti «sono modellate [...] secondo uno schema causale "puro" tipico del più classico *Kernstrafrecht*»; così, criticamente, M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, cit., p. 453-454.

²⁹ In tal senso si osserva che «la costruzione come reati di evento delle principali nuove fattispecie incriminatrici (il riferimento è, in particolare, all'inquinamento ambientale e al disastro ambientale) può spostare il radicarsi del *tempus commissi delicti* anche molto in avanti rispetto al momento di realizzazione della condotta, posto che l'evento offensivo tipico, necessario ai fini della perfezione, potrebbe seguire anche a distanza di un considerevole lasso di tempo» (C. BERNASCONI, *Commento sub art. 1, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8 Legge 22 maggio 2015 n. 68, L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla l. 68/2015 (disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in www.lalegislazionepenale.eu, 11.01.2016, p. 17-18).

³⁰ In tal senso v., perspicuamente, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 432, 452.

³¹ Tale secondo alcuni da poter compromettere la concreta operatività delle figure incriminatrici: cfr. A. MANNA, *Le norme penali come argine all'alterazione irreversibile dell'ecosistema*, in *Arch. pen.*, 2, 2017, p. 659 ss.

spartiacque tra l'*iter criminis* e il postfatto, secondo la classica dinamica del reato istantaneo.

Per contro, il diverso inquadramento della fattispecie di cui all'art. 452 *quater* come reato permanente non appare appagante, sotto molteplici profili³².

In primo luogo, lo stesso non pare tenere conto delle evidenti diversità strutturali che intercorrono tra il tipo legale del disastro innominato e il nuovo delitto di disastro ambientale "tipico". Né tali diversità strutturali paiono suscettibili di superamento valorizzando la mera *intentio* del legislatore di recepire le elaborazioni giurisprudenziali maturate nel solco dell'applicazione "ambientalista" dell'art. 434.

Inoltre, si è giustamente sottolineato come la ricostruzione ermeneutica in termini di reato permanente possa rappresentare un cavallo di Troia concettuale, veicolando un "appiattimento" dei singoli contributi causali idoneo a eludere i problemi connessi a un rigoroso accertamento del rispettivo nesso eziologico³³.

Va poi ricordato il nutrito scetticismo, attestato in dottrina, circa la stessa compatibilità della natura di reato di evento con quella di reato permanente³⁴. Vero che è ormai accettata la figura del reato eventualmente permanente, ammettendosi quindi che un illecito (già istantaneamente perfezionatosi) acquisti la permanenza, a tutti gli effetti di legge, in virtù del protrarsi nel tempo della perpetrazione dell'offesa iniziale. Ma, inverosimilmente, il ricorso a tale declinazione della categoria pare risolutivo, dal momento che nel nuovo disastro ambientale sono carenti non solo la volontà del legislatore di condizionare la rilevanza penale a un consistente prolungamento della condotta offensiva, ma, ancor prima, la discriminante ontologica della permanenza sul piano dell'offesa.

L'offesa propria del reato permanente è, infatti, durevole nel tempo e sussiste se e in quanto sostenuta da una perdurante condotta del reo: a essere incriminata è propriamente una compressione del bene protetto, il quale resta al contempo (salva interferenza di fattori esterni) suscettibile di riespansione al cessare della condotta illecita³⁵.

La qualifica di reato permanente potrebbe, pertanto, attagliarsi al reato di inquinamento ambientale, ove si consideri l'evento naturalistico di "alterazione" comprendendovi anche i fatti reversibili *in rerum natura*³⁶. La stessa qualifica non pare, invece, predicabile rispetto all'evento tipico del disastro, consistente nella compromissione delle matrici ambientali, le quali (nonostante il dovere di successiva bonifica) risultano comunque irrecuperabili nel loro valore ecologico originario.

Ciò posto, la configurazione del nuovo disastro come reato eventualmente permanente sarebbe argomentabile, a ben vedere, solo ricorrendo alla concezione bifasica dello stesso, la quale postula la continuità tra un'iniziale condotta attiva di instaurazione dell'offesa e una successiva condotta di mantenimento, anche meramente omissiva; ma trattasi di impostazione

³² Si è in senso opposto sostenuto che «le conclusioni della Corte di Cassazione in ordine all'individuazione del giorno a partire dal quale dev'essere computata la prescrizione del delitto di cui all'art. 434 c.p. siano tranquillamente estensibili al nuovo delitto di disastro ambientale». Ciò in quanto «Esattamente come il reato di cui all'art. 434, co. 2, c.p., [...] il nuovo delitto di disastro ambientale potrà dirsi permanente se e fino quando l'autore, dopo l'iniziale condotta causativa dell'evento, avrà posto in essere una o più nuove condotte causali rispetto al peggioramento dell'evento-disastro già verificato, e la prescrizione di tale delitto andrà, a nostro avviso, computata a partire dal momento in cui tale permanenza sarà cessata; vale a dire, dal momento in cui sarà stato posto in essere l'ultimo frammento di condotta tipica» (A. AIMI, *Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso Eternit*, in *Quest. giust.*, 1, 2017, p. 38).

³³ V. A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in www.laegislazionepenale.eu, 04.04.2016, p. 15, il quale osserva che «Da quest'ultimo punto di vista, l'art. 452 *quater* c.p. potrebbe rivelarsi "congeniale" alla tendenza accusatoria (ricorrente nel caso di condotte di inquinamento tenute da plurimi soggetti, in un lunghissimo arco di tempo) a individuare una finalità unitaria – la c.d. strategia d'impresa – incentrata sull'occultamento dello stato di inquinamento e sull'elusione degli obblighi di eliminazione degli effetti delle condotte inquinanti: comportamenti tenuti da più soggetti, in tempi diversi, vengono, in tal modo, artificiosamente ricondotti ad una macro-condotta "unitaria", impersonale e, soprattutto, permanente».

³⁴ Cfr. G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, p. 359-360, per una ricostruzione dei termini e delle posizioni degli AA. nel risalente dibattito dottrinario a favore (Pecoraro-Albani) e contro (Vannini, Dall'Ora, Caraccioli) la configurabilità in forma permanente dei reati materiali. Per una rivisitazione critica, cfr. D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011.

³⁵ Cfr. M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Scritti patavini*, Torino, 2017, sulla "complessità, rigenerabilità e riespansività" del bene ambiente la quale non ostacola ma anzi giustifica, a fronte del principio di offensività, la punizione come reati di pericolo di fatti di per sé soli inidonei alla compromissione dell'ecosistema; accade infatti che in questi casi normalmente «il bene sia suscettibile di compromissione soltanto a seguito di una pluralità di condotte che si ripetono nel tempo, realizzate normalmente da una pluralità di soggetti».

³⁶ Sempre purché la lesione sia obiettivamente "misurabile" non potendosi prescindere perlomeno dal superamento dei limiti soglia previsti per le sostanze inquinanti. V. in tal senso, cfr. Cass., Sez. III, sent. 21 settembre 2016, n. 46170, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2016, con nota di C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*.

ormai concordemente respinta, per numerose e fondate ragioni³⁷.

In conclusione, anche nei disastri ambientali riconducibili caratterizzati da inquinamento “storico” (progressivo e/o lungo-latente) non pare possibile ricorrere alla figura del reato permanente, se non al rischio di distorcerne irreparabilmente l'essenza. Al più, tenendo conto della natura di delitto di evento del disastro ambientale, a fronte del ripetersi di *fatti* inquinanti di imponente portata (ossia, a una plurima realizzazione del tipo), potrà più correttamente evocarsi, anche ai fini della prescrizione, la figura del reato eventualmente abituale³⁸. Ad ogni modo, tenuto fermo il principio ribadito dalla Cassazione (per cui non può mai assumere rilievo, ai fini della consumazione, una “permanenza dell'evento” non sorretta da parallela permanenza della condotta) il ricorso al reato permanente perde gran parte della sua utilità ai fini della salvezza dal “tempo dell'oblio” delle responsabilità per catastrofi ambientali lungolatenti³⁹.

Più proficuo risulta, allora, soffermarsi sulla ricostruzione del disastro ambientale quale reato istantaneo di macroevento che ben può impernarsi, nella prassi, sui poli della realizzazione a condotta frazionata e/o dell'evento differito.

Sotto il primo profilo, ogni susseguente apporto si configura come suscettibile di sussunzione nella condotta tipica purché di apprezzabile valore causale e in sé “abusivo” (in omaggio alla clausola di illiceità espressa), oltreché sorretto *ab origine* da un coefficiente di colpevolezza tale da abbracciare l'evento finale.

Sotto il secondo, possono trovare almeno parziale soddisfazione talune problematiche suscitate dal fenomeno della “lungolatenza” del danno ambientale: il reato a evento differito consente, infatti, la divaricazione tra cessazione della condotta e manifestarsi dell'evento, per converso sempre inammissibile nel reato permanente, dove il parallelismo tra condotta e offesa non può mai venire meno⁴⁰.

Infine, deve tenersi presente come gli approdi della giurisprudenza di legittimità sul disastro innominato ambientale (dei quali taluno ipotizza l'automatica l'estensione al disastro tipico) siano tutt'altro che incontrastati. Invero, la stessa sussunzione nel disastro innominato di gravi fatti di inquinamento ambientale viene nettamente censurata, in quanto operazione di sostanziale analogia, condotta in spregio al principio di tassatività⁴¹. Altri, per contro, criticano il “dogma” della Cassazione in senso opposto auspicando (già *de iure condito*) un ampliamento della nozione di reato permanente adattata alla fenomenologia concreta dei reati ambientali, tale da superare il requisito della concomitanza tra condotta ed effetti lesivi, ed estendendo la durata dell'offesa tipica (e quindi la nozione di permanenza) sino alla rimozione di questi ultimi⁴².

Nel “diritto vivente” del merito, inoltre, si registrano tuttora discrepanze rispetto ai confini

³⁷ Nel senso qui criticato – peraltro in relazione al disastro “ambientale” contestato ai sensi degli artt. 434 e 449- v. ad es. l'affermazione per cui «il disastro ambientale acquista il carattere di reato permanente, in quanto il perdurare della condotta omissiva mantiene il soggetto in uno stato di costante violazione dell'obbligo giuridico e quindi di continua lesione all'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice»; così E. ROSI, *Brevi note in tema di “dis-astro” ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2015, la quale si richiama appunto alla tesi bifasica come esposta da B. PETROCELLI, in *Principi di diritto penale*, I, 3ª ed., Napoli, 1950, p. 284. Ma trattasi di tesi efficacemente confutata: v., per tutti, F. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 322, «tralasciando altre critiche, si deve soprattutto rammentare che del secondo obbligo [di cessare lo stato antiggiuridico realizzato], che costituisce il cardine della dottrina in esame, non vi è traccia alcuna tanto nell'ordinamento giuridico quanto nelle singole norme che configurano reati permanenti».

³⁸ Beninteso, ove si superi l'intuitiva difficoltà di individuare un unitario nucleo soggettivo di imputazione delle plurime condotte inquinanti.

³⁹ Non pare condivisibile, pertanto, quanto sostenuto da G. CERAMI, *La vicenda Eternit alla luce dei nuovi delitti contro l'ambiente e del principio di ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 1, 2016, p. 16-17, laddove afferma che nell'ipotesi di applicazione del nuovo reato di disastro ambientale il processo Eternit non si sarebbe prescritto a condizione di interpretare la nuova fattispecie di disastro ambientale come eventualmente permanente, nel senso (contrario all'insegnamento nomofilattico) per cui «Fino a quando vi sarà un'alterazione dell'ecosistema o una compromissione ambientale, il delitto non potrebbe considerarsi cessato, considerato che, come detto, queste circostanze non possono essere ritenute meri effetti pregiudizievoli di un precedente delitto, ma fatti attraverso i quali si manifesta il delitto», laddove «Qualora invece il delitto venga interpretato come reato istantaneo ad effetti permanenti, ad essere adottato sarebbe ancora il criterio della cessazione dell'attività, con il rischio di assistere a nuove dichiarazioni di estinzione del reato per decorrenza del termine di prescrizione».

⁴⁰ Rimane la diversità concettuale del problema della latenza dell'offesa già perfetta e dell'eventualità di una sua scoperta anche assai tardiva (anche per l'emersione solo successiva di nuovi paradigmi scientifici e nuove tecnologie di indagine), con le annesse difficoltà di distinguere tra verificarsi dell'evento anche a distanza della condotta e il diverso ulteriore momento del sopravvenire della percezione dello stesso.

⁴¹ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit. un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?* in *www.laegislazionepenale.eu*, 16.07.2015, spec. p. 21 e ss. (ora anche in *Diritto penale dell'economia*, II, *Impresa e sicurezza*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Bologna, 2015).

⁴² Cfr. A. MILITA, *Il Disastro ambientale “nominato”*, in *www.lexambiente.it*, 11.09.2015; D. FIORDALISI, *cit.*, p. 191: «Il profilo della durata del pericolo è nascosto da una struttura del reato, che sembra tutta polarizzata su un evento distruttivo di tipo naturalistico. Al contrario, va chiarito bene che quello che la Cassazione e la Corte costituzionale chiamano “proiezione offensiva” è un vero e proprio elemento, che si affianca al danno e ha una duplice dimensione: il numero di persone che possono essere coinvolte e la durata del pericolo [...]. le conseguenze, finché sono tipiche dal punto di vista oggettivo e soggettivo, costituiscono una parte dell'offesa del reato, non conseguenze dell'offesa».

del reato innominato “ambientale” tracciati dalla Suprema Corte, con evidente riflesso negli approdi pratici in tema di prescrizione (come attesta anche la recentissima sentenza sul “caso Bussi”⁴³).

Alla luce delle precedenti considerazioni, pare legittimo fornire risposta quantomeno dubitativa all’interrogativo sulla “utilità” del raddoppiamento sanzionatorio in relazione al disastro ambientale. Invero, la posticipazione del momento consumativo (individuato nella compromissione ambientale irreversibile) rispetto a una condotta iniziale (anche remota nel tempo) ben potrebbe essere idonea, in molti casi, a pervenire a una definitiva affermazione di responsabilità entro il quindicennio in cui il disastro ambientale risulterebbe prescritto secondo i parametri ordinari.

4.

Incoerenza con la prescrizione degli “altri” delitti ambientali (*intra ed extra codicem*).

A ben vedere, unico incontrovertibile comune denominatore tra i delitti interessati dal raddoppio dei termini prescrizionali disposto dalla legge n. 68 è l’oggetto giuridico, quale trasparentemente emerge dalla nuova apposita *sedes materiae* codicistica⁴⁴. Pare allora possibile interrogarsi se la scelta derogatoria del legislatore sia giustificata sul piano teleologico, in virtù del particolare pregio riconosciuto al bene ambiente e/o di una sua particolare vulnerabilità, tali da tradursi rispetto alle relative offese in un bisogno di pena particolarmente persistente⁴⁵.

Preliminarmente alla ragionevolezza intrinseca di siffatta *ratio derogandi*, tuttavia, deve esserne confermata l’effettiva riconoscibilità nel diritto oggettivo. La relativa indagine, per essere significativa e non tautologica, non può allora limitarsi alla riforma del 2015 isolatamente considerata, dovendo invece quest’ultima essere contestualizzata nel complessivo sistema di tutela penale dell’ambiente⁴⁶.

L’ipotesi di un legame funzionale e non arbitrario tra irrigidimento della prescrizione e bene ambiente è, infatti, in tanto suscettibile di una conferma o smentita, in quanto il nuovo VI *bis* non esaurisce la tutela penale apprestata dal nostro ordinamento a presidio del bene suddetto, nemmeno quella che si estrinseca in incriminazioni delittuose.

Appare opportuno, peraltro, escludere dal raffronto la gran parte delle fattispecie adattate dal diritto vivente a una finalità di tutela ambientale che non apparteneva loro in origine, come pure quelle dotate di spettro plurioffensivo, in cui l’ambiente rientra solo in via indiretta⁴⁷.

Ebbene, pur così circoscritta, l’indagine non conferma la sussistenza di un orientamento normativo in generale volto a sottrarre al normale incedere dei termini prescrizionali i delitti contro l’ambiente; ne emergono, anzi, diverse distonie determinate dalla scelta derogatoria riformatrice.

Nello stesso ordito codicistico, basti considerare il delitto di incendio di cui all’art. 423 *bis*, con oggettività giuridica coincidente in via esclusiva (o quantomeno principale) con l’ambiente, data la delimitazione dell’oggetto materiale a “boschi, selve, o foreste ovvero [...] vivai forestali destinati al rimboschimento, propri o altrui”⁴⁸.

Anche nella sua previsione colposa, l’incendio boschivo risulta comunque escluso, oltre che dal rinvio dell’art. 157 al titolo VI *bis*, altresì dal raddoppio del termine prescrizionale disposto

⁴³ Corte di Assise d’appello de L’Aquila, 17/02/2017 (in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2017, con nota illustrativa di S. ZIRULIA): «anche solo in base a regole di comune esperienza», «la significativa consistenza e persistenza delle sostanze contaminanti [...] a stretto e diffusivo contatto con le matrici ambientali, equivalga a protrazione della consumazione della fattispecie criminosa fino alla cessazione di quelle condotte, anche di tipo omissivo, che vi hanno dato causa, determinando l’aggravamento della lesione – e non degli effetti della lesione – del bene giuridico protetto» (p. 189).

⁴⁴ Per una lettura sistematica che trae dalla riforma la rinnovata conferma di una protezione dell’ordinamento accordata all’ecosistema non quale valore in sé (ecocentrica) bensì in quanto ambiente salubre e ottimale della vita umana e quindi, in un certo senso, strumentale alla pubblica incolumità (antropocentrica) cfr. M. CATENACCI, *I delitti contro l’ambiente tra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1069.

⁴⁵ O addirittura in cui l’offesa all’ambiente può in concreto mancare del tutto. Sull’importanza di un impiego del bene giuridico in funzione critica, rispetto alla deriva di tutela delle funzioni della PA, v. C. RUGA RIVA, Torino, 2016, p. 13-14.

⁴⁶ Cfr. in argomento M. CATENACCI, *L’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2015, p. 35.

⁴⁷ Quali ad es. l’art. 500 c.p. (diffusione di una malattia di piante ed animali) o l’art. 181, comma 1 *bis*, d. lgs. n. 42/2004, in tema di abusi edilizi su aree di particolare pregio (anche ambientale). Cfr. *amplius*, in tema, la ancora utile ricognizione di A. BERNARDI, *La tutela penale dell’ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, Ferrara, 1997.

⁴⁸ Cfr. S. CORBETTA, *sub art. 423-bis*, in *Codice penale commentato* diretto da E. Dolcini – G. L. Gatta, II, 4^a ed., Assago, 2015, p. 1827; in tal senso orientata la giurisprudenza: cfr. Cass. 30.04.2001, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1102.

a favore dei “delitti colposi di danno” di cui all’art. 449 c.p., stante che quest’ultima disposizione espressamente esclude dal proprio ambito applicativo le “ipotesi previste nel secondo comma dell’articolo 423-*bis*”⁴⁹.

Ne discende una prima smentita all’ipotesi di giustificazione “assiologica” della speciale deroga prevista nell’art. 157 per i nuovi “delitti contro l’ambiente” posto che le condotte tipiche ai sensi dell’unica incriminazione del titolo VI con sicura finalità di tutela ambientale risultano sottoposte al regime prescrizione ordinario⁵⁰.

Alla medesima conclusione induce la cernita delle fattispecie delittuose rinvenibili nel decreto legislativo n. 152 del 2006, noto come “Codice dell’ambiente”.

Non deve, infatti, trarre in inganno la constatazione che l’art. 260 del detto decreto (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti) sia sottoposto a un regime differenziato *in peius*.

Vero che la fattispecie risulta sottoposta a trattamento ancora più rigoroso di quello degli “ecodelitti” di nuovo conio: non solo gode del raddoppio del termine base, ma risulta altresì sottratta al limite massimo di aumento del periodo necessario a prescrivere conseguente ad atti interruttivi, *ex art.* 161 c.p. Almeno secondo la lettura prevalente, quindi, il ripetuto sopraggiungere di cause di interruzione è suscettibile di procrastinare illimitatamente il raggiungimento del *dies ad quem*⁵¹.

Tuttavia, a ben vedere, la *ratio* di tale trattamento non va ricercata nella tutela dell’ambiente, bensì nello scopo proprio del catalogo di incriminazioni delle richiamate disposizioni del codice di rito (e in cui lo stesso art. 260 risulta annoverato) ossia la definizione della competenza delle Procure distrettuali antimafia. Il sottostante amalgama sostanziale può essere scorto nei collegamenti più o meno intensi ed evidenti (criminologici, prima che tecnico-giuridici) di detti reati con la criminalità organizzata, o quantomeno nell’intensità dell’allarme sociale da essi suscitato⁵².

Determinante, in tal senso, appare la modalità organizzata della condotta offensiva, direttamente evocata dalla rubrica dell’art. 260 T.U.A., e la sua tendenziale realizzazione in forma concorsuale e associativa⁵³. Difatti, benché il reato in questione astrattamente si configuri come fattispecie monosoggettiva abituale (e l’organizzazione quindi come carattere oggettivamente immanente all’azione, non come obiettivo programmatico di una *societas sceleris*) gli interpreti concordano nel ritenere che lo stesso si manifesti, quale fattispecie concreta e “socialmente tipica”, in forma plurisoggettiva⁵⁴.

A conferma di ciò, si noti come nessuna deroga al regime ordinario operi, invece, rispetto al delitto di combustione illecita di rifiuti di cui all’art. 256 *bis* del medesimo Codice, nonostante la pacifica ascrivibilità alla tutela dell’ambiente⁵⁵.

Tale ultima disposizione, peraltro, contiene più tipi legali delittuosi, atteso che il relativo

⁴⁹ Esclusione che ci pare tanto più significativa ai fini della prescrizione in quanto priva di incidenza *quoad poenam*, attesa la perfetta coincidenza delle cornici edittali (da uno a cinque anni) dell’incendio colposo *ex art.* 423 *bis*, comma 2 e delle ipotesi colpose di cui all’art. 449 comma 1.

⁵⁰ La distonia era particolarmente evidente rispetto all’incendio comune colposo, rispetto alla quale la Corte cost. ha dichiarato illegittimità dell’art. 157 nella parte in cui, per effetto del generalizzato rinvio ai delitti di cui all’art. 449, prevedeva per lo stesso un termine prescrizione più lungo di quello della corrispondente fattispecie dolosa. Ovviamente senza l’esclusione dal novero dell’art. 449 si sarebbe riprodotta entro la disposizione del 423 *bis* distonia omologa a quella censurata dalla Consulta nella summenzionata sentenza, avendosi prescrizione decennale per l’incendio boschivo doloso e in dodici anni (pari al doppio del tempo necessario a prescrivere) per quello colposo.

⁵¹ Ciò in forza dell’esclusione dal limite massimo sancita nello stesso art. 161 ai reati di cui all’art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. Ne deducono al riguardo una “imprescrittibilità di fatto” dei reati in elenco G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Milano, 2017, p. 361. Peraltro, secondo altra proposta interpretativa, proprio in virtù del fatto che per molti (se non tutti) i reati ivi elencati risulta previsto *ex art.* 157 c.p. il raddoppio del termine prescrizione di base la clausola di cui all’art. 161, comma 2 deve intendersi in senso diametralmente opposto, ossia che la prescrizione di tali reati non è mai suscettibile di interruzioni: cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, p. 836.

⁵² Sul criterio speciale di attribuzione dei compiti di pubblico ministero per tali reati, e i suoi effetti sulla competenza del giudice, v. per tutti R. FONTI, *Sub art.* 51 *bis-ter*, in *Codice di procedura penale commentato* a cura di A. Giarda – G. Spangher, I, 5^a ed., Assago, 2017, p. 704 e ss., con ricca bibliografia.

⁵³ M. DE MARCO, *Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, in *Il «doppio binario» nell’accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, p. 183.

⁵⁴ Il che, del resto, la accomuna al sequestro estorsivo, anch’esso reato monosoggettivo attribuito alla competenza delle direzioni distrettuali antimafia. Sulla stretta connessione della figura con il fenomeno delle cc.dd. ecomafie, controllanti gran parte del ciclo di smaltimento illecito dei rifiuti, v. G. DE SANTIS, *Il delitto di «attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti» (art. 260 d.lgs. 152/2006)*, in *Rass. arma Car.*, 3, 2008, p. 61 ss.

⁵⁵ Il delitto in questione, emblematico esempio di normativa emergenziale, è stato introdotto dal decreto-legge 10 dicembre 2013, n. 136, convertito con modificazioni dalla legge 6 febbraio 2014, n. 6. In argomento, v. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio Massimario (red. A. CORBO), Relazione n. III/02 del 17/02/2014; A. ALBERICO, *Il nuovo reato di combustione illecita dei rifiuti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2014; A. MANNA, *Dalla legge sulla «Terra dei fuochi» agli ultimi d.d.l. in tema di «ecoreati»: un diritto penale «spot?»*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2014, p. 469 ss.; A.M. PIOTTO, *Il nuovo delitto di «combustione illecita dei rifiuti» tra emergenza e criticità*, in *L.P.*, 1-2, 2014, p. 3 e ss.

comma 2 (con singolare elevazione delle fattispecie contravvenzionali base a delitti di attentato) estende la sanzione per «chi appicca il fuoco a rifiuti» a «colui che tiene le condotte di cui all'articolo 255, comma 1, e le condotte di reato di cui agli articoli 256 e 259 [rispettivamente: abbandono di rifiuti, gestione di rifiuti non autorizzate, traffico illecito di rifiuti] in funzione della successiva combustione illecita dei rifiuti».

Di qui il disallineamento tra gli «ecodelitti» e la fattispecie delittuosa (*rectius*, norma a più fattispecie) di cui all'art. 256 *bis*; disallineamento di ardua giustificazione, trattandosi di delitto che pur presentando con tutta evidenza disvalore maggiore (riflesso nella più elevata comminatoria edittale) di reati-funzione quali l'impedimento del controllo (452 *septies*) ovvero dell'omessa bonifica (452 *terdecies*), si estingue tuttavia in soli sei anni, a fronte dei dodici necessari per questi ultimi.

Nei medesimi termini, si registra disarmonia rispetto al reato di inquinamento ambientale, nonostante rispetto allo stesso sia riscontrabile un'area di specialità reciproca (ben potendo la combustione illecita accompagnarsi o determinare eventi di «compromissione o deterioramento significativi e misurabili» di ecosistemi). Al riguardo, la clausola di sussidiarietà dell'art. 256 *bis* verso il «più grave reato» eventualmente concorrente sembra trovare applicazione per la sola ipotesi base (punita con reclusione da uno a cinque anni) ma non anche per quella caratterizzata dalla pericolosità dei rifiuti bruciati (con pena da tre a sei anni, laddove dall'art. 452 *bis* c.p. parte da un minimo edittale di due).

Inoltre, pare significativo notare che la combustione illecita aggravata ricade, già in astratto, al di fuori del perimetro della causa di non punibilità per particolare tenuità dell'offesa (art. 131 *bis* c.p.); non è invece precluso al giudice ravvisarla in relazione a taluni delitti introdotti dalla riforma del 2015, sotto i già richiamati artt. 452 *septies* e 452 *terdecies*⁵⁶. Ciò, da un lato, pare confermare l'assenza di un rapporto di proporzione (se non la sua inversione) tra gravità dell'offesa e lunghezza del decorso estintivo; dall'altro, stimola dubbi sulla ragionevolezza del raddoppio rispetto alla casistica dei suddetti ecodelitti, destinata a essere attratta nella «depenalizzazione in concreto»⁵⁷; pare, infatti, di dubbia utilità una difesa a oltranza dall'incedere del tempo di reati bagatellari, al solo fine di riconoscerne giudizialmente la non meritevolezza di pena⁵⁸.

In definitiva, quindi, la ipotesi di una *ratio* ancorata alle specificità del bene protetto (sia pure limitatamente ai soli delitti) nonostante appaia suggestivamente evocata nello stesso riferimento operato dalla disposizione derogatoria al complessivo titolo VI *bis*, risulta smentita da una più ampia lettura del sistema⁵⁹.

5. Incoerenza interna alla disciplina dei nuovi ecodelitti: l'allineamento tra fattispecie dolose e colpose, di danno e di pericolo.

Un ulteriore profilo di irrazionalità emerge alla luce dell'art. 452 *quinqüies*, (delitti colposi contro l'ambiente) il quale al primo comma dispone che «Se taluno dei fatti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*quater* è commesso per colpa, le pene previste dai medesimi articoli sono diminuite da un terzo a due terzi».

⁵⁶ Sul punto, cfr. C. BERNASCONI, *Reati ambientali e particolare tenuità del fatto*, in www.laegislazionepenale.eu, 22.09.2017, spec. p. 6-7. V. altresì F. LOSCHI, *I reati ambientali all'incrocio con l'incontenibile vis expansiva della nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, nota a Trib. Milano, sez. X, 02.04.2015, in *Arch. pen.*, 2015, L. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, in www.lexambiente.it, 30.03.2015; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 59.

⁵⁷ In tema, cfr. R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1473 ss.; ID., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 659 ss.

⁵⁸ Tanto più che come recentemente chiarito (Cass. pen., sez. III, sent. n. 30685 del 26/01/2017 il relativo provvedimento di archiviazione non è iscrivibile nel casellario giudiziale (eliminandosi così un effetto penale di sia pur minima valenza afflittiva e stigmatizzante). E che la dichiarazione di non punibilità pare convincentemente assimilabile, se non a una depenalizzazione in senso tecnico, si però a un fatto estintivo: v. G. ALBERTI, *voce Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2015, altresì in *Il libro dell'anno del diritto*, diretto da R. Garofoli e T. Treu, Roma, 2016. Rimane peraltro condivisibile la priorità da accordare, in caso le due situazioni concorrano, alla dichiarazione di maturata prescrizione (cfr. G. SPANGHER, *La prescrizione del reato prevale sulla particolare tenuità del fatto*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1726).

⁵⁹ Tutto ciò a prescindere dal successivo, ulteriore vaglio di legittimità costituzionale a cui una siffatta *ratio derogandi* andrebbe pur sempre sottoposta, segnatamente alla stregua del canone di uguaglianza-ragionevolezza e del bilanciamento con altri valori costituzionali.

La previsione consente quindi di imputare anche a titolo colposo, *ex art. 42*, comma 2, c.p. i delitti di inquinamento e disastro ambientale. Tuttavia, la relativa formulazione sanzionatoria, innegabilmente, riproduce quella tipica di una circostanza attenuante ad effetto speciale.

Un'esegesi di immediata aderenza a tale dato testuale condurrebbe a ravvisare nella disciplina prescrizionale dei nuovi "ecodelitti" una grave incoerenza interna. Com'è noto, infatti, nel computo di cui all'art. 157 c.p. non può tenersi conto, in nessun caso, delle diminuzioni di pena derivanti da attenuanti. Ne deriva l'equiparazione, quanto al tempo necessario a prescrivere, di fatti dolosi e colposi rispettivamente di inquinamento e disastro ambientale⁶⁰.

L'equiparazione continuerebbe, con portata ancor più grave (investendo anche il profilo oggettivo dell'offesa) ove venisse qualificata come circostanza attenuante la previsione del comma 2 del medesimo art. 452 *quinquies* che prevede⁶¹ e sanziona con pene «ulteriormente diminuite di un terzo» le condotte produttive di un mero pericolo degli eventi tipici dei reati di cui agli artt. 452 *bis* e 452 *quater*⁶².

A fronte della *littera legis*, la pur condivisibile lettura delle suddette ipotesi come fattispecie autonome appare frutto di "interpretazione ortopedica"⁶³; sicché al momento non pare potersi escludere l'irragionevole esito della sottoposizione (in forza della natura circostanziale) a un medesimo termine estintivo di fatti con diverso disvalore oggettivo e soggettivo.

Ad ogni modo, nessuno sforzo interpretativo pare sufficiente a risolvere del tutto la problematica.

Difatti, anche accedendo alla interpretazione adeguatrice "autonomista", permane comunque la coincidenza della prescrizione dell'inquinamento ambientale in forma dolosa e in forma colposa, per effetto del raddoppio operante su un medesimo termine base di sei anni (al contempo pena massima edittale della fattispecie colposa e tempo minimo inderogabile per i delitti, *ex art. 157 c.p.*).

Sull'assetto normativo dianzi esposto, pertanto, potrebbe riproporsi un dubbio di irragionevolezza analogo a quello già sottoposto alla Consulta con riferimento alla prescrizione, nel medesimo termine, del disastro "innominato" ambientale doloso e colposo (artt. 432, 449 c.p.) e su cui meglio ci si soffermerà esaminando lo "stato dell'arte" della giurisprudenza costituzionale (v. *infra*, par. 8).

6. La problematica prescrizione delle contravvenzioni ambientali nel quadro della riforma del 2015.

Notevoli perplessità si palesano, altresì, ove si estenda l'indagine alle numerose ipotesi contravvenzionali che costituiscono tuttora il principale *corpus* degli "ecoreati", collocate so-

⁶⁰ Secondo la Corte Costituzionale, peraltro, «la scelta di considerare, ai fini del calcolo del termine di prescrizione dei reati, solo l'aumento di pena derivante dall'applicazione delle circostanze aggravanti con previsione speciale di pena o a effetto speciale e non la corrispondente diminuzione derivante dall'applicazione delle circostanze attenuanti della stessa natura è espressione del legittimo esercizio della discrezionalità legislativa e non trasmoda in una violazione del principio di ragionevolezza» (Corte cost., sent. n. 324 del 1/08/2008, in *Guida al dir.*, 39, 2008, p. 80 ss. con nota di S. BELTRANI, *Sulle modifiche alla prescrizione si registra uniformità di dissensi*).

⁶¹ Ancorché in maniera particolarmente contorta: cfr. T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida Dir.*, 32, 2015, p. 10 ss.

⁶² Viene qualificata come «attenuante del comma secondo», ad es., da A. SCARCELLA, in C. Bovino, R. Codebò, A. Scarcella, *Ecoreati. I nuovi delitti contro l'ambiente*, Milano, 2015, p. 26.

⁶³ C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., il quale fa leva sulla «assurda conseguenza», cui porterebbe la qualificazione delle previsioni colpose come norme circostanziali, di ammetterne il giudizio di bilanciamento con aggravanti. In senso conforme, invocando l'esigenza di superare una prima lettura in forza della quale «la diversità dell'elemento soggettivo non condurrebbe ad una nuova ipotesi di reato, ma semplicemente ad una circostanza attenuante del fatto doloso», v., da ultimo, C. BACCAREDDA BOY, *Dolo e colpa nei nuovi "ecoreati" introdotti dalla l. 22.5.2015, n. 68*, intervento al seminario *La colpevolezza nelle più recenti fattispecie di reato*, 26.09.2017 (dattiloscritto). Non mancano tuttavia opinioni contrarie (v. M. ZALIN, in *Speciale newsletter B&P Avvocati: i nuovi reati ambientali*, 2015, p. 7).

A nostro giudizio, proprio l'esigenza di evitare l'allineamento di ipotesi delittuose di ben diverso disvalore soggettivo, sotto il profilo della prescrizione, fornisce un ulteriore argomento *ad absurdum* a sostegno dell'inquadramento dei delitti colposi contro l'ambiente (e di "danno" e "di pericolo") come reati autonomi. Difatti, mentre al denunciato rischio di soccombenza o equivalenza in sede di determinazione della pena potrebbe pur sempre ovviarsi in via interpretativa, configurando le norme come circostanze "blindate" (come già ritenuto dalla giurisprudenza, pur nel silenzio del legislatore, rispetto a determinate attenuanti ad effetto speciale: in argomento v. per tutti A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 5 e ss.), indipendentemente dall'incidenza *quoad poenam*, il categorico disposto dell'art. 157 non offrirebbe alcuno spazio ermeneutico per evitare la irragionevole coincidenza tra ipotesi dolose e "attenuate" dalla colpa rispetto al *dies ad quem*.

prattutto nel Codice dell'Ambiente⁶⁴.

Da questo versante ordinamentale, paradossalmente, è l'assenza di indicazioni in tema di prescrizione a palesarsi come un punto critico della legge di riforma, tale da suscitare gravi riserve in punto di coerenza ed efficacia politico-criminale della stessa.

Va preliminarmente ricordato che proprio il breve termine estintivo ha fornito una delle principali ragioni di critica avverso la perdurante opzione di affidare la tutela specifica del bene ambiente, prevalentemente, a norme di natura contravvenzionale⁶⁵.

Com'è noto, per effetto della legge 5 dicembre 2005, n. 251 il termine minimo di prescrizione delle contravvenzioni è stato innalzato a quattro anni (laddove il previgente art. 157 lo poneva in due anni per le contravvenzioni punite con la sola ammenda e tre anni per le altre); un aumento ritenuto troppo esiguo per mutare i termini della problematica⁶⁶. Tant'è che nella conseguente difficoltà di pervenire a condanna definitiva (con conseguente carenza di sanzioni efficaci e dissuasive), si è ravvisato un inadempimento dell'Italia rispetto agli obblighi di protezione dell'ambiente promananti dall'ordinamento europeo (direttiva 2008/99/CE)⁶⁷.

Il decorso del termine estintivo contravvenzionale, del resto, non è nemmeno suscettibile di rallentamenti *ratione subiecti*, stante l'inapplicabilità dell'istituto della recidiva (attualmente configurabile rispetto ai soli delitti⁶⁸); di qui una "stabilizzazione" dell'aspettativa di impunità anche da parte di contravventori seriali⁶⁹.

Giova poi ricordare che all'agevole prescrittibilità del reato contravvenzionale si affianca quella della relativa pena, entro un termine quinquennale (art. 173 c.p.), con il rischio che persino le sanzioni definitive restino *tamquam non essent*, specie per quel che concerne le ammende (complice la generale crisi di effettività delle pene pecuniarie)⁷⁰.

Su questo sfondo, la legge n. 68/2015, da un lato (introducendo un vasto armamentario di fattispecie delittuose) ha indubbiamente rafforzato la "credibilità" complessiva della minaccia di pena a presidio dell'ambiente, ma, al contempo, prodotto una normativa incriminatrice di risulta assai disomogenea sotto il profilo della resistenza temporale. Si è in tal senso autorevolmente notato, in sede di prima esegesi della riforma, che «l'accertamento e la repressione dei più gravi delitti ambientali godono oggi di un termine oggettivamente macroscopico (nel caso di disastro ambientale doloso, pari a quarant'anni, allungati sino a cinquanta in presenza di atti interruttivi), rispetto al quale stridono i brevissimi termini dei reati contravvenzionali prodromici»⁷¹.

Invero, la cura del legislatore sembra essere stata unicamente quella "immunizzare" dalla prescrizione le nuove fattispecie delittuose, senza considerare il perdurante impatto della medesima sull'ampia congerie di contravvenzioni ambientali. Si è determinato, per l'effetto, un vistoso disequilibrio tra i due sottosistemi penali: a essere "blindato" è stato proprio quello rispetto al quale il rischio di prescrizione appariva meno incombente, in forza della disciplina generale e degli elevati massimi edittali.

Va, inoltre, ricordato che la legge n. 68/2015 ha introdotto nel Codice dell'ambiente una Parte VI *bis* un particolare meccanismo estintivo basato sull'ottemperanza del reo a prescri-

⁶⁴ Al riguardo, nota D. FRANZIN, *La tutela penale dell'ambiente*, in AA. VV., *Diritto dell'ambiente*, 4^a ed., a cura di G. Rossi, Torino, 2017, p. 452, che «Il sistema punitivo ambientale è oggi composto da due sottosistemi ben delineati: quello incentrato sui delitti, causalmente orientati e quello rappresentato dalle contravvenzioni contenute nel TUA, che, ancora oggi, conserva in tutto e per tutto le caratteristiche proprie del diritto penale complementare».

⁶⁵ V. al riguardo, tra le molteplici voci critiche, i rilievi di C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antiggiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, p. 34; A. POSTIGLIONE, cit., p. 9.

⁶⁶ Come nota L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, 2^a ed., Piacenza, 2017, p. 72, lo stesso «non ha ovviamente scoraggiato il discorso a tecniche dilatorie che contraddistinguono i processi per reati contravvenzionali».

⁶⁷ V., in particolare, A. MANNA, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria e illegittimità costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 3, 2011, p. 10-11, con riferimento alla pretesa "Attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale" (d.lgs. n. 121/2011) mediante due ulteriori incriminazioni collocate nel terzo libro del codice (artt. 727 *bis* e 733 *bis*).

⁶⁸ Su tale innovazione della legge c.d. *ex-Cirielli*, cfr. E. DOLCINI, *La "nuova" recidiva (legge 5 dicembre 2006, n. 251)*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, 2008, p. 41; C. RUGA RIVA, *Parte generale*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale* diretto da F. C. Palazzo - C. E. Paliero, XI, *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2013, p. 17-18.

⁶⁹ Al riguardo, sottolinea la carenza di un «concreto effetto di prevenzione speciale» come problema storico della normativa penale ambientale G. BATTARINO, *La prima fase di applicazione della legge 22 maggio 2015 n. 68. Un bilancio dopo i primi dieci mesi di intervento delle nuove norme sui reati contro l'ambiente*, in www.questionegiustizia.it, 23.05.2016.

⁷⁰ In argomento cfr. le notazioni di L. GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012.

⁷¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore penale, Rel. n. III/04/2015, *Novità legislative: legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, Roma, 29.05.2015, p. 34.

zioni tecniche, di carattere ripristinatorio, “asseverate” dagli organi amministrativi competenti (analogamente a quanto già previsto per le contravvenzioni in tema di sicurezza sul lavoro dal D. Lgs. n. 758/1994).

Si tratta di una forma di definizione che il legislatore ha con tutta evidenza privilegiato rispetto alla “normale” prosecuzione del procedimento penale, con finalità eminentemente premiale e riparatoria (oltre che deflattiva)⁷².

Tuttavia, a ben vedere, proprio l’omessa considerazione della brevità dei termini estintivi degli illeciti rischia di vanificare il funzionamento del meccanismo suddetto. Difatti, la prospettiva della totale impunità per effetto del solo decorso del tempo incide negativamente anche sulla motivazione a collaborare alla definizione extrapenale: in termini di analisi economica, la scelta di accedere alla procedura estintiva speciale rischia di configurarsi come forma irrazionale di «scelta al margine»⁷³.

Se tale rilievo trovasse conferma empirica, la trascuratezza legislativa metterebbe a repentaglio una direttiva fondamentale della riforma, indubbiamente mirante a ridefinire *funditus* la funzione del reato contravvenzionale nel settore ambientale (facendone l’occasione e il presupposto per un incentivo alla rimozione o riparazione dell’offesa, con arretramento “utilitaristico” del profilo punitivo).

Tuttavia, deve darsi atto che taluni dati depongono nel senso del ridimensionamento della descritta problematica.

In primo luogo, già nell’impianto della riforma l’inizio della sub-procedura amministrativa estintiva risulta previsto, *ex art. 318 sexies*, come causa di sospensione del procedimento e, quindi, della prescrizione⁷⁴. Può agevolmente rintracciarsi, alla base, un’opportuna *ratio* di disincentivo ad adesioni opportunistiche e non serie alla opportunità di definizione extrapenale delle contravvenzioni, perseguita annullandone il possibile vantaggio conseguito in termini dilatori.

Deve, inoltre, tenersi conto della sopraggiunta “riforma Orlando” (legge n. 106 del 23 giugno 2017) che ha inciso in maniera significativa sulla disciplina prescrizione generale attraverso l’ampliamento del numero e della portata delle relative ipotesi di sospensione. Tali innovazioni (su cui si tornerà *infra*, par. 9) sono destinate a incidere anche (e forse, soprattutto) sulle contravvenzioni, verosimilmente aumentandone, nella prassi, le *chance* di resistenza al “tempo dell’oblio”.

7. Ulteriori discrasie sistematiche: la prescrizione del disastro innominato ambientale e la responsabilità da coreato dell’ente.

Come è noto, la nuova fattispecie di disastro trova applicazione «fuori dai casi previsti dall’articolo 434 c.p.»⁷⁵: trattasi di un dato che non può essere ignorato ai fini della valutazione di coerenza e ragionevolezza dell’operato del legislatore anche sotto il profilo in discorso.

Secondo l’interpretazione più accreditata, il richiamo va inteso come clausola di salvaguardia, mediante la quale il legislatore avrebbe solo voluto escludere che l’entrata in vigore della riforma determinasse una *abolitio criminis* parziale⁷⁶.

Per effetto della stessa, comunque, l’art. 434 (e la sua realizzazione in forma colposa, crimi-

⁷² Cfr. al riguardo P. CORSO, *La normativa penale dell’ambiente nei suoi riflessi processuali penali*, in *Arch. Pen.*, 2, 2017, p. 15.

⁷³ Ciò in quanto viene meno l’interesse «del contravventore (considerato quindi quasi alla stregua del consumatore nella teoria microeconomica) ad avvalersi della procedura introdotta dalla legge n. 68/2015 a lui favorevole rispetto al procedimento ordinario, ma che potrebbe risultare per lo stesso soggetto non sufficientemente “appetibile” in determinate situazioni, in cui il decorrere dei termini di prescrizione della contravvenzione e i tempi di esercizio dell’attività giudiziaria potrebbero consentirgli di raggiungere comunque l’impunità addirittura a costo zero (ossia senza dover adempiere alle istruzioni impartitegli e senza pagare la somma dovuta, sia pure in misura ridotta rispetto alla sanzione edittale prevista)». In termini, Camera dei deputati – Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Doc. XXIII, N. 26, *Relazione sulla verifica dell’attuazione della legge 22 maggio 2015, n. 68, in materia di delitti contro l’ambiente* (approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati nella seduta del 23 febbraio 2017), p. 40.

⁷⁴ V. B. MUSCATIELLO, *L’entropia ambientale. Dal boia (improbabile) all’esattore (incerto)*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2016, p. 7, riprende la definizione di Tullio Padovani (“sincope processuale”) dell’omologo istituto operante per le contravvenzioni in ambito lavoristico.

⁷⁵ V. per tutti la drastica censura di T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida Dir.*, 32, 2015, p. 10 ss.

⁷⁶ La clausola servirebbe quindi a evitare alcun condizionamento negativo dei procedimenti già in corso per il reato di cui all’art. 434 offensivi dell’ambiente. Anche a tali fini, peraltro, la specificazione normativa in discorso risulta a ben vedere superflua. Cfr., per tutti, G. CARUSO, *cit.*, p. 81 ss.

nalizzata ex art. 449) deve ora considerarsi a pieno titolo un reato a oggetto (anche) ambientale, in avallo della ricostruzione estensiva già datane dalla giurisprudenza ordinaria⁷⁷.

A prescindere dalla individuazione dell'area di residua applicabilità del disastro innominato (*sub specie* ambientale), la detta clausola pare fornire avallo positivo al "diritto vivente" formatosi sull'art. 434, implicitamente riconoscendo come tale fattispecie concorra alla protezione dell'ambiente⁷⁸.

Orbene, il disastro doloso ex art. 434 c.p. non gode del raddoppio disposto a favore dei delitti contro l'ambiente del titolo VI *bis*, né gode di quello per previsto per l'omologa fattispecie colposa (discrasia, questa, evidenziata in una *quaestio* di legittimità costituzionale recentemente definita⁷⁹). Pertanto, esso si prescrive secondo le regole generali, con un termine di base di dodici anni.

L'estraneità dell'art. 434 al raddoppio del termine prescrizione per i delitti del nuovo titolo VI *bis* può, però, dirsi ragionevole?

I risultati emergenti da siffatta esclusione alimentano i dubbi in senso contrario. Per taluni delitti del nuovo titolo (artt. 452 *septies*, 452 *terdecies*) sono previste pene assai più lievi di quella comminata per il disastro innominato, per fatti che tuttavia (per effetto del raddoppio operato sul minimo generale dei delitti), si estinguono, anch'essi, in non meno di dodici anni. Parimenti, il reato di inquinamento ambientale, punito con pena massima dimezzata rispetto a quella prevista dall'art. 434, comma 2, si prescrive nello stesso periodo.

Con specifico riferimento a tale figura, appare difficile negare che il disastro innominato (figura, come si è visto, ora anche legislativamente confermata nella sua declinazione "ambientale") abbia più grave portata offensiva del delitto di inquinamento. Tale valutazione trova conferma, sul piano strutturale, nell'affinità tra il "vecchio" disastro ambientale e il "nuovo" tipizzato dall'art. 452 *quater* (unica fattispecie interessata dalla clausola di salvezza verso l'art. 434). Invero, come si è convincentemente notato, tra l'inquinamento ambientale e il disastro ambientale "tipico" vi è un rapporto di autentica progressione criminosa⁸⁰.

Per quanto risulti difficile ipotizzare come tale rapporto possa in concreto intercorrere tra 452 *bis* e 434, pare necessario ritenere che l'offesa legata all'evento disastroso, anche se da disastro "innominato", ove insistente sull'ambiente, abbia comunque natura più grave e assorbente rispetto a quella insita nel reato di inquinamento.

Infine, un'altra incrinatura della coerenza del sistema prescrizione in materia ambientale, potrebbe emergere dal paragone con la minore "resistenza all'oblio" che caratterizza le forme di responsabilità da reato degli enti.

Prima della legge n. 68 del 2015, poteva notarsi come le fattispecie penali a tutela dell'ambiente (data la loro natura perlopiù contravvenzionale), ove suscettibili di fondare la responsabilità della persona giuridica, avessero ricadute tendenzialmente più rigorose per l'ente che per l'imputato-organo, proprio perché quest'ultimo poteva sovente godere di un più breve termine prescrizione⁸¹.

Oggi, per contro, il rapporto tra il trattamento punitivo dell'autore del reato e quello dell'ente coinvolto parrebbe aver subito, almeno sotto tale profilo, un complessivo capovolgimento, rimanendo nondimeno alquanto disarmonico. Com'è noto, i delitti di cui al Titolo VI *bis* sono stati altresì inseriti tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente, con contestuale modifica dell'art. 25 *undecies* d. lgs. 231/2001; ma nei confronti dell'ente si applica

⁷⁷ Se non di quella costituzionale che (almeno in passato) ha fondato la legittima permanenza del disastro innominato come norma di chiusura, e fattispecie dal contenuto cangiante, sul mantenimento della omogeneità strutturale con le altre forme di disastro, e, quindi, sul comune denominatore della violenta *immutatio loci* (Corte cost., sent. 30/07/2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3539 ss., con nota di F. GIUNTA, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*). La Consulta, tuttavia, sembra aver da ultimo avallato tale diverso "diritto vivente": cfr., *amplius*, *infra*, par. 8.

⁷⁸ Questa, almeno, è l'interpretazione di tale *ius superveniens* autorevolmente patrocinata dalla Consulta nella sentenza n. 265 del 22 novembre 2017 (su cui v. più diffusamente *infra*, par. 8): «È noto, infatti, come, prima della recente introduzione dei nuovi delitti in materia di ambiente, la giurisprudenza – valorizzando l'ampia comprensività del concetto di «altro disastro» (cosiddetto disastro innominato), cui fa riferimento l'art. 434 cod. pen. – abbia ripetutamente ricondotto a tale paradigma punitivo, anche e soprattutto nell'ipotesi colposa delineata dall'art. 449 cod. pen., fatti di cosiddetto disastro ambientale. Proprio fatti di tal genere formano, del resto, oggetto di due degli odierni giudizi *a quibus*. Si tratta di una soluzione interpretativa che la legge 22 maggio 2015, n. 68 (Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente) ha inteso convalidare e preservare, inserendo nella formula descrittiva della nuova fattispecie tipica di disastro ambientale delineata dall'art. 452-*quater* cod. pen. una clausola volta espressamente a far salvi «i casi previsti dall'articolo 434».

⁷⁹ V. la nota precedente.

⁸⁰ M. CAPPAL, *Un "disastro" del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452 quater c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2016, p. 6.

⁸¹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 08 agosto 2011, p. 17.

comunque la prescrizione dell'illecito amministrativo, seppure "da reato" (anche ambientale), ex art. 22, la quale non viene comunque influenzata dal raddoppio dei termini di prescrizione di cui all'art. 157 comma 6⁸².

8.

Lo statuto *in fieri* del giudizio di ragionevolezza sulla prescrizione del reato.

Alla luce delle evidenziate criticità, appare necessario interrogarsi sui rimedi offerti dal sindacato costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza, al di là di auspicabili respiscenze *de iure condendo*.

Al riguardo, va anzitutto ricordato che un decisivo impulso alla giustiziabilità delle scelte derogatorie in materia è stato impresso dalla sentenza costituzionale n. 143 del 2014, la quale ha sancito l'illegittimità per irragionevolezza della previsione di un termine di prescrizione maggiore per l'incendio colposo di quello valevole per l'incendio doloso, per effetto del rinvio dell'art. 157 c.p. all'art. 449⁸³.

La quarta sezione penale della Corte di Cassazione, richiamandosi a detta pronuncia, ha ritenuto parimenti irragionevole, sottoponendolo alla Consulta, il sovrapposimento del termine di prescrizione tra fattispecie dolosa e colposa di disastro innominato, sempre dovuta all'eccezione prevista all'art. 157 per i «delitti colposi di danno». Risulta di particolare interesse che l'atto di promovimento abbia specificamente enucleato, all'interno della incriminazione, la figura applicativa (di origine, come si è visto, eminentemente pretoria) del disastro innominato ambientale⁸⁴.

Nella sentenza n. 265 del 22 novembre 2017, tuttavia, la Corte costituzionale ha dichiarato infondato il dubbio di costituzionalità, sottolineando la diversità tra l'assetto normativo oggetto delle questioni respinte e quello inciso dalla sentenza n. 164 del 2014⁸⁵. In particolare, la sottoposizione di fatti di reato (identici dal punto di vista del fatto materiale tipico ma sorretti da un diverso elemento psicologico) a un medesimo termine prescrizionale non è stata ritenuta, di per sé, insostenibile alla luce del principio di uguaglianza, come invece è stato per la prescrizione di un delitto colposo in un tempo più lungo di quello necessario per l'omologo delitto doloso. La scelta legislativa di derogare al criterio generale di cui all'art. 157, comma 1, unificando o facendo coincidere i rispettivi termini, può, invero, trovare legittimo fondamento (anche) nell'esigenza di consentire accertamenti di natura particolarmente complessa che si palesino necessari alla luce della peculiare fenomenologia del reato (e tale è il caso del disastro innominato "ambientale"). La natura sostanziale della prescrizione, pertanto, non implica un suo rigido adeguamento al trattamento sanzionatorio, né impedisce di riconoscere, in concreto, la ricorrenza di una valida *ratio derogandi* anche rispetto a profili specificamente attinenti al piano procedurale⁸⁶.

Nonostante il diverso esito, a ben vedere, la sentenza n. 265 si pone in piena continuità (apertamente rivendicata, del resto) con la declaratoria di illegittimità dell'art. 157 nella parte

⁸² Lo rileva S. M. CORSO, *Un nuovo soggetto processuale penale: il civilmente obbligato per il ripristino dello stato dei luoghi a seguito di delitto ambientale* (art. 452 duodecies c.p.), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 234 ss. *Amplius*, sul regime della prescrizione applicabile alle fattispecie di responsabilità da reato degli enti, M. BONTEMPELLI, *Tutela delle libertà e decorso del tempo nel processo penale agli enti* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 127 ss., il quale, peraltro, rileva come per la previsione dell'art. 22 comma 4 di un regime di sospensione della prescrizione della sanzione amministrativa dopo la contestazione e fino al giudicato, manchi un limite massimo al prolungarsi del tempo necessario a prescrivere a seguito di interruzioni e ritiene sia pertanto compromesso il ruolo della prescrizione come rimedio all'irragionevole durata del processo.

⁸³ Ciò in quanto si ritiene «manifestamente insostenibile, perché contrario a logica, che un fatto criminoso – nella specie, un incendio – causato per colpa, alla cui base si pone invariabilmente un semplice difetto di attenzione, di prudenza, di perizia o di osservanza di regole cautelari (art. 43 cod. pen.), "resista all'oblio", nella coscienza sociale, molto più a lungo del medesimo fatto di incendio causato intenzionalmente, suscettibile di collocarsi in contesti criminali ben più allarmanti, caratterizzati dal ricorso ad attività intimidatrici o di ritorsione» (Corte Cost., sent. 19/05/2014, n. 143, punto 5 del considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2363, con nota di C. PIERGALLINI; v. altresì N. RECCHIA, *È irragionevole il raddoppio del termine prescrizionale previsto per l'incendio colposo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2014).

⁸⁴ Congiuntamente alla ordinanza di rinvio emessa dalla Cassazione, sono state esaminate le questioni di costituzionalità (di analogo tenore argomentativo e identico *petitum*) sollevate dal Tribunale ordinario di Torino, dal Tribunale ordinario di Velletri e dal GUP presso il Tribunale ordinario di Larino.

⁸⁵ Corte Cost., sent. 22/11/2017, n. 265, in *www.federalismi.it*, n. 24, 20/12/2017.

⁸⁶ In ciò affiancandosi al peculiare allarme sociale promanante dal reato, saldamente ancorato al profilo sostanziale dell'illecito, in quanto espressione di prevenzione generale, bisognoso di riscontro nell'entità della comminatoria editale e nel carattere doloso della violazione (tale parametro, secondo le argomentazioni di alcuni rimettenti e delle parti private, avrebbe dovuto ritenersi l'unica possibile *ratio derogandi* al regime ordinario concessa alla discrezionalità del legislatore).

relativa all'incendio colposo. In entrambe le pronunce, infatti, si ribadisce che l'ineliminabile margine discrezionale del legislatore nella disciplina della prescrizione non comporta che le sue scelte siano esenti dallo scrutinio alla luce dell'art. 3 Cost., sì da costituire una "zona franca" dal sindacato di costituzionalità. In tal senso depone, inequivocabilmente, che il rigetto abbia preso la forma di una sentenza con un dispositivo di infondatezza (e non di inammissibilità, segno che la Corte ha escluso il *petitum* ricadesse nell'area del "merito politico" ad essa precluso secondo quanto esplicitato dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87).

Significativo appare, altresì, il silenzio serbato in sentenza in merito al raddoppio dei termini prescrizionali operato dalla legge 68 del 2015, non richiamato nemmeno a fini di ricognizione sistematica, nonostante la comunanza di materia con la fattispecie scrutinata⁸⁷. Va, pertanto, escluso che la relativa novella dell'art. 157 abbia ottenuto alcun avallo, nemmeno indiretto, dalla Consulta, dimodoché rimane impregiudicata la verifica, in punto di ragionevolezza, delle sue molteplici sfaccettature applicative (se non anche della novella nella sua interezza).

Peraltro, sulla descritta tendenza della giurisprudenza costituzionale verso il rafforzamento del sindacato della prescrizione si è allungata (sino a tempi recentissimi), l'ombra di una corposa interferenza delle fonti sovranazionali, proiettata dalla prima sentenza resa dalla Corte di Giustizia UE nella nota causa "Taricco" in risposta a rinvio pregiudiziale del GUP di Cuneo⁸⁸.

Comè noto, la Corte di Lussemburgo aveva inizialmente indicato ai giudici italiani la strada della disapplicazione obbligatoria della normativa nazionale in tema di prescrizione, quando detta normativa (impedendo le relative condanne) determinasse in concreto una sistematica impunità delle frodi gravi sull'IVA, in danno degli interessi finanziari della Unione europea (specificamente salvaguardati dall'art. 325 del Trattato sul funzionamento della UE).

Tale assunto, a ben vedere, sarebbe stato foriero di ricadute sistematiche potenzialmente estese ben al di là del ristretto ambito repressivo del mancato assolvimento dell'IVA⁸⁹.

Invero, una volta sancita come doverosa l'imprescrittibilità delle "gravi frodi" relative a tale imposta sarebbe stato arduo sostenere, se non la legittimità, quantomeno la perdurante praticabilità di un sindacato restrittivo (o finanche di una interpretazione *secundum constitutionem*) sulla disciplina della prescrizione: ciò tanto per la pervasività degli obblighi di incriminazione (espresi e inespressi) di matrice eurounitaria, destinati a scontrarsi o a travolgere i parametri interni di ragionevolezza delle deroghe al regime ordinario, quanto per la conseguente difficoltà di mantenere fermi questi ultimi anche in relazione a ipotesi in cui si faccia questione unicamente di diritto interno⁹⁰.

Il contrasto con l'evoluzione garantistica interna appariva, forse, inevitabile già nelle diverse premesse, posto che alla base del primo arresto della Corte europea stava il disconoscimento

⁸⁷ Silenzio tanto più significativo ove si consideri che la stessa sentenza: fa riferimento alla legge n. 68 del 2015, al diverso fine di ritenere ferma, in forza della clausola di salvezza dell'art. 452-*quater* a favore dell'art. 434 c.p., l'oggettività giuridica (anche) ambientale di tale ultima fattispecie (punto 9 in diritto); richiama svariate ipotesi codicistiche di equiparazione tra previsioni colpose e dolose dello stesso fatto delittuoso quanto al tempo necessario a prescrivere (punto 7 in diritto) operanti «indipendentemente dal censurato meccanismo del raddoppio».

⁸⁸ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 8.9.2015, C-105/14. La relativa questione di rinvio pregiudiziale (Trib. Cuneo, ord. 17.01.2014, GUP Boetti) è in *Dir. pen. cont.*, 07 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?* Sulle varie successive tappe della complessa vicenda si segnalano (nell'ambito di una bibliografia ormai alluvionale) le ampie miscellanee interdisciplinari de *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa, L. Ziletti, Pisa, 2016; *Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, atti del convegno, in *Riv. AIC*, 4, 2016, 11.11.2016; *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, nonché il successivo *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli, 2017, cui *adde*, almeno, i contributi collettivi apparsi in *Criminalia*, 2015, p. 249 ss. (*Il punto su... Interessi finanziari dell'Unione europea, prescrizione del reato e principio di legalità. A proposito della sentenza Taricco*) nonché in *questa Rivista*, 1, 2016, p. 204 ss. (*Tavola rotonda: il caso Taricco*). Sulla soluzione ipotizzata dall'Avvocato generale alla vigilia della sentenza "Taricco due" v. per tutti P. CORSO, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte UE sulla vicenda Taricco: un contributo non risolutivo*, in *Corr. trib.*, 2017, p. 2871 ss. Su tale ultima pronuncia della Corte di Giustizia, cfr. *infra*, *sub* n. 97.

⁸⁹ Il più evidente dei quali è la insostenibile discriminazione in punto di estinzione del reato e, quindi, di concreta punibilità, tra gli autori di "gravi frodi" ai danni (anche) degli interessi finanziari europei e ai danni invece del solo Erario statale. V. in tema, persuasivamente, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, p. 87-88, la quale opinava che «le violazioni al principio di eguaglianza generate dalla sentenza Taricco possono avere molte sfaccettature ed essere classificate da diversi angoli visuali», giungendo a evocare al riguardo un impiego dell'art. 3 Cost. come "controlimite" insieme all'art. 25.

⁹⁰ Ciò in quanto, nonostante la copertura dell'art. 10 Cost., l'interesse finanziario della UE non pare poter assumere (almeno, nella prospettiva della teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata) un rango tale da giustificare la tutela mediante sottoposizione delle relative aggressioni a un regime più rigoroso di gravi offese a beni personalistici. In diversa prospettiva, tuttavia, la Corte di Giustizia ha fatto leva sulla maggior protezione fornita dallo Stato italiano ad altri interessi fiscali erariali (desunta dalla più difficile prescrizione del reato di associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, punita dall'art. 291 *quater* del D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e quindi di una sperequazione sanzionatoria per difetto ai danni dell'interesse finanziario, di natura omogenea, facente capo alla UE.

rispetto alla prescrizione dello statuto legalitario proprio delle norme penali sostanziali, lad-dove nella giurisprudenza costituzionale è ormai consolidata la ricostruzione sostanzialistica dell'istituto⁹¹.

Da qui, l'ulteriore pericolo, in prospettiva, di un allineamento della concezione domestica a quella sovranazionale, con conseguente generale retrocedere delle garanzie, una volta qualificate disposizioni in materia di prescrizione come meramente processuali a tutti gli effetti⁹².

Da ultimo, tuttavia, il rischio di una siffatta messa a repentaglio dello statuto di ragionevolezza della prescrizione non più incombente. Nella sentenza del 5 dicembre 2017, in risposta alla questione di rinvio pregiudiziale sottoposta dalla Corte costituzionale italiana (a seguito dalla prima succitata sentenza Taricco)⁹³, la Corte di Giustizia ha, infine, riconosciuto legittimo che il regime giuridico italiano in tema di prescrizione fosse ricondotto «al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene»; per concludere, alla luce dell'importanza apicale che «tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali [...] riveste il principio di legalità dei reati e delle pene» che la disciplina prescrizione vigente all'epoca della condotta non può essere disapplicata *in malam partem*, ancorché la sua applicazione non risulti funzionale alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea⁹⁴.

Sebbene anche tale approdo della Corte UE non sia privo di implicazioni problematiche per il nostro ordinamento⁹⁵, può comunque ritenersi che (almeno allo stato attuale) il diritto europeo non impone il forzoso abbandono della qualificazione domestica della prescrizione quale istituto di diritto sostanziale. Pare quindi potersi escludere ogni interferenza esterna sull'ormai stabile indirizzo della Consulta verso un vaglio pieno di ragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*, delle opzioni legislative in tale ambito.

⁹¹ La quale, com'è noto, ha tratto dalla natura sostanziale dell'istituto conseguenze di rilievo quali l'assoggettamento a verifica di legittimità della disciplina transitoria della *ex Cirielli*, che escludeva la retroattività della nuova normativa ove più favorevole al reo *ex art. 2 c.p.* (Corte cost., sent. 23/11/2006, n. 393); ribadisce tale indirizzo Corte Cost., sent. 19/07/2011, n. 236 (arresto tanto più significativo per la consapevole sottolineatura della eccentricità dell'assunto rispetto all'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo, con la consapevolezza quindi che la prescrizione rimane al di fuori dalla garanzia convenzionale della legalità penale). Nella argomentazione della Corte di Giustizia, la esclusione della prescrizione dall'ambito del principio di legalità penale è funzionale a sottrarre la disapplicazione delle relative norme al limite dell'irretroattività. Ravvisa, al riguardo, un «comodo *alibi*» nella attribuzione della natura processuale alla prescrizione da parte della Corte di Giustizia, C. CUPPELLI, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 425.

⁹² Basti pensare all'assunto, «unanimemente condiviso», in forza del quale «neppure le declaratorie d'incostituzionalità, quando colpiscono norme penali di natura processuale, possono infrangere il giudicato (essendo un tale effetto, ulteriormente travolgente, riconosciuto unicamente, alla stregua dell'art. 30 co. 4 L. 87/1953, alle sentenze che invece abbiano ad oggetto norme di diritto penale sostanziale» (M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo. Sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 31.7.2017, p. 11). A scanso di questo pericolo non sarebbe stato rassicurante richiamare la «clausola di salvezza» del più elevato livello di protezione dei diritti fondamentali accordato dagli Stati membri di cui all'art. 53 CDFUE, considerata l'interpretazione estremamente restrittiva datane dalla Corte di Giustizia a tutela del primato del diritto UE (cfr. Grande Sezione, sent. 26/02/2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11, su cui v. per tutti A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il dir. Un. eur.*, 2013, p. 399 ss.).

⁹³ Corte cost., ord. 26.1.2017, n. 24 (in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, p. 478 ss., con nota di A. FRANCO, *Disapplicazione della prescrizione per i reati iva, principi costituzionali e controlimiti: l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia Ue*).

⁹⁴ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017 (in causa C 42/17), punti 45 e 51. *Ivi*, in dispositivo: «Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». Con la conseguenza, ci pare, che una disapplicazione potrà (e dovrà) aversi solo rispetto a sopraggiunte norme prescrizionali più favorevoli che siano destinate a trovare applicazione retroattiva *ex art. 2 c.p.* Ma anche questa ipotesi appare discutibile, posto che l'art. 49 della Carta di Nizza (dalla stessa Corte richiamato) contempla tra le garanzie proprie della legalità penale anche la retroattività della *lex mitior*.

⁹⁵ Cfr. in argomento A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giur. Pen. Web*, 2017, 12, 6.12.2017; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2017.

9. L'incidenza della riforma "Orlando" sui meccanismi derogatori della prescrizione ordinaria.

Ulteriori riflessioni si impongono, oggi, alla luce dell'entrata in vigore delle modificazioni introdotte dalla "legge Orlando" anche in tema di prescrizione⁹⁶.

Anzitutto, va rilevato come i nuovi dispositivi di "lotta alla prescrizione" costituiti dalle sospensioni "ampie" operanti con l'inizio della fase processuale vadano a sommarsi a una disciplina del computo del termine di base rimasta inalterata, mentre risultano ampliate le possibilità di proroga del *dies ad quem* per effetto di atti interruttivi⁹⁷.

Data la natura generale della novella dell'art. 159, le modifiche in tema di sospensione sono naturalmente destinate a incidere, in maniera proporzionale, sui tempi processuali di accertamento di qualsiasi imputazione. Il che, inevitabilmente, accentua lo squilibrio già esistente tra i reati soggetti alla prescrizione ordinaria e reati oggetto delle varie eccezioni nominative *in peius* dell'art. 157. Ne consegue, infatti, un ulteriore irrobustimento della resistenza al tempo dei delitti già caratterizzati dalla duplicazione del termine di base. Almeno in relazione a queste ipotesi, allora, pare condivisibile il rilievo per cui l'allungamento dei termini processuali disposto dal riformatore «configge col principio di ragionevole durata del processo»⁹⁸.

La riforma Orlando appare quindi, sotto questo aspetto, un fattore ulteriormente dilatatorio delle già evidenziate irrazionalità nella prescrizione dei reati ambientali, ampliando l'entità delle discrasie senza rafforzarne le giustificazioni. Pare anzi possibile sostenere che proprio il riassetto rigoroso ed efficientistico impresso alla disciplina generale della prescrizione renda, in ogni caso, superfluo (oltre che iniquo) il mantenimento del vasto armamentario di deroghe peggiorative per singoli delitti o insiemi di delitti, quali quelli riuniti sotto il titolo VI *bis*.

Ma, a ben vedere, la riforma appare di notevole interesse anche sotto l'aspetto del diverso paradigma normativo scelto dal legislatore per tradurre la volontà di posticipare la prescrizione di talune categorie di reati.

La riforma ha, infatti, inserito nell'art. 161, comma 2 il riferimento a svariati reati contro la Pubblica Amministrazione, annoverati in tal modo tra i delitti per i quali l'interrompersi del corso della prescrizione può prolungare sino alla metà il relativo termine. Si è trattato di scelta non banale, considerata la divergenza sul punto tra il testo finale (su cui il Governo ha posto la questione di fiducia) e la "classica" soluzione di raddoppio del tempo base, accolta nel testo precedentemente adottato dalla Camera dei deputati⁹⁹.

Sembra, allora, che la strategia legislativa di specifico "contrasto alla prescrizione" di determinate categorie delittuose si stia orientando verso uno strumento di applicazione più flessibile, quale, appunto, l'ampliamento delle conseguenze temporali della fattispecie interruttiva, in luogo della fissità predeterminata del raddoppio del termine di base¹⁰⁰. Tale maggiore flessibilità potrebbe, forse, rivelarsi idonea a giustificare la "ragionevolezza" come deroga peggior-

⁹⁶ Legge 23 giugno 2017, n. 103, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* (in G.U. n. 154 del 4.07.2017), in vigore dal 3 agosto 2017. Sulle novità introdotte dalla riforma in punto, cfr. la sintetica rassegna di D. BIANCHI, *Riforma Orlando: il nodo della prescrizione*, in www.parolaalladifesa.it, 16.06.2017; G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, 1, 2016, p. 88 ss.; *amplius*, L. DELLA RAGIONE, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 57 e ss.; A. PECCIOLI, *La riforma della prescrizione*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017) e relativi decreti attuativi (3 ottobre 2017)*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E. M. Mancuso, Milano, 2017, p. 61 ss.; *Id.*, *La prescrizione del reato tra presente e futuro*, Genova, 2017, *passim*; E. PILLA, *La nuova disciplina della prescrizione del reato*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2017, p. 57 ss.; P. SCOGNAMIGLIO, *Prescrizione dei reati dopo la Riforma Orlando*, Napoli, 2017.

⁹⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 7ª ed., Torino, 2017, p. 524-525, pur riconoscendo che «L'istituto della prescrizione è particolarmente controverso sul piano politico» e «Ogni sua applicazione è vista (non a torto) come un insuccesso del *law enforcement* penalistico», osserva che «la riforma, ispirata a un'esigenza politica di esibizione di rigore, ha cumulato sistemi (atti interruttivi e sospensione in corso di processo) che ragionevolmente dovrebbero essere alternativi».

⁹⁸ A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milano, 2017, p. 583 e 589.

⁹⁹ Circostanza riportata da S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, p. 243 ss.

¹⁰⁰ E. PILLA, *op. cit.*, p. 71, osserva che «La prescrizione rischia di essere in gran parte già consumata quando si instaura il procedimento» e che pertanto il legislatore avrebbe più efficacemente realizzato il suo intento inserendo tali reati tra quelli per cui l'art. 157 dispone un allungamento del termine ordinario.

rativa al regime ordinario¹⁰¹.

Per contro, tuttavia, potrebbe risulterne ulteriormente alimentato il dubbio di irragionevolezza del modulo normativo prescelto (anche) per i delitti ambientali: nell'immediato, per la comparativa sproporzione, posto il suo effetto rigido e inesorabile ai danni dell'imputato in quanto operante già in astratto e insensibile alle vicende dell'accertamento (ebbene, d'altro canto, ciò possa ritenersi più aderente alla natura sostanziale della prescrizione); in prospettiva, per l'inattualità del modello in discorso, ove si palesi concretamente accantonato dalle tecniche impiegate *de iure condendo* (benché nella sua vigenza risulti, allo stato, ampiamente maggioritario, come attesta il nutrito e variegato catalogo del sesto comma dell'art. 157).

Rimane peraltro, sullo sfondo di ogni possibile considerazione, il noto vizio d'origine del regime prescrizionale in vigore (inemendato dall'ultima ondata riformatrice): la forte polarizzazione verso la recidiva aggravata, nelle sue varie forme, ciò che determina, in concreto, una geometria estremamente variabile (su base soggettiva) del tempo necessario a prescrivere un medesimo fatto di reato¹⁰².

Questo carattere generale, a ben vedere, inevitabilmente condiziona anche la specifica disciplina derogatoria degli ecodelitti, sotto un duplice profilo: in astratto, ne aggrava l'immanente irragionevolezza, poiché all'applicazione della recidiva conseguono dilatazioni temporali viepiù del già raddoppiato termine di base (sia pure senza l'ineluttabilità discendente dall'originario divieto di bilanciamento¹⁰³); in concreto, pare concorrere a rafforzarne il pratico fondamento, atteso che molti (se non i più) dei delitti ambientali risultano ascrivibili a delinquenti primari, rispetto ai quali si pone quindi il problema di una "deviazione" dal binario prescrizionale di favore¹⁰⁴.

In conclusione, dati anche i limiti generali del sindacato costituzionale di ragionevolezza (più idoneo a correggere le singole deviazioni dalla norma generale, piuttosto che le scelte fondamentali di sistema) appare decisamente auspicabile (per quanto improbabile) un nuovo intervento *funditus* del legislatore che rimedi all'abuso di ipotesi derogatorie, non solo in campo ambientale, parallelamente e nel quadro di una più generale razionalizzazione e "oggettivizzazione" dell'istituto prescrizionale¹⁰⁵.

¹⁰¹ V., tuttavia, il giudizio scettico, al riguardo, di A. SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 7: «Innanzitutto, la scelta di accrescere la durata massima dei termini solo per alcuni reati – in particolare delitti contro la pubblica amministrazione – non risponde a criteri di ragionevolezza, bensì a quello di stigmatizzare in chiave di prevenzione generale prassi amministrative devianti senza valutare se davvero emergono esigenze di maggiore complessità (e durata) dell'accertamento giudiziario in materia; né, d'altro canto, i beni giuridici a base dei rispettivi delitti meritano più tutela di altri, di pari se non maggiore rilievo, al punto da generare un trattamento diversificato sui tempi della scure estintiva, salvo a valorizzare impropriamente talune esternazioni di organismi sovranazionali manifestate contro l'Italia nel censurare lo scarso rigore della lotta al fenomeno della corruzione».

¹⁰² In tema cfr. *amplius* P. CIPOLLA, *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giur. merito*, 2009, p. 1185 e ss. (persuasivamente individua la riforma della recidiva in particolare reiterata quale «*fil rouge*» dell'intera riforma); E. DOLCINI, *La "nuova" recidiva*, cit., p. 46 e ss.; F. GIUNTA, *Il fiou della nuova prescrizione nel cappio della ritrovata recidiva. A proposito della "Cirielli" divenuta "ex"*, in *Crit. Dir.*, 3-4, 2005, p. 178 e ss.; G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 509 ss.

¹⁰³ Ridimensionato, com'è noto, da vari interventi della Consulta: cfr. per la declaratoria di illegittimità parziale dell'art. 99, comma 5, c.p. Corte Cost., sent. 8/07/2015, n. 120 in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2016, con nota di F. URBAN, [Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale](#).

¹⁰⁴ Sulla c.d. prescrizione breve introdotta dalla legge n. 251 del 2005, polemicamente intesa come forma di sostanziale «amnistia di classe» per i non recidivi e, al contempo, concausa del sovraffollamento carcerario (per tutti gli altri) cfr. A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, *Legalità penale: tre atti di una crisi*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, cit., p. 12-13.

¹⁰⁵ In tal senso permangono ancora attuali, e (purtroppo) inascoltate, anche a seguito dell'ultimo intervento riformatore, le notazioni di A. MANNA, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni critiche di carattere introduttivo*, in *Trattato di Diritto penale* diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, p. 992, il quale lamenta proprio come il raddoppio dei termini prescrizionali avvenga nella perdurante inerzia nel varo di una disciplina generale sostitutiva della "famigerata" legge ex Cirielli.

La “diversione” ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche

Alcune annotazioni in merito alla speciale procedura estintiva prevista per le contravvenzioni del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152

The Environmental “Diversion”: Reductionist Effects and Systemic Concerns

A Commentary on the Out-of-court Settlement Procedure Applicable to the Environmental Misdemeanors of the Legislative Decree No 152 of 3 April 2006

ADRIANO MARTUFI

*Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università degli studi di Ferrara
mrtdrn1@unife.it*

DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE, CONTRAVVENZIONI

ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW; MISDEMEANOURS

ABSTRACT

Il presente contributo analizza l'innovativo meccanismo “premiante” introdotto dalla riforma ambientale del 2015 (legge 22 maggio 2015, n. 68) e finalizzato a estinguere talune contravvenzioni di cui al d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152. L'articolo ripercorre i principali snodi della speciale procedura, ponendo l'accento sulla sua ambigua natura giuridica e ricostruendone le finalità politico-criminali. Il lavoro prende in seguito posizione in merito alla dibattuta questione dell'ambito applicativo del nuovo procedimento e alla sua proposta estensione alle contravvenzioni punite con pena congiunta detentiva e pecuniaria. L'articolo si conclude con un'ampia disamina del ruolo giocato da questa nuova ipotesi di non punibilità sopravvenuta nell'ambito delle c.d. tecniche di degradazione d'illecito.

The Law No 68 of 22 May 2015 introduced a diversionary procedure enabling the out-of-court settlement of certain minor criminal violations of the Environmental Code (Legislative Decree No 152 of 3 April 2006). This article analyses in depth the various stages of this innovative procedure, placing particular emphasis on its possible legal qualification. The policy functions of the new procedure and its scope of application are also critically assessed. Conclusively, the article concentrates on the new procedure's compliance with the principles of restorative justice. It is submitted that this new diversion scheme can be regarded as a form of de facto decriminalisation, based on a bargaining process which sits at odds with aims of restorative justice.

SOMMARIO

1. Introduzione: il ruolo giocato dalla procedura “estintiva” nel quadro complessivo dell’intervento di riforma. – 2. Finalità politico-criminali e natura giuridica del nuovo meccanismo definitorio – 3. La problematica estensione del meccanismo premiale alle contravvenzioni istantanee. – 4. L’ambito applicativo della procedura e le contravvenzioni punite con pena congiunta. – 5. Conclusioni: “diversione” ambientale e nuove tecniche di degradazione d’illecito.

1.

Introduzione: il ruolo giocato dalla procedura “estintiva” nel quadro del complessivo intervento di riforma.

Le brevi considerazioni che seguono mirano a tratteggiare ciò che sin dai primi commenti è stato definito come il “secondo pilastro”¹, o il volto nascosto, della riforma ambientale varata con legge 22 maggio 2015, n. 68. Quasi a fare da contraltare al rafforzamento della tutela penale realizzata con l’introduzione nel codice di nuove fattispecie delittuose a tutela dell’ambiente², la riforma ha varato un innovativo meccanismo “premile” finalizzato a estinguere talune contravvenzioni previste dal Testo Unico in materia ambientale (d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152)³.

Introducendo una nuova parte VI-*bis* al suddetto testo normativo, l’intervento riformatore ha dato vita a un complesso procedimento incentrato sulla rinuncia alla pena edittale, previa regolarizzazione della situazione anti-giuridica creata dall’illecito. Nel porre mano alla disciplina, il legislatore del 2015 ha così inteso esplicitamente importare nel contesto della lotta alla criminalità ambientale un modello, quello ingiuntivo-prescritzionale, già sperimentato con successo in materia lavoristica⁴.

Senonché, siffatta innovazione è parsa ad alcuni in contraddizione con il già ricordato varo di nuove ipotesi delittuose in materia ambientale, al punto da suggerire l’immagine di un legislatore che, assunte le fattezze di Giano Bifronte, nella prima parte della legge aggrava e nella seconda giunge persino a sdoganare una sorta di “depenalizzazione di fatto” di tutte o quasi le contravvenzioni ambientali⁵.

Vi è poi chi non ha lesinato critiche al nuovo meccanismo estintivo, ritenuto incapace, a causa delle sue farraginose cadenze procedurali, di incidere in chiave deflativa sui procedimenti penali in materia ambientale⁶. Ormai divenuto una sorta di “basso continuo” della più recente legislazione penale⁷, il tema della deflazione processuale ha così finito per infiltrarsi anche nella pieghe della riforma ambientale, dopo aver condizionato il dibattito parlamentare e l’iter di approvazione della legge⁸.

Merita tuttavia di essere evidenziato come, accanto alle summenzionate voci critiche, non siano mancati i commenti che, all’opposto, hanno accolto con favore la nuova disciplina “ritenendola idonea ad incidere su gran parte delle contravvenzioni”⁹ e a conseguire importanti

¹ C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, p. 73

² M. TELESKA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante “disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”: ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015, p. 32.

³ La rubrica di questa addenda si caratterizza tuttavia per un deprecabile errore nell’intitolazione, non essendo stata modificato (all’esito dei lavori parlamentari) il riferimento agli illeciti amministrativi, in realtà sottratti all’applicazione del procedimento estintivo. La nuova parte VI-*bis* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 è perciò formalmente (e incongruamente) consacrata alla «Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale».

⁴ In merito all’istituto, originariamente disciplinato agli artt. 19 ss. del d. lgs. 19 febbraio del 1994, n. 758, cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro. Alcune osservazioni a «bocce ferme» intorno alle recenti (e sedicenti) riforme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 848 ss.

⁵ M. SANTOLOCI, *La legge sui delitti ambientali un Giano bifronte: nella prima parte aggrava e nella seconda parte (di fatto) estingue i reati ambientali*, in www.dirittoambiente.net, 17 marzo 2014 p. 1 ss.; ma vedi altresì con accenti fortemente critici G. AMENDOLA, *Le novità in atto ed eventuali: chi inquina non paga?* in www.lexambiente.it, 8 maggio 2015.

⁶ A. L. VERGINE, *La strada dell’inferno è lastricata di buone intenzioni. A proposito del d.d.l. 1345/2014 sui delitti ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 457-471; M. TELESKA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante “disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”: ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, cit., p. 38.

⁷ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. A proposito della legge n. 67 /2014* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1693 ss.

⁸ Cfr. Resoconto stenografico della seduta del 20 gennaio 2014, con la quale l’Assemblea della Camera dei deputati. Ma vedi altresì M. MONTANARI, *Il Senato approva il ddl in materia di delitti contro l’ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 8 marzo 2015.

⁹ M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2015, p. 1

traguardi in chiave di deflazione processuale¹⁰.

Quanto poi al fatto che l'istituto in discorso sarebbe sintomo di un'incongruenza politico-criminale della legge di riforma occorre notare, viceversa, come l'intervento del legislatore appaia (sotto il profilo del trattamento sanzionatorio) tutt'altro che irragionevole. Esso, anzi, sembra iscriversi nel solco di direttrici di politica criminale già ampiamente sperimentate nel campo della legislazione penale complementare¹¹: direttrici che, coniugando la rivalutazione della "capacità general-preventiva" delle pene (in particolare di quelle detentive) con l'introduzione di meccanismi volti alla "neutralizzazione del pericolo dell'offesa" al bene protetto, sembrano ispirate, soprattutto, a un'istanza di effettività della tutela.

Inoltre, nel caso della legge 68 del 2015, sembra assai discutibile che il ricorso alla procedura "estintiva" – termine improprio, come si cercherà di argomentare – realizzi una incondizionata degradazione di illeciti penali al rango di infrazioni amministrative. E anzi: i *caveat* che circoscrivono l'ambito applicativo di questo speciale procedimento sembrano evidenziare il proposito del legislatore di consentirne un ricorso assai più contenuto rispetto a quello dell'affine istituto lavoristico¹².

2. Finalità politico-criminali e natura giuridica del nuovo meccanismo definitorio.

Prima di affrontare alcuni dei numerosi dubbi interpretativi che la nuova disciplina solleva è opportuno rammentare, sommariamente, le sequenze in cui si articola il procedimento delinqueo dalla nuova Parte VI-*bis* del t.u.a.

Si è detto che non esiste "una completa sovrapposibilità tra la situazione che si riscontra nel settore della sicurezza sul lavoro e quella che si riscontra nel campo ambientale"¹³, i due settori distinguendosi in ragione delle tecniche di tutela impiegate e per la diversa struttura degli illeciti contravvenzionali.

Invero, come meglio diremo, neppure il procedimento estintivo previsto per le contravvenzioni ambientali appare in tutto e per tutto identico a quello disciplinato in materia lavoristica, pur ricalcandone gli snodi essenziali.

Così come accade in materia di sicurezza sul lavoro, anche qui l'iniziativa spetta di regola a un ente accertatore (denominato "organo di vigilanza") che, nello svolgimento di funzioni di polizia giudiziaria¹⁴, accerti l'esistenza di una violazione sussumibile in una delle fattispecie contravvenzionali a cui la procedura si applica (per cui vedi *infra*). A tale organo (o, più in genere, alla polizia giudiziaria) spetta il compito di impartire una prescrizione "allo scopo di eliminare la violazione accertata", fissando un termine per l'adempimento¹⁵.

Il contenuto della prescrizione non è predeterminato dalla legge e la sua individuazione è rimessa alla discrezionalità dell'organo di vigilanza. Tuttavia, essendo rivolta allo scopo di "eliminare" la situazione antiggiuridica accertata, la prescrizione deve consistere, quanto meno,

¹⁰ I numeri elaborati da Legambiente «sull'azione repressiva svolta nel 2016 dalle forze di polizia» (Carabinieri, Capitaneria di porto, Guardia forestale) riportano che, delle 574 notizie di reato concernenti delitti o contravvenzioni «ambientali», ben 401 (pari a circa il 70%) sono state definite attraverso la procedura in esame; cfr. LEGAMBIENTE, *Ecoreati nel Codice penale: numeri e storie di una legge che funziona*, Roma, 16 maggio 2017.

¹¹ Cfr., per tutti, l'ampio affresco di M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in ID. (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, pp. 3-59.

¹² Come si dirà meglio in seguito, infatti, l'elaborazione giurisprudenziale ha condotto a una trasfigurazione del meccanismo premiale disciplinato agli artt. 20 e ss. del d.lgs. 758 del 1994, la quale facendo prevalere istanze deflazionistiche sulle originarie finalità ripristinatorie dell'istituto ne ha dilatato l'ambito applicativo ricomprendendovi anche le c.d. contravvenzioni a «condotta esaurita».

¹³ V. PAONE, *La prescrizione dei reati ambientali secondo la l. 68/2015: non mancano dubbi interpretativi*, in *Amb. svil.*, 2016, p. 499 ss. il quale sottolinea come, a differenza delle contravvenzioni del Testo Unico ambientale, i reati in violazione della normativa in tema di igiene e sicurezza sul lavoro siano prevalentemente reati omissivi propri ad effetto permanente.

¹⁴ L'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'articolo 55 c.p.p., ovvero la stessa polizia giudiziaria, impartisce al contravventore un'apposita prescrizione asseverata tecnicamente dall'ente specializzato competente nella materia trattata; cfr. art. 318-*bis* c. 1 t.u.a. In merito all'attività di vigilanza e controllo da parte delle autorità preposte ai controlli ambientali (e in materia di sicurezza e igiene sul lavoro) si veda ora l'art. 452-*septies* c.p., che incrimina (con pena della reclusione da sei mesi a tre anni) qualsiasi condotta di impedimento, intralcio o elusione dell'attività di vigilanza nonché ogni altro contegno che ne comprometta gli esiti.

¹⁵ Termine il quale, comunque, non deve essere superiore al periodo di tempo tecnicamente necessario a porre in essere l'attività di regolarizzazione.

nell'obbligo di tenere il contegno imposto dal precetto penale violato¹⁶, anche se è ragionevole ritenere che l'organo di vigilanza possa (in base alle esigenze del caso concreto) ordinare "specifiche modalità di adempimento" per eliminare la contravvenzione o i suoi effetti¹⁷. Tale eventualità sembra destinata a verificarsi, in particolare, allorché la violazione della norma penale consegua a problemi tecnico-organizzativi, verificatisi in seno all'organizzazione aziendale e necessitanti un intervento *ad hoc*.

Resta fermo che, qualora dall'illecito derivino conseguenze tali da far temere un danno o un pericolo, le prescrizioni possono assumere natura più strettamente "cautelare" e tradursi financo in un divieto di prosecuzione dell'attività¹⁸. Come già ricordato, infatti, con la prescrizione l'organo accertatore "può imporre specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose"¹⁹.

Una volta impartita la prescrizione, qualora un successivo accertamento verifichi che l'intervento ripristinatorio ha dato seguito alle indicazioni impartite dall'organo di vigilanza²⁰, il contravventore è ammesso al pagamento in sede amministrativa di una somma pari a un quarto del massimo della pena pecuniaria edittale. Il pagamento della somma, combinandosi con la previa regolarizzazione (entrambi debbono essere ritualmente comunicati al p.m.), determina *ipso iure* l'estinzione del reato, vincolando il p.m. a richiedere l'archiviazione e il g.i.p. a disporla.

Il principale elemento di diversità che caratterizza questa procedura rispetto all'analogo meccanismo applicabile alle contravvenzioni anti-infortunistiche, risiede nella previsione di un supplementare onere interpretativo posto in capo all'organo di vigilanza. Quest'ultimo, infatti, non deve soltanto verificare che l'irregolarità riscontrata integri gli estremi di una fattispecie di reato, ma è tenuto a compiere un ulteriore e problematico accertamento (di tipo negativo), escludendo che la violazione abbia cagionato danno o pericolo (concreto e attuale) alle "risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette"²¹.

Si tratta, in tutta evidenza, di un giudizio implicante valutazioni in merito all'offensività dell'illecito, peraltro problematicamente rimesse all'organismo di vigilanza²².

La necessità di siffatta valutazione è imposta dalla stessa lettera dell'art. 318-*bis* t.u.a.: il riferimento all'evento di danno o pericolo concreto non può infatti essere inteso nel senso dell'inclusione, nell'ambito applicativo della procedura, delle sole condotte tipizzate come reati di pericolo astratto o presunto. Più verosimile è che il legislatore abbia rimesso all'ente di vigilanza il compito di formulare, caso per caso, un giudizio prognostico in merito alla "possibilità o certezza che la situazione sia idonea a provocare nell'attualità un danno o pericolo concreto"²³.

Occorre, d'altra parte, porre mente all'aggettivazione utilizzata dal legislatore, il quale – riferendosi all'eventualità che dalla condotta tipica derivi un pericolo di danno all'ambiente – ha richiesto che quest'ultimo sia "attuale" oltre che "concreto". È del resto opinione condivisa che il riferimento alla concretezza alluda a uno standard probatorio che esclude la possibilità di un accertamento imperniato su standardizzazioni o presunzioni. Quanto all'attualità del pericolo, essa va invece riferita a situazioni in cui "la realizzazione del danno appaia prossima o di imminente realizzazione"²⁴.

Ne deriva che la procedura di regolarizzazione sarà applicabile in prima battuta alle contravvenzioni incentrate su violazioni c.d. formali (che non modificano in alcun modo la realtà

¹⁶ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 279 c. 6 t.u.a.: «Chi, nei casi previsti dall'articolo 281, comma 1, non adotta tutte le misure necessarie ad evitare un aumento anche temporaneo delle emissioni è punito con la pena dell'arresto fino ad un anno o dell'ammenda fino a milletrentadue euro».

¹⁷ Si tratta di un ventaglio di comportamenti amplissimo che, specie nel caso di precetti che individuino condotte doverose a contenuto elastico, o che impongono condotte alternative, involgono delicate operazioni esegetiche da parte dell'ente accertatore.

¹⁸ M. TELESCA, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della legge n. 68/2015*, Torino, 2016, p. 114.

¹⁹ Cfr. art. 318-*ter* c. 3 t.u.a.

²⁰ L'art. 318-*quater* c. 1 t.u.a. recita: «Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione ai sensi dell'articolo 318-*ter*, l'organo accertatore verifica se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati dalla prescrizione».

²¹ Quanto all'individuazione dell'oggettività giuridica protetta dalle contravvenzioni del t.u.a. si vedano le considerazioni critiche di C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela*, Torino, 2016, p. 63.

²² Sulla delicata *actio finium regundorum* relativa all'individuazione dell'ambito applicativo del procedimento in esame rispetto a quello della non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p., cfr. M. CATERINI, *Le implicazioni sistematiche della nuova causa di estinzione delle contravvenzioni del Testo Unico dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2016, p. 593; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, p. 833 ss.

²³ V. B. MUSCATIELLO, *L'entropia ambientale. Dal boia (improbabile) all'esattore (incerto)*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2016, p. 6.

²⁴ M. CATERINI, *Le implicazioni sistematiche della nuova causa di estinzione delle contravvenzioni del Testo Unico dell'ambiente*, cit., p. 593.

materiale) ma potrà estendersi anche a talune lesioni “minimali” dell’ecosistema; si pensi a condotte che, pur traducendosi in una qualche alterazione della realtà, non arrechino un danno o un pericolo alle matrici ambientali (così ad esempio un deposito di pochi rifiuti solidi su una superficie di pochi metri quadri, suscettibile di rapida e integrale rimozione)²⁵.

Sotto il profilo teleologico la nuova procedura sembra invece condividere, *mutatis mutandis*, le finalità politico-criminali dell’affine strumento lavoratistico. Si tratta anzitutto di assicurare, in modo effettivo, l’osservanza dei precetti amministrativi e dei limiti soglia posti a presidio delle principali matrici ambientali.

In quest’ambito, così come in materia anti-infortunistica, il legislatore ha ritenuto “l’interesse alla regolarizzazione [...] di gran lunga prevalente rispetto all’applicazione della sanzione penale”²⁶. Contestualmente il meccanismo estintivo persegue un obiettivo di deflazione processuale realizzato, di regola, attraverso la sospensione del procedimento penale²⁷ e l’obbligo per il giudice di prendere atto della regolarizzazione avvenuta in sede amministrativa disponendo l’archiviazione.

Malgrado l’effetto estintivo sia sottoposto, come detto, alla duplice condizione del ripristino della situazione conforme a diritto e del pagamento della somma in via amministrativa, il fulcro del meccanismo premiale è rappresentato dal primo elemento, cioè la reintegrazione dell’offesa da parte del contravventore²⁸.

Da un punto di vista ontologico, il meccanismo è quindi caratterizzato da una contro-condotta²⁹ (tardivamente adempiente) finalizzata a neutralizzare l’offesa al bene giuridico tutelato, la quale ricalca lo schema del “ravvedimento operoso”³⁰, sia pure in assenza della volontarietà di quest’ultimo.

Pur nella consapevolezza delle ben note difficoltà teorico-dogmatiche che attengono alla distinzione tra cause di estinzione e cause di non punibilità sopravvenuta³¹, è tuttavia possibile convenire con quanti intravedono in questo peculiare procedimento un’ipotesi di non punibilità imperniata sulla tardiva opera di ripristino della *status quo antea*³²; funzionale, per ciò stesso, alla salvaguardia dell’interesse tutelato³³.

Sotto il profilo sostanziale la procedura può dunque essere qualificata come causa di non punibilità sopravvenuta, a “formazione progressiva” e comunque anomala: in quanto, per un verso, l’effetto premiale riguarda anche il congelamento della vicenda processuale e, per altro verso, il “perfezionamento dell’efficacia estintiva” dipende dal pagamento di una somma di denaro in via amministrativa, avvicinando così l’istituto all’oblazione discrezionale e, dunque, alle cause di estinzione.

Quanto al versante processuale, non sembra vi sia motivo di dissentire con quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità³⁴ riguardo all’affine procedimento lavoratistico: il preventivo esperimento della procedura di “definizione amministrativa” costituirebbe – secondo un

²⁵ Cfr. V. PAONE, *La prescrizione dei reati ambientali secondo la l. 68/2015: non mancano dubbi interpretativi*, cit., p. 501: il fatto che le contravvenzioni del Testo Unico materia ambientale si configurino in prevalenza come reati di pericolo astratto «non esclude che anche in queste situazioni sia riscontrabile una modificazione della realtà materiale ad opera dell’uomo: infatti, aprire senza autorizzazione uno scarico idrico o un punto di emissione in atmosfera o attivare un impianto per smaltire rifiuti comporta pur sempre una più o meno rilevante e significativa trasformazione della realtà perché lo scarico prima non esisteva, ora esiste, e via dicendo».

²⁶ Corte cost., sent. 18 febbraio 1998, n.19 in *Giur. cost.*, 1998, pp. 111 ss.

²⁷ Cfr. art. 318-*sexies* c. 1 t.u.a.: «Il procedimento per la contravvenzione è sospeso dal momento dell’iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all’articolo 335 del codice di procedura penale fino al momento in cui il pubblico ministero riceve una delle comunicazioni di cui all’articolo 318-quater, commi 2 e 3, del presente decreto».

²⁸ In merito alla poliedrica categoria della «reintegrazione» nell’ambito del sistema penale vigente, cfr. ora M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, in particolare p. 104 ss. Per uno sguardo d’insieme sulla riparazione in un’ottica *de iure condito* e per una proposta *de iure condendo* di introduzione del «delitto riparato» come figura di parte generale, cfr. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *questa Rivista*, 2015, p. 236 ss.

²⁹ Si tratta di comportamenti antagonisti rispetto all’offesa prodotta dal reato, nel senso che “fanno sì che il pericolo realizzato non sfoci nella lesione del bene giuridico oppure neutralizzano l’offesa prodotta”; cfr., in tema di «cause sopravvenute di non punibilità», F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 619 ss.

³⁰ Cfr., con riferimento all’affine meccanismo definitorio in materia lavoratistica, T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1168.

³¹ G. A. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, p. 25 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 259 ss.

³² A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro* in G. GARGANI, B. DEIDDA (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, p. 381; V. VALENTINI, *Il meccanismo “ripristinatore” ex artt. 19 ss. d. lgs. 758/1994*, in N. MAZZACUVA, E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 422 ss.

³³ In merito alla riconducibilità delle condotte antagoniste incentrate sulla reintegrazione dell’offesa alle cause di non punibilità cfr., per tutti, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 274.

³⁴ Per richiami, cfr. anche M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006.*, cit., p. 3.

orientamento diffuso – una “condizione di procedibilità dell’azione penale”³⁵. Si tratta, invero, di una condizione di procedibilità del tutto anomala, dal momento che la mancata attivazione dell’iter ripristinatorio non osta all’esercizio dell’azione penale allorché l’illecito sia giuridicamente o materialmente impossibile da rimuovere (vedi *infra*)³⁶.

La natura ibrida e (di ardua catalogazione dogmatica) del procedimento definitorio in esame suggerisce di ricorrere a una categoria di derivazione anglosassone, ma oramai in uso anche in Italia: quella della “diversione”³⁷. Pur configurandosi, a prima vista, come una deviazione dall’ordinaria sequenza del procedimento penale, la diversione ambisce a perseguire obiettivi di carattere sostanziale, tra i quali spicca la realizzazione del principio di *extrema ratio* dell’intervento penale³⁸.

Orbene, il nuovo congegno in materia ambientale, per un verso, sottrae la controversia al meccanismo processuale richiedendo – di regola a pena di improcedibilità – l’attivazione di una dinamica ripristinatoria “contrattata”³⁹; per altro verso, si configura come una tecnica di degradazione d’illecito che, attraverso una rinuncia alla sanzione penale, realizza opzioni politico-criminali latamente ispirate all’ideale di sussidiarietà⁴⁰.

Occorre comunque cautela nel ricondurre, *sic et simpliciter*, il meccanismo delineato dal legislatore al modello della *diversion*; non ultimo, in ragione della difficoltà di conciliare siffatta alternativa al processo con il principio costituzionale di obbligatorietà dell’azione penale. Su questo punto, nonché sulla pretesa riconducibilità del nuovo meccanismo definitorio ai paradigmi della mediazione e della giustizia riparativa⁴¹, occorrerà tornare nelle conclusioni.

3. La problematica estensione del meccanismo premiale alle contravvenzioni istantanee.

Così tratteggiate finalità e natura giuridica del nuovo meccanismo premiale, è possibile affrontare più da vicino alcune delle questioni interpretative che la disciplina solleva; problemi – sia detto per inciso – a cui diverse procure della Repubblica hanno cercato di fare fronte elaborando linee guida⁴², anche molto dettagliate, che lasciano prevedere lo sviluppo di una prassi applicativa tanto ricca quanto disomogenea.

Quel che preme sottolineare da subito è che, allo stato attuale, la fisionomia dell’istituto rispecchia l’originaria “identità funzionale” dello strumento premiale disciplinato dal legislatore del 1994 in materia anti-infortunistica. La *ratio* del nuovo meccanismo è cioè del tutto identica a quella che giurisprudenza e dottrina avevano a suo tempo messo in luce con riferimento all’affine procedimento in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, quanto meno nella versione inizialmente congegnata dal legislatore⁴³.

Ribadire questo aspetto non è irrilevante: in materia di sicurezza sul lavoro si è infatti venuto affermando un orientamento che estende il “beneficio” della regolarizzazione anche ai reati istantanei già consumati e ad altri casi di impossibilità materiale e giuridica di eliminazione

³⁵ Cass., sez. III, 9 gennaio 2009, n. 10726, cosicché «il giudice non può pervenire ad una pronuncia nel merito se preventivamente non abbia accertato che vi è la prova della effettiva notificazione dell’invito ad adempiere rivolto al contravventore dall’organo di vigilanza».

³⁶ Cfr. Cass. sez. III, sent. 12 luglio 2010, n. 26758: la parentesi aperta nelle indagini preliminari dall’introduzione del procedimento estintivo si configura come condizione di procedibilità solo nel senso che realizza un condizionamento *pro tempore* dell’azione penale, fin tanto che l’illecito non viene regolarizzato; tuttavia «il fatto che l’organo di vigilanza non impartisca alcuna prescrizione di regolarizzazione è un’ipotesi possibile e legittima e non condiziona affatto l’esercizio dell’azione penale».

³⁷ Per una panoramica sul fenomeno della *diversion* negli Stati Uniti nell’epoca della sua emersione storica (a cavallo tra anni ‘70 e ‘80) cfr. S. T. HILLSMAN, *Pretrial Diversion of Youthful Adults: A Decade of Reform and Research in Just. Syst. Jour.*, 1982, p. 361–387.

³⁸ B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione in questa Rivista*, n. 4/2015, p. 53 ss.

³⁹ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale* in F. PÉREZ ALVAREZ (a cura di), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 1180.

⁴⁰ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1050 ss. ora anche in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 347; G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008, p. 42.

⁴¹ In questo senso pare orientato V. B. MUSCATIELLO, *L’entropia ambientale. Dal boia (improbabile) all’esattore (incerto)*, cit., p. 13 ss.

⁴² Per una prima panoramica delle «linee guida» si veda ancora M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006*, cit., p. 13 ss.

⁴³ Per una ricostruzione dell’evoluzione storica dell’istituto in materia lavoristica (con uno sguardo anche ai suoi antecedenti normativi, la diffida e la disposizione *ex artt.* 9 e 10 del d.P.R. n. 520 del 1955), cfr. T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., p. 1168 ss.; ma vedi altresì V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giustilavoristico: profili sostanziali e sistematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 595 ss.

dell'illecito. Un simile sviluppo, ancorché dettato da (forse non insuperabili⁴⁴) esigenze di ragionevolezza, ha tuttavia implicato un allontanamento dall'originaria finalità dell'istituto⁴⁵, consentendo di ricorrervi al solo fine "di permettere in via generale l'estinzione amministrativa del reato"⁴⁶.

Laddove, infatti, ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 19 dicembre del 1994, n. 758 il "meccanismo premiale funzionava solo per le lesioni rimuovibili, con esclusione dei reati istantanei"⁴⁷ (la cui constatazione non lasciava altra opzione che l'oblazione facoltativa e condizionata *ex* art. 162-*bis* c.p., vedi *infra*), l'art. 15 c. 3 del d. lgs. 23 aprile 2004 ha previsto l'applicabilità della procedura in esame anche alle contravvenzioni (in materia di lavoro e legislazione sociale) a "condotta esaurita".

Siffatto intervento legislativo⁴⁸ ha permesso alla giurisprudenza di legittimità di ritenere superata la pretesa incompatibilità tra reati istantanei e procedimento prescrittivo⁴⁹, ammettendo la possibilità di accedere al pagamento in sede amministrativa anche a fronte di offese non rimuovibili e quindi in mancanza di un qualsiasi adeguamento al contenuto precettivo della norma penale.

Detto altrimenti: si è consentito di beneficiare dell'impunità senza pretendere dal reo un comportamento ripristinatorio, segnando così "la crescente prevalenza attribuita alla finalità deflattiva"⁵⁰ e la trasformazione funzionale della speciale procedura da ipotesi di non punibilità a vera e propria causa estintiva.

Un'interpretazione come quella sin qui descritta non può essere accolta in materia ambientale: non solo perché finirebbe per porsi in contrasto con la funzione ripristinatoria tipicamente svolta dal diritto penale in questo settore⁵¹, ma perché, più in generale, pare smentita dal complessivo disegno di riforma, il quale subordina l'effetto estintivo a un comportamento dell'autore del reato che sia intervenuto per rimuovere "modificazioni o alterazioni materiali", anche solo potenzialmente pregiudizievoli per l'ambiente (vedi *supra*).

Non sembra, inoltre, che il già citato l'art. 15 del d. lgs. 23 aprile 2004 possa essere invocato per fondare una concezione monistica o unitaria della prescrizione e del relativo meccanismo definitorio⁵². Sono, anzi, diverse le voci che – in aperta polemica con la succitata giurisprudenza di legittimità – propendono per un'interpretazione restrittiva di questa disposizione, circoscrivendola alle sole contravvenzioni in materia previdenziale⁵³. In assenza di un'esplicita previsione in tal senso, i reati istantanei sembrerebbero quindi dover restare esclusi dalla definizione "in sede amministrativa", stante l'impossibilità di porre in essere una contro-condotta in funzione ripristinatoria.

Sembra dunque corretto ritenere che la prescrizione di cui all'art. 318-*ter* t.u.a. possa essere impartita solo allorché sia possibile eliminare la *situazione antigiuridica* oppure quando sia possibile rimuovere i suoi eventuali *effetti permanenti*: risulterebbero perciò sottratte al raggio d'azione del meccanismo estintivo quelle contravvenzioni che hanno natura di reato istantaneo⁵⁴ o che si siano già giunte a consumazione⁵⁵.

Di converso, beneficiano della non punibilità le contravvenzioni permanenti, o ad effetto permanente⁵⁶, che siano state neutralizzate da una condotta successiva al perfezionamento della fattispecie. Una simile differenziazione, peraltro, non sembra poter essere giudicata ir-

⁴⁴ Al riguardo è sufficiente fare riferimento alle considerazioni contenute in Corte cost., ord. 16 dicembre 1998, n. 416 in *Giur. cost.*, 1998, p. 3574, la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. art. 21 c. 2 d. lgs. n. 758/94

⁴⁵ Sul punto cfr. S. DOVERE, *I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e della sicurezza sul lavoro*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VII, II, [?? Se è l'edizione forse va in apice a VII] *Modelli differenziati di accertamento*, Torino, 2011, p. 761 ss. e in particolare p. 783.

⁴⁶ Cass., sez. III, 17 settembre 2007, n. 348900; sez. III, 16 giugno 2009, n. 24791.

⁴⁷ V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistemati*, cit., p. 596.

⁴⁸ In virtù del richiamo contenuto nell'art. 15, c. 1 D.Lgs. 23 aprile 2004 n. 124, non solo alle violazioni di norme attinenti alla sicurezza e all'igiene del lavoro, ma a ogni altra norma in materia di «lavoro e di legislazione sociale».

⁴⁹ Cass., sez. III, 6 giugno 2007, n. 34900; sez. III, 3 maggio 2011, n. 34750.

⁵⁰ S. DOVERE, *I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 786.

⁵¹ Cfr., da ultimo e per tutti, C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela*, cit., p. 20 ss.

⁵² In questo senso invece, V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistemati*, cit., p. 613.

⁵³ A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, cit., p. 405; S. DOVERE, *I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 786.

⁵⁴ M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006*, cit., p. 9; *contra* C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 78 il quale fa l'esempio dello sformamento di valori limite dovuto a un guasto subito riparato.

⁵⁵ *Contra*, cfr. Procura Generale della Repubblica - Firenze, *Linee guida comuni in tema di estinzione dei reati in materia ambientale*, p. 4.

⁵⁶ Limitatamente ai reati di abbandono e deposito irregolare di rifiuti, l'"abbandono incontrollato" è stato, ad esempio, ritenuto reato istantaneo ad effetti permanenti (Cass., sez. III 19 novembre 2014, n. 7386).

ragionevole posto che, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, l'obiettivo diversità nella struttura dei diversi reati, quale risulta dagli elementi costitutivi della fattispecie (es. il momento in cui si realizzano la commissione e la consumazione del reato stesso ovvero la natura istantanea o permanente del reato) appartiene "a scelte del legislatore, che nella costruzione delle fattispecie incriminatrici traduce le proprie opzioni di politica criminale" o risultano addirittura imposte dalla natura degli obblighi e dei comportamenti di cui si vuole assicurare l'osservanza mediante il ricorso alla sanzione penale⁵⁷.

Per le ragioni da ultimo evocate, infine, la condotta antagonista potrà intervenire solo rispetto a quelle violazioni, anche non meramente formali⁵⁸, che siano eliminabili dal contravventore destinatario del precetto penale. Per questo motivo non rientrano nel raggio di applicazione della procedura né le violazioni *materialmente ineliminabili* né quelle che *risultino giuridicamente ineliminabili*. E ciò perché, a seconda dei casi: il contravventore non ha il potere di tenere un efficace comportamento ripristinatorio ovvero perché il ripristino di situazione conforme a diritto dipende dalla volontà di terzi, come nel caso del mancato rilascio di un titolo autorizzativo da parte della p.a.⁵⁹.

Diversa la soluzione per i casi di *adempiimento spontaneo* (precedente alla prescrizione) e i casi di *regolarizzazione in assenza di prescrizione* (omessa o irregolare). L'esperienza applicativa del meccanismo definitorio operante in materia lavoristica suggerisce di assimilare alle ipotesi tipiche di regolarizzazione anche questi ulteriori casi, onde evitare di sottoporre a un trattamento irragionevolmente deteriore il contravventore che abbia *sua sponte* eliminato le conseguenze dannose o pericolose della violazione⁶⁰.

Del resto, pronunciandosi in merito all'azionabilità dell'analogo procedimento lavoristico, la Corte costituzionale⁶¹ ha ritenuto irragionevole escludere ipotesi siffatte (c.d. ipotesi atipiche) dall'ambito di applicazione del beneficio, sul presupposto che laddove sussista il primo elemento della fattispecie estintiva (la condotta ripristinatoria) il contravventore possa comunque essere ammesso al pagamento, l'assenza o l'irregolarità dell'atto prescrittivo potendo venir sanata *a posteriori* con una prescrizione c.d. "ora per allora"⁶².

Le stesse considerazioni di ragionevolezza alla base dell'intervento manipolativo della Corte costituzionale suggeriscono di estendere l'affine procedimento estintivo previsto per la materia ambientale alle analoghe ipotesi atipiche (di regolarizzazione spontanea e/o senza autorizzazione) in precedenza richiamate⁶³. La *ratio* dell'estensione del "trattamento premiale" al di là dei confini legislativamente predeterminati risiede, del resto, nella "sostanziale omogeneità di tali situazioni atipiche rispetto a quelle tassativamente indicate"⁶⁴, avuto riguardo alla prioritaria funzione preventivo-ripristinatoria svolta dallo strumento in esame.

4. L'ambito applicativo della procedura e le contravvenzioni punite con pena congiunta.

Prima di concludere occorre spendere qualche parola in merito a un ulteriore nodo interpretativo che la prassi giurisprudenziale sarà chiamata a sciogliere. Si allude alla proposta estensione della procedura definitoria alle contravvenzioni del testo unico punite con pena

⁵⁷ Corte cost., ord. 16 dicembre 1998, n. 416, cit., p. 3574

⁵⁸ Trattasi di fattispecie che, pur senza arrecare un danno ovvero un pericolo concreto e attuale di danno per l'ambiente, determinano una marginale modificazione della realtà.

⁵⁹ «La procedura sarà azionabile, invece, nei casi di attività esercitata in assenza di comunicazioni o iscrizioni, in violazione delle prescrizioni del titolo abilitativo e nei casi di inadempimento a prescrizioni di legge o ad ordini dell'autorità. Sempre che tali condotte riguardino reati permanenti», es. art. 137 c. 7 t.u.a. (nel caso di rifiuti non pericolosi); cfr. M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006*, cit., p. 10. Ma vedi *contra* N. CARBONI, R. BERTUZZI, *La estinzione di alcuni reati contravvenzionali introdotta dalla Legge 68/2015*, in www.lexambiente.it, 16 febbraio 2016.

⁶⁰ A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, cit., p. 399; nello stesso senso, con riguardo al procedimento in materia ambientale, cfr. V. PAONE, *La prescrizione dei reati ambientali secondo la l. 68/2015: non mancano dubbi interpretativi*, cit., p. 507.

⁶¹ Corte cost. 18 febbraio 1998, n. 19 in *Giur. cost.*, 1998, p. 11

⁶² La prescrizione non dovrebbe dunque considerarsi come elemento essenziale della «fattispecie estintiva» o di «non punibilità». In tali ipotesi atipiche essa dovrebbe limitarsi a verificare l'avvenuta eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione e/o a rettificare nelle forme dovute prescrizioni impartite irrualmente, cfr. Cass., sez. IV, sez. III 01 febbraio 2005, n. 9478.

⁶³ Nello stesso senso, da ultimo, V. PAONE, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 e l'istituto della prescrizione applicato ai reati ambientali*, in www.lexambiente.it, 22 giugno 2017.

⁶⁴ A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, cit., p. 400

congiunta pecuniaria e detentiva; opzione sposata da alcune linee guida⁶⁵ e da parte della dottrina⁶⁶.

Come già si è avuto modo di ricordare in precedenza, il legislatore – con il procedimento estintivo – offre al contravventore la non punibilità in cambio della regolarizzazione della situazione contraria al diritto accertata dall'organo di vigilanza.

Una simile possibilità mira a consentire la definizione in via amministrativa per una serie di contravvenzioni appartenenti a una fascia di gravità medio-bassa, sul presupposto che una rapida rimessione in pristino impedisca un'eventuale progressione criminosa e realizzi più efficacemente lo scopo dell'incriminazione (vedi *infra*).

Allo scopo di stabilire gli indici di gravità necessari a selezionare le fattispecie coinvolte dal nuovo meccanismo definitorio, il legislatore ha fatto (opportunamente) riferimento a un criterio di "gravità in concreto"⁶⁷. Tanto è vero che, come già ricordato, si è escluso che un reato, anche di pericolo astratto, possa beneficiare di siffatta procedura allorché cagioni un danno o un pericolo concreto e attuale di danno⁶⁸. È invece mancata, contestualmente, l'individuazione di un parametro di gravità in astratto, mancando qualsiasi riferimento alla comminatoria editale; eccezion fatta per il generico riferimento all'ammenda⁶⁹.

Di qui il dubbio circa l'inclusione, o meno, dei reati puniti con pena congiunta nel campo di applicazione della nuova procedura.

La risposta, a nostro avviso, va ricercata nell'ambito dei rapporti tra l'istituto in esame e i diversi schemi oblativi previsti dal codice⁷⁰; figure con cui la nuova procedura condivide la funzione di degradazione "in concreto" dell'illecito penale, ma da cui si distingue per le finalità: prevalentemente deflazionistiche quelle dell'oblazione; più ispirate a esigenze di tutela effettiva quelle del nuovo procedimento⁷¹.

Per quanto riguarda i rapporti con l'oblazione obbligatoria, il nuovo istituto si sovrappone integralmente al campo di applicazione del procedimento codicistico: vi sono infatti ricomprese tutte le contravvenzioni punite con la sola ammenda.

Per quanto concerne l'oblazione discrezionale, invece, la sovrapposizione è solo parziale: l'estinzione in sede giudiziale, alle condizioni previste dall'art. 162-bis c. p., rimane infatti l'unica via percorribile non solo per le contravvenzioni che abbiano cagionato danno o pericolo, ma anche nei casi in cui il contravventore non abbia regolarizzato nei tempi e con le modalità⁷² prestabilite dall'atto di prescrizione⁷³.

Più in particolare, un raffronto strutturale tra le due ipotesi di "definizione anticipata" (la regolarizzazione amministrativa, da un lato, e l'estinzione in sede giudiziale, dall'altro) mette in luce come tra queste intercorra un rapporto di specialità-sussidiarietà⁷⁴: il meccanismo premiale si applicherà così alle contravvenzioni (punte con pena alternativa) che non abbiano cagionato danno o pericolo concreto e che risultino (anche *de facto*) sanabili; l'oblazione discrezionale opererà invece in via residuale per tutte quelle contravvenzioni che, pur avendo la

⁶⁵ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Disposizioni in materia di estinzione delle contravvenzioni ambientali*, p. 2.

⁶⁶ Cfr. N. CARBONI, R. BERTUZZI, *La estinzione di alcuni reati contravvenzionali introdotta dalla l. n. 68/2015*, cit.; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 833.

⁶⁷ Quanto alla compatibilità di un giudizio di offensività in concreto con la struttura delle contravvenzioni ambientali di pericolo astratto, cfr. ancora M. CATERINI, *Le implicazioni sistematiche della nuova causa di estinzione delle contravvenzioni del Testo Unico dell'ambiente*, cit., p. 591 ss.

⁶⁸ In questi casi, resteranno applicabili diversi strumenti di definizione alternativa: il contravventore potrà infatti richiedere l'oblazione discrezionale (ex art. 162-bis c.p.) previa eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

⁶⁹ L'art. 318-bis t.u.a. si limita laconicamente ad enunciare l'applicabilità dello speciale procedimento estintivo per tutte «ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto».

⁷⁰ Quanto ai rapporti tra istituti di degradazione dell'illecito in concreto e contravvenzioni nell'affine settore della sicurezza sul lavoro, cfr. S. DOVERE, *I procedimenti definitori nella tutela penale della salute e della sicurezza sul lavoro*, in G. GARUTI (a cura di), *Trattato di procedura penale. Modelli differenziati di accertamento*, vol. II, Torino, 2011, p. 766 ss.

⁷¹ G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale non è "alternativa" al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2998 ss.

⁷² Basta infatti una mera inosservanza formale dell'atto prescrittivo per fare decadere il reo dal beneficio di una definizione in via amministrativa dell'illecito.

⁷³ Cfr. Art. 318-septies c. 3 t.u.a.: «L'adempimento in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma che comunque risulta congruo a norma dell'articolo 318-quater, comma 1, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza sono valutati ai fini dell'applicazione dell'articolo 162-bis del codice penale. In tal caso, la somma da versare è ridotta alla metà del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa».

⁷⁴ Si vedano, *mutatis mutandis*, le considerazioni di G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale non è "alternativa" al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, cit., p. 3006: «oblazione discrezionale e prescrizione ex artt. 20 e ss. d.lg. n. 758/1994 non si trovano in un rapporto di alternatività, ma in un rapporto di genere a specie, presentando oltre ad un nucleo comune, diversi elementi specializzanti»; tra questi basti ricordare le differenze riguardanti: la ratio; i soggetti "titolari" delle procedure; la natura giuridica; i ruoli rispettivi del contravventore e del giudice; l'ambito di operatività; le condotte ripristinatorie; le somme dovute.

medesima comminatoria edittale, risultino in concreto maggiormente offensive ovvero non regolarizzabili.

Per ragioni di coerenza logico-sistemica, occorre dunque ritenere ammesse all'estinzione in via amministrativa soltanto le contravvenzioni che, in assenza del nuovo meccanismo premiale, sarebbero comunque estinguibili *ex art. 162-bis c.p.*: cioè quelle punite con pena alternativa pecuniaria o detentiva.

Peraltro, come si è detto, nel ventaglio di queste fattispecie astrattamente estinguibili in sede amministrativa si è deciso di circoscrivere ulteriormente l'ambito applicativo ai soli illeciti da cui non derivi, in concreto, un pericolo per l'ambiente. Una circostanza, quest'ultima, che suggerisce *a fortiori* di escludere dall'ambito di applicazione del meccanismo premiale quei reati che, già in astratto, risultino portatori di maggior disvalore (in quanto puniti *anche* con la pena detentiva).

Va del resto osservato che, nell'ambito delle contravvenzioni ambientali, la maggior gravità in astratto (di cui è indicatore una comminatoria edittale imperniata sulla "minaccia" del carcere) si accompagna talora alla espressa qualificazione come "pericolosa" della condotta tipica o del suo oggetto materiale⁷⁵.

Tutto ciò premesso: le linee guida che auspicano una dilatazione del perimetro applicativo della procedura rischiano, a nostro avviso, di forzare un assetto legislativo correttamente improntato alla sussidiarietà tra i diversi schemi oblativi e funzionale all'effettiva tutela dei beni ambientali protetti⁷⁶.

A ciò si aggiunga che escludere il beneficio a reati puniti con pena congiunta evita l'incoerenza (politico-criminale ed effettuale) di imporre condotte ripristinatorie agli autori di reati per i quali il legislatore richiede al giudice di ordinare la confisca obbligatoria (si pensi, segnatamente, al reato di gestione di discarica abusiva, *ex art. 256 t.u.a.*)⁷⁷.

5.

Conclusioni: "diversione" ambientale e nuove tecniche di degradazione d'illecito.

Le brevi considerazioni sviluppate in questo lavoro consentono di ritenere eccessive le preoccupazioni manifestate, da una parte della dottrina, in merito al preteso effetto "depenalizzante" del meccanismo definitorio delineato agli artt. 318-*bis* t.u.a. Come si è cercato di dimostrare, l'identità funzionale del nuovo istituto è costruita attorno a una necessaria contro-condotta in chiave ripristinatoria e assolve solo indirettamente scopi di deflazione processuale.

Al contempo, è fuor di dubbio che la novella introduca una nuova eccezione al postulato della rigida consequenzialità tra reato e pena (*nullum crimen sine poena*), orientando il sistema sanzionatorio ambientale verso paradigmi ispirati più alla tutela effettiva dell'interesse protetto che alla irrogazione indefettibile della pena comminata nella cornice edittale⁷⁸.

Se il diritto penale dell'ambiente non è nuovo all'attivazione di percorsi improntati al ripristino dell'offesa⁷⁹, è però anche vero che la nuova procedura organizza "la rinuncia alla pena" attraverso un procedimento *ab origine* "alternativo" al processo penale. Inoltre, la scelta di affidare a una dinamica ripristinatoria la realizzazione dello scopo di alcune fattispecie contravvenzionali (caratterizzate da una forte anticipazione della soglia di tutela) può far temere

⁷⁵ Si vedano in questo senso i reati di cui all'art. 137 c. 7 t.u.a., puniti con pena alternativa (arresto o ammenda) nel caso in cui il trattamento di acque reflue urbane per lo smaltimento di rifiuti abbia ad oggetto "rifiuti non pericolosi" e sanzionati invece con pena congiunta nel caso in cui la medesima condotta riguardi "rifiuti pericolosi".

⁷⁶ Senza contare che proprio l'applicabilità della procedura soltanto a una fascia di reati contravvenzionali «minori» garantisce quella logica progressione della tutela che sembra finalmente delinearci all'indomani della riforma ambientale; cfr. C. BERNASCONI, *Il "bastone" e la "carota" nella nuova disciplina dei reati ambientali*, in *St. iur.*, 2015, p. 1403 ss. la quale distingue tra «una quota "inferiore" [ove] si collocherebbero tutti gli illeciti volti a sanzionare condotte inosservanti che non abbiano cagionato danno o pericolo concreto», una fascia di violazioni «di gravità "intermedia"» per la quale «continuerebbe, invece, a operare il preesistente arsenale sanzionatorio di natura contravvenzionale» e un ulteriore grado di tutela «riservato alle fattispecie codicistiche delittuose di nuovo conio, ora destinate alla repressione dei fenomeni di maggiore allarme e di "più rilevante disvalore offensivo"».

⁷⁷ Sul punto si vedano le considerazioni critiche di A. SERLENGA, *Legge n. 68/2015: la nuova procedura di estinzione del reato ambientale*, in *Amb. & Svil.*, 2016, p. 421 ss.

⁷⁸ Cfr., per tutti, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, cit., p. 64 ss.

⁷⁹ L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori nel diritto penale dell'ambiente* in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 597 ss.

una sorta di “privatizzazione” della sanzione criminale⁸⁰.

Tuttavia, nel solco di quanto a suo tempo affermato da autorevole dottrina⁸¹, il ricorso alla regolarizzazione in sede amministrativa deve ritenersi auspicabile allorché a beneficiare della non punibilità siano esclusivamente condotte incentrate sull'inosservanza di atti amministrativi. Difatti, ove si ritenga che le relative norme incriminatrici servano precipuamente a tutelare la “mediazione” – operata dalla p.a. – tra pericolosità delle condotte e interessi dello sviluppo⁸², la reintegrazione di un simile equilibrio realizza la finalità dell'incriminazione con minor sacrificio per il reo.

Si consideri poi che l'opera di ripristino è in qualche misura guidata dalla stessa autorità amministrativa competente ad emanare l'autorizzazione ambientale che consente o regola determinate attività. La prescrizione impartita dall'organo di vigilanza deve infatti essere accompagnata da una successiva “asseverazione” ad opera di un ente pubblico specializzato nella materia interessata: orbene, tale ente coincide in linea di massima con quello a cui spetta autorizzare o vietare l'attività in questione (e che dunque preconstituisce le condizioni per l'applicazione della norma penale)⁸³.

Vero è che la degradazione della pena edittale, a cui si giunge tramite l'estinzione in sede amministrativa, realizza un effetto di “disapplicazione selettiva”⁸⁴ della risposta sanzionatoria, il contravventore essendo ammesso a pagare una somma di gran lunga inferiore al massimo edittale.

Ciò non può stupire: la procedura in questione sembra indubbiamente riflettere un crescente disincanto rispetto all'effettività del sistema sanzionatorio; in materia ambientale, del resto, il grado di ineffettività della risposta punitiva appare oltremodo accentuato a causa, da un lato, dell'esiguità delle pene (detentive e pecuniarie) e, dall'altro, dell'obblazionabilità di queste⁸⁵.

Orbene, come già anticipato, il nuovo meccanismo di definizione in via amministrativa appare orientato a un recupero di effettività della tutela: quest'ultimo infatti se, per un verso, sostituisce la risposta punitiva con una prescrizione emanata da un organo dotato di poteri ispettivi, per altro verso assicura un controllo effettivo sulla situazione di pericolo creata dall'infrazione, prevenendo l'eventuale progressione verso una lesione ai beni “finali” dell'ambiente e della salute pubblica⁸⁶.

Un simile esito, sebbene coincida con la rinuncia all'irrogazione della pena minacciata, appare comunque in armonia con quella che, con autorevole dottrina, può definirsi “funzione promozionale del diritto penale”⁸⁷, contribuendo a realizzare una vera e propria strategia di “sussidiarietà secondaria”⁸⁸.

Tutto ciò avviene non senza qualche contraddizione dal momento che, proprio per ga-

⁸⁰ F. C. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 550

⁸¹ T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., p. 1171; l'Autore, uno dei più severi critici dei regimi premiali introdotti dalla legislazione penale degli ultimi decenni (cfr. ID., *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 407 ss.), ritiene tuttavia che l'estinzione delle contravvenzioni in materia anti-infortunistica non abbia «nulla a che spartire con i ricorrenti traffici delle indulgenze mediante i quali lo Stato svende una merce – la punibilità – divenuta vile, in settori dell'ordinamento dov'essa dovrebbe invece essere preziosa».

⁸² Cfr., quasi letteralmente, F. C. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 565 ma vedi anche ID., *Bene giuridico e tipi di sanzione*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 213; in merito all'inesausto dibattito relativo all'individuazione dell'oggettività giuridica protetta dalle norme incriminatrici in materia di ambiente (riconducibile al più generale *clivage* tra tutela di beni o tutela di funzioni) cfr., con riferimento specifico alla materia ambientale, F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1097 ss. Nel senso del riconoscimento alle funzioni dello Stato del rango di beni giuridici si vedano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, p. 551 ss.; critico invece M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, p. 92 ss.

⁸³ Cfr. N. CARBONI, R. BERTUZZI, *La estinzione di alcuni reati contravvenzionali introdotta dalla l. n. 68/2015*, cit.: per esempio, laddove l'inosservanza riguardi uno scarico di reflui in ambiente, «chi dovrà asseverare le prescrizioni formulate dall'organo accertatore sarà necessariamente l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 124 del Dlgs. 152/2006».

⁸⁴ L'espressione è di M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 361 e p. 383.

⁸⁵ A cui fa riscontro una tendenziale “monetizzazione” del rischio penale allorché, come tipicamente accade, siffatte condotte siano realizzate nel contesto dell'attività d'impresa, cfr. C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, p. 34.

⁸⁶ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela*, cit. p. 63.

⁸⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. Crim.*, 1981, pp. 445 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 1407 ss. il quale ritiene che tale funzione promozionale possa essere esercitata allorché le risposte al reato «si concretino in una controazione volta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse attinente allo sviluppo in senso costituzionale della società».

⁸⁸ Una sussidiarietà che si esplica «invece che nel momento di produzione delle norme incriminatrici, in quello successivo della loro applicazione giudiziale dando vita ad una sorta di depenalizzazione in concreto», cfr. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, cit., p. 42.

rantire la valenza premiale del nuovo istituto, le fattispecie a cui questo si applica rimangono saldamente ancorate all'area di tutela penale e non risultano formalmente depenalizzate⁸⁹.

Tale ultima considerazione offre lo spunto per riflettere criticamente in merito alla compatibilità del nuovo procedimento definitorio con i principi della giustizia riparativa. A ben vedere, la difficoltà di avvicinare l'istituto analizzato in queste pagine ai canoni della *restorative justice* attiene essenzialmente alle cadenze procedurali che caratterizzano il meccanismo introdotto dalla legge 22 maggio 2015, n. 68.

Nella sua enunciazione più basilare la giustizia riparativa mira infatti a costituire uno spazio dialogico e aperto per la riconciliazione tra autore e vittima ovvero (in assenza di quest'ultima) a favorire una responsabilizzazione del reo attraverso forme di "riparazione creativa"⁹⁰ sotto l'egida di un soggetto-terzo. Tale processo si caratterizza, di norma, per la volontarietà della partecipazione di ciascuno dei soggetti coinvolti e l'informalità delle prassi adottate⁹¹.

Nell'ipotesi oggetto di esame, viceversa, ciascuno degli atti compiuti dai diversi attori della procedura estintiva segue una rigida e vincolata sequenza procedimentale: il contravventore non ha potere di iniziativa (questa spettando all'organo di vigilanza), mentre il giudice non può sindacare nel merito le decisioni di tale organo, salvo che riscontri "una sua colpevole inerzia o imperizia nell'attivazione o nella gestione della procedura"⁹².

A ciò si aggiunga che la prescrizione si configura come atto di polizia giudiziaria, insuscettibile di impugnazione mediante ricorso gerarchico o di fronte al giudice amministrativo. La sua stessa adozione rappresenta un atto (se non obbligatorio) certamente vincolato (in quanto condizione procedibilità)⁹³, residuando in capo all'organo di vigilanza una discrezionalità meramente tecnica riguardo all'attivazione della procedura⁹⁴; quest'ultimo, infatti, potrà decidere di rinunciare alla prescrizione solo nelle ipotesi in cui la reintegrazione dell'offesa sia materialmente o giuridicamente impossibile⁹⁵.

A smentire la natura conciliativa e dialogica della procedura è poi il fatto che la prescrizione può, in taluni casi, assumere un contenuto propriamente affittivo e tradursi financo⁹⁶ in misure che incidono significativamente sulla posizione giuridica del reo (si pensi, a titolo d'esempio, alla chiusura dello stabilimento a scopo cautelativo) senza che sia possibile per quest'ultimo esperire qualsivoglia forma di doglianza o impugnazione⁹⁷.

Il meccanismo introdotto dalla riforma "ambientale" si configura quindi, nella sua forma attuale, come un procedimento⁹⁸ dominato dall'organo di vigilanza, il quale "si erge al contempo a inquirente e giudice"⁹⁹ muovendo le leve che azionano la richiesta e il decreto di archiviazione: si tratta, insomma, di un'alternativa al processo resa possibile (e animata) proprio dalla sottile, e costante, minaccia di un ritorno alla pena.

⁸⁹ Cfr. d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 nell'elenco allegato al provvedimento legislativo – «Elenco delle leggi contenenti reati puniti con la sola pena pecuniaria esclusi dalla depenalizzazione a norma dell'art. 2 della legge n. 67/2014» – alla voce Ambiente Territorio e paesaggio, risultano espressamente esclusi dalla depenalizzazione i reati previsti dal Testo unico Ambiente.

⁹⁰ G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 139 ove si ricostruisce il pensiero di Albert Eglash. Per uno sguardo d'insieme cfr., da ultimo e per tutti, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. Dir., Annali*, X, 2017, p. 464 ss.

⁹¹ F. PARISI, *La Restorative Justice alla ricerca di identità e legittimazione* in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2014, p. 3.

⁹² G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale non è "alternativa" al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, cit., p. 3006.

⁹³ Cfr. Cass., sez. III, sent. 12 luglio 2010, n. 26758 ove si precisa che l'esercizio dell'azione penale è «condizionato, per un limitato periodo di tempo, solo nel caso in cui [...] l'organo di vigilanza impartisca al trasgressore una prescrizione di regolarizzazione; condizionamento questo che, così costruito, appare compatibile con il precetto costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione stessa (art. 112 Cost.)».

⁹⁴ Sul punto cfr., da ultimo e con accenti critici, G. BIASUTTI, *Nuove procedure obblative nel Codice dell'Ambiente: tra amministrazione attiva ed accertamento giudiziale*, in *Dir. & soc.*, 2016, pp. 337 ss.

⁹⁵ T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., p. 1169; in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, sent. 12 luglio 2010, n. 26758.

⁹⁶ Si pensi alle prescrizioni adottate al fine di fare cessare situazioni di pericolo o la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose; cfr. art. 318-ter t.u.a.

⁹⁷ A. SERLENGA, *Legge n. 68/2015: la nuova procedura di estinzione del reato ambientale*, cit., p. 424.

⁹⁸ In merito alla qualificazione come procedimento «ibrido penale-amministrativo», si veda G. BIASUTTI, *Nuove procedure obblative nel Codice dell'Ambiente: tra amministrazione attiva ed accertamento giudiziale*, cit. p. 338.

⁹⁹ L'immagine è ripresa da V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici*, cit., p. 608.

Responsabilità degli enti e reati ambientali al banco di prova del principio di legalità

Il caso delle fattispecie associative

Assessing Corporate Criminal Liability for Environmental Crimes in the Light of the Principle of Legality

The Issue of Crimes of Association

ROSSELLA SABIA

*Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università LUISS Guido Carli
rsabia@luiss.it*

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI, PRINCIPIO DI
LEGALITÀ, REATI AMBIENTALI, REATI ASSOCIATIVI, COLPA DI
ORGANIZZAZIONE

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY, PRINCIPLE OF
LEGALITY, ENVIRONMENTAL CRIMES, CRIMES OF
ASSOCIATION, CORPORATE CULPABILITY

ABSTRACT

Al pari di quanto accade per il diritto penale individuale, anche nel sistema di responsabilità degli enti il principio di legalità è sottoposto a tensioni, originate da opzioni ermeneutiche volte a espandere il catalogo dei reati presupposto oltre il perimetro tracciato dal legislatore. Il tema è declinato dall'angolo visuale del diritto penale ambientale che, sinora, ha rappresentato il primo e principale banco di prova per la tenuta del principio in "ambito 231". Prendendo le mosse dal caso *Ilva*, il contributo ripercorre il controverso rapporto tra reati ambientali e fattispecie associativa, evidenziando come l'art. 24-ter del decreto – anche alla luce di taluni sviluppi in tema di associazione per delinquere transnazionale – rischi di trasformarsi in una disposizione *passé-partout*, con ricadute sulla effettiva possibilità di predisporre il *compliance program* e sulla stessa "colpevolezza" del soggetto collettivo. A conferma della rilevanza del paradigma associativo in questa materia, da ultimo sollecita alcune riflessioni l'introduzione, nel nuovo titolo VI-bis del codice penale, dell'aggravante ambientale per le fattispecie associative (art. 452-octies c.p.), la quale presenta, sul terreno dei soggetti collettivi, profili di irrazionalità sul piano sanzionatorio.

As for Criminal Law concerning individuals, tensions affect the principle of legality also in the matter of corporate criminal liability, due to interpretations aimed at expanding the catalogue of predicate offences beyond the boundaries defined by the legislator. The problem is addressed from the environmental criminal law perspective, as up until now, this field has represented the first and main testing ground for the principle of legality in the "231 system". Starting from the *Ilva* case, this contribution goes back over the controversial relationship between environmental crimes and the crime of association, highlighting how art. 24-ter of the decree – also in the light of certain developments related to transnational organized crime – risks turning into a *passé-partout* provision, with consequences on the actual possibility of building the compliance program and on the corporate "culpability" itself. The relevance of the crime of association in this matter is confirmed by the introduction of the environmental aggravating circumstance for crimes of association in the new title VI-bis of the Criminal Code (Art. 452-octies c.p.). Such introduction calls for further reflections, as the provision shows aspects of irrationality related to sanctions for the collective entities.

SOMMARIO

1. Considerazioni preliminari. – 2. Principio di legalità e responsabilità *ex crimine* degli enti. – 3. La rilevanza della fattispecie associativa nella sistematica del “decreto 231”. – 4. Legalità e reati ambientali: il caso *Ilva*. – 5. L’associazione per delinquere transnazionale: verso una nuova interpretazione della giurisprudenza?. – 6. La nuova aggravante ambientale prevista per le fattispecie associative (art. 452-*octies* c.p.). – 7. Riflessioni conclusive.

1.

Considerazioni preliminari.

La recente evoluzione del diritto *punitivo*, con l’estensione, ad opera del d.lgs. n. 231/2001, di responsabilità penali – o para-penali – agli enti collettivi, ripropone l’opportunità di una riflessione sulla valenza e sulla pienezza del principio di legalità¹ anche in rapporto a soggetti ‘altri’ dall’individuo.

L’ampia gamma di garanzie che discende dal principio tipizzato dalla previsione codicistica di cui all’art. 1 c.p. e recepito, «in tutti i suoi significati»², dall’art. 25, comma 2, Cost.³, rappresenta, tradizionalmente, uno dei capisaldi del ‘diritto della persona fisica’; ma le «trasformazioni cui anche la legalità è soggetta nel fluire e nelle mutevoli condizioni della storia»⁴, per cui essa si rimodula alla luce dei variabili equilibri tra i poteri dello Stato, sotto le spinte del legislatore europeo e delle corti sovranazionali⁵, investono oggi, innegabilmente, anche il terreno delle persone giuridiche.

Attraverso il richiamo espresso al principio, contenuto all’art. 2 del decreto, il legislatore del 2001 riteneva, forse, di aver fornito una sicura indicazione. Al contrario, la dogmatica oscillante tra “penale” e “amministrativo”⁶ che da sempre accompagna la natura della “responsabilità 231” e, correlativamente, l’incerto statuto applicativo della disciplina – insieme con talune dubbie interpretazioni giurisprudenziali – «hanno direttamente inciso sul paradigma imputativo e sui suoi originari meccanismi sistemici»⁷.

Come meglio si dirà, al pari di quanto previsto per gli autori individuali, anche nel d.lgs. n. 231/2001 il principio di legalità si estende sia al precetto, sia alla sanzione, con l’effetto che la responsabilità del soggetto collettivo e l’applicabilità delle norme contenute nel ‘micro-codice’ delineato dal decreto possono venire in gioco solo nelle ipotesi tassativamente contemplate.

¹ Nella vastissima bibliografia in argomento, senza pretesa di esaustività e per uno sguardo alle diverse sfaccettature del principio, limitatamente alle voci enciclopediche v. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 493 ss.; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 158 ss.; ID., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 278 ss.; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 7 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1040 ss.; MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.; TRAPANI, voce *Legge penale. I) Fonti*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990, 1 ss.; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.; DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 221 ss.; VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 371 ss.

² Sul punto v. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed. agg. da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano, 2017, 42.

³ BRICOLA, *Rapporti civili. Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.

⁴ Così PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legisl. pen.*, 29 gennaio 2016, 2, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵ In particolare, per una panoramica sulla ‘dimensione convenzionale’ del principio, v. BERNARDI, *Articolo 7 – Nessuna pena senza legge*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249 ss.; MANES, *Commento all’art. 7, §1*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 258 ss.; FR. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016, 236 ss. Sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale, v. *ex multis* ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 69 ss. (e, con riguardo ai profili di responsabilità delle persone giuridiche, ID., *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, 6S, 31 ss.); DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *questa Rivista*, 1/2013, 159 ss.; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, Milano, 2013, 195 ss.; PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., *passim*; VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs legalità ‘convenzionale’?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017.

⁶ Non è qui possibile ripercorrere i termini della *vexata questio* della natura della responsabilità dell’ente: per un compendio delle argomentazioni a sostegno delle diverse tesi – in aderenza, evidentemente, all’opzione penalistica – v. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IV, Milano, 2008, in particolare 305 ss.; per un quadro aggiornato in relazione a «orientamenti teorici e implicazioni pratiche» v. altresì SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale delle società. I profili sostanziali*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia, II ed., Padova, 2016, 819 ss.

⁷ In questo senso, avuto riguardo all’introduzione dei reati associativi nel sistema di responsabilità degli enti, v. PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Soc.*, 2011, 12 s.

L'opzione legislativa per il "catalogo chiuso" dei reati presupposto costituisce, d'altronde, la necessaria premessa dell'attività di predisposizione dei modelli organizzativi⁸ – tali presidi dovendo essere eretti attorno a un'area di rischio-reato previamente individuata e delimitata *ex lege* –, con chiari riflessi sulla portata della colpa di organizzazione⁹, quale coefficiente di rimproverabilità ascrivibile all'ente.

Le considerazioni che ci si propone di svolgere in questa sede si inseriscono in tale orizzonte "ampio" – quale sia, nel momento attuale, l'*ubi consistam* del principio di legalità nel sistema di responsabilità dei soggetti collettivi –, circoscrivendo tuttavia il perimetro d'indagine alla materia ambientale, la quale ha da subito rappresentato un importante banco di prova per una rimeditazione in ordine ai 'fondamentali' del d.lgs. n. 231/2001.

Si cercherà, nella specie, di declinare il tema dall'angolo visuale dell'incidenza rivestita dall'introduzione della fattispecie associativa (art. 24-ter) nel decreto: una chiave di lettura che è suggerita dalle peculiarità dei casi in cui la giurisprudenza si è confrontata con la rilevanza di tale paradigma nell'ambito di procedimenti sorti in dipendenza della commissione di reati ambientali.

Diversi gli snodi problematici che, muovendo da una simile prospettiva, ci pare possibile enucleare, e che saranno sviluppati identificando tre diverse fasi.

Il momento, per così dire, 'iniziale', coincide con l'inserimento dei reati ambientali tra i *predicate crime* attraverso l'art. 25-undecies del decreto, e con le conseguenti, prime occasioni applicative della nuova disposizione. In questo contesto, la giurisprudenza – in certa misura riproponendo quel ruolo di supplenza già assunto nel diritto penale dell'ambiente in relazione all'individuo – ha talora tentato di attribuire rilevanza a violazioni *non* incluse nel catalogo dei reati presupposto – o antecedenti rispetto all'introduzione dell'art. 25-undecies – proprio mediante l'*escamotage* della contestazione della fattispecie associativa prevista dall'art. 24-ter del decreto. La Corte di Cassazione – nel noto caso *Ilva*¹⁰, ma anche in relazione ad altre vicende che hanno goduto di minore clamore – ha nettamente sconfessato questa tesi, ribadendo la necessità di una stretta osservanza dei principi anche sul "versante 231".

Nondimeno, la questione sembra essere stata, in qualche modo, rimessa in discussione da un successivo, diverso approdo dei giudici di legittimità, il quale parrebbe sposare un orientamento di segno opposto. Sebbene resa in una cornice differente – concernendo un'ipotesi di associazione transnazionale finalizzata alla commissione di reati tributari – una interessante pronuncia della Suprema Corte 'apre' a una diversa interpretazione della fattispecie associativa, nella sostanza ammettendo la confiscabilità del profitto riconducibile a reati estranei al catalogo, secondo le cadenze argomentative di cui diremo. Evidenti le criticità che una siffatta conclusione potrebbe comportare – non solo ove estesa alla materia ambientale ma, più in generale – in termini di complessiva "tenuta" della struttura del decreto.

I più recenti sviluppi recati dalla l. n. 68/2015¹¹ configurano, allo stato, l'ultima tappa nella ricostruzione dei complessi rapporti tra responsabilità degli enti, reati associativi e reati ambientali. Nella specie, la previsione della nuova aggravante ambientale *ex art. 452-octies* c.p. conferma, da un lato, la precipua rilevanza della fattispecie associativa su questo terreno;

⁸ Per riflessioni di tenore analogo v. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, II ed., Milano, 2010, 48 s., la quale rimarca come «condensandosi la tipicità dell'illecito dell'ente per gran parte sul piano soggettivo (dell'omessa osservanza degli *standard* di cautela) [...] [v]ia via che l'elenco dei reati presupposto si amplia, aumenta [...], in modo esponenziale, il novero delle cautele per l'ente doverose e si amplificano quindi, in questo settore, i problemi di tassatività/determinatezza da tempo lamentati in rapporto alla responsabilità colposa».

⁹ Sulla nozione v. per tutti PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, 260 ss.

¹⁰ V. *infra*, §4.

¹¹ Per uno sguardo d'insieme sulla riforma v. BERNASCONI, *Il "bastone" e la "carota" nella nuova disciplina dei reati ambientali*, in *St. iuris*, 2015, 1403 ss.; CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1073 ss.; FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente. I reati e le sanzioni, il sistema delle responsabilità, le indagini, il processo e la difesa*, Milano, 2015; MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2015; MOLINO, *La riforma dei delitti contro l'ambiente. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione (Rel. n. III/04/2015, Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente")*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2015; PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 32/2015, 10 ss.; RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015 n. 68*, in *www.lexambiente.it*, 8 giugno 2015; RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., Torino, 2016; SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *questa Rivista*, 2/2015, 197 ss.; AA.VV., *Il nuovo diritto penale ambientale. Legge 22 maggio 2015, n. 68*, a cura di A. Manna, Roma, 2016; PATRONO, *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in *Legisl. pen.*, 11 gennaio 2016; TELESKA, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della l. n. 68/2015*, Torino, 2016; CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2017; DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017.

d'altro canto, la disposizione non è esente da rilievi, poiché introduce un trattamento sanzionatorio inspiegabilmente più blando proprio per le associazioni finalizzate alla commissione di ecoldelitti.

Se è dunque vero che «il principio di legalità *in quanto tale* – forse proprio per la ‘piana’ aderenza del correlato impianto normativo a modelli consolidati del Codice penale e della legge n. 689/1981 – non pare aver ancora dispiegato la sua compiuta problematicità in sede giurisprudenziale»¹², certamente emergono inequivocabili i segni di una crisi¹³ che dovrebbe indurre a ripensare alcune delle scelte di fondo operate dal decreto.

2. Principio di legalità e responsabilità *ex crimine* degli enti.

Volgendo lo sguardo all'atteggiarsi del principio legalità in rapporto ai reati ambientali, sembra opportuno dedicare qualche osservazione preliminare ai caratteri e al rango che esso assume nel sistema delineato dal “decreto 231”¹⁴.

Pur non rinvenendosi alcuna specificazione sul punto nella legge delega¹⁵, il legislatore del 2001, nel costruire un apparato di tipo punitivo¹⁶, ha esteso anche al sistema di responsabilità degli enti la massima copertura sul piano delle garanzie, mediante la previsione dell'art. 2 del decreto. La norma stabilisce che «l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non siano espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto».

Quest'ultimo rinvio al profilo della *irretroattività*¹⁷ è ripreso dalla lettera dell'art. 25, comma 2, Cost. – ed è parimenti contenuto nell'art. 1, comma 1, l. n. 689/1981¹⁸ –, ma per il resto

¹² Testualmente PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, in questa Rivista, 2/2015, 193.

¹³ Tra i molti lavori che hanno affrontato il vero e proprio *topos* della crisi del principio di legalità, v. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 63 ss.; FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 3 ss.; ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, 1247 ss.; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quad. fiorentini*, 2007, 1279 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in questa Rivista, 3/2016, 4 ss.; ID., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012; ID., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 1, 181 ss.; PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014; PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss. V. altresì i contributi di G. Fiandaca, A. Gargani e C.F. Grosso al dibattito “Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?”, introdotto da F. Giunta, in *Criminalia*, 2011, 77 ss.

¹⁴ Sul principio di legalità nel sistema di responsabilità *ex crimine* degli enti delineato dal d.lgs. n. 231/2001, v. LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche* (sub art. 2), in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, II ed., Padova, 2007, 2294 s.; ID., *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, t. II, Torino, 2016, in particolare 2383 ss.; BRUNELLI, Sub Art. 2. Principio di legalità, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova, 2008, 85 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 137 ss.; ALIBRANDI, Art. 2. Principio di legalità, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Milano, 2010, 90 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 46 ss.; MATTALIA, Sub Articolo 2. Principio di legalità, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis, A. Perini, Bologna, 2014, 113 ss.; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTONISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di F.C. Grosso, v. II, XIII ed., Milano, 2014, 694 s.; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia, t. I, Padova, 2014, 861 ss.; ID., *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 834 ss.; LASCO, Art. 2. Principio di legalità, in *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lasco, V. Loria, M. Morgante, Torino, 2017, 38 ss.

¹⁵ L'assenza di indicazioni in tal senso nella legge 29 settembre 2000, n. 300 è sottolineata da molti degli Autori menzionati nella nota precedente: v. ad esempio LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 2294; BRUNELLI, Sub Art. 2, cit., 85; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 46; MATTALIA, Sub Articolo 2, cit., 113; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 694.

¹⁶ Così LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 2294; v. altresì PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 694, il quale definisce il principio in discorso «indispensabile premessa alla costruzione di un sistema punitivo».

¹⁷ Il principio di irretroattività è ulteriormente disciplinato, con riguardo alla retroattività favorevole, dall'art. 3 d.lgs. n. 231/2001: si rinvia a LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche* (sub art. 3), in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 2295 ss.; BRUNELLI, Sub Art. 3. Successione di leggi, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 87 ss.

¹⁸ L'art. 1, comma 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, rubricato appunto “Principio di legalità”, 1 stabilisce che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Per le diverse sfumature del principio in relazione all'illecito amministrativo, v. ALIBRANDI, Art. 2. Principio di legalità, cit., 91 s.; più in generale, sull'intervento di depenalizzazione v. BERTONI, LATTANZI, LUPO, *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981 n. 689*, Milano, 1982; BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta “reale” nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, 359 ss.; DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO, CRUGNOLA, *Commentario delle “Modifiche al sistema penale” (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, Milano, 1982; VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983; PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 425 ss.; PALIERO-TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 345 ss.

la disposizione ricalca il dettato dell'art. 1 c.p.¹⁹, rievocando tutti i corollari del principio di legalità²⁰.

È stato così posto in luce come, anche nel sistema del decreto, la legalità si dipani nelle tradizionali sotto-articolazioni della *riserva di legge* – ivi compresi i decreti legge e i decreti legislativi e, trattandosi di responsabilità dipendente da reato, con esclusione delle fonti regionali²¹ – nonché della *determinatezza*, della *precisione* e della *tassatività*, in forza dell'avverbio «espressamente»²².

Come già la disposizione codicistica, anche l'art. 2 del decreto sottolinea la necessità che il principio di legalità sia rispettato sia per quel che riguarda il *reato presupposto* (con l'effetto che un «deficit nelle fattispecie di reato-base rimbalza sulla responsabilità degli enti»), sia con riferimento alle *sanzioni* (per cui, ad esempio, «in mancanza di un richiamo alle sanzioni interdittive, queste non possono essere applicate, anche al ricorrere dei presupposti indicati dal legislatore nella “parte generale”»)²³.

La norma tratteggia, in altri termini, un «secondo livello» di legalità ritagliato sul soggetto collettivo, aggiuntivo rispetto a quello che presidia la dimensione della persona fisica²⁴: si è al cospetto di illeciti “doppiamente tipici”²⁵, richiedendosi che *i*) un fatto sia previsto dalla legge come reato in relazione all'individuo, e che *ii*) quel reato rientri tra i *predicate crime* «selezionati» dal d.lgs. n. 231/2001, potendo, pertanto, impegnare la responsabilità dell'ente.

Il ruolo dell'art. 2 sarebbe quello di evitare facili automatismi, la responsabilità degli enti venendo in considerazione solo ove un fatto sia qualificato dalla legge come reato, e solo in presenza di reati «a ciò previamente abilitati»²⁶: in questa efficace sintesi può ritenersi compendiata, altresì, la scelta in favore del principio di specialità²⁷, in contrapposizione alle strade percorse in altri ordinamenti in cui i soggetti collettivi possono essere chiamati a rispondere, astrattamente, per qualsivoglia reato²⁸.

Rimane sullo sfondo la questione, logicamente pregiudiziale, del rango del principio di legalità in rapporto alle persone giuridiche. La *Relazione al Decreto*, nel quadro di una adesione all'opzione del *tertium genus* – ratificata, in tempi più recenti, anche dalla giurisprudenza²⁹ – si mostra cauta sulla *ratio* della previsione che ci occupa, limitandosi a rilevare che il meccanismo della “responsabilità 231” «non poteva [...] che replicare da entrambi i modelli, quello penale e quello amministrativo, il fondamentale principio di legalità [...], plasmandone la formula-

¹⁹ Evidente, invero, il richiamo ai contenuti dell'art. 1 c.p., ai sensi del quale «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Per un commento alla disposizione v. per tutti DI MARTINO, *Sub Art. 1*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, vol. I, Milano, 2014, 1 ss.

²⁰ In questi termini si esprime già la *Relazione al Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, consultabile in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 15, riferendosi alle «accezioni di riserva di legge, tassatività e irretroattività». Analogamente, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 138; ALIBRANDI, *Art. 2. Principio di legalità*, cit., 91; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 47; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 694; SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., 834.

²¹ Così PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 694.

²² V. ancora sul punto PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 694. Per una puntuale specificazione, sul piano semantico e dei contenuti, dei corollari che qui solo richiamati, v. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 41 ss. e 66 ss.

²³ In questi termini DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., rispettivamente pp. 47 e 49. Anche la *Relazione al Decreto*, cit., 15, chiarisce che la norma prevede «[...] espressamente l'estensione del principio, oltre che all'affermazione della responsabilità, altresì alle sanzioni che ne discendono. [...] [L]a scelta trova una fedele rispondenza nelle restanti norme dell'articolato laddove reca una disciplina puntuale dei presupposti applicativi di ciascun tipo di sanzione, sia nella parte generale in tema di scelta e di commisurazione delle stesse, sia nelle disposizioni dedicate alla previsione della responsabilità amministrativa in conseguenza della commissione dei singoli reati».

²⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 138. Il concetto è così espresso nella *Relazione al Decreto*, cit., 15: «È appena il caso di richiamare l'attenzione sulla circostanza che la legalità qui investe un duplice profilo: l'affermazione della responsabilità amministrativa dell'ente e – a monte – l'assetto penale di disciplina in conseguenza del quale tale responsabilità è prevista».

²⁵ Così SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Milano, 2009, 378.

²⁶ V. BRUNELLI, *Art. 2*, cit., 86.

²⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 138.

²⁸ Optano per una responsabilità dell'ente a carattere generale, solo per rimanere a esempi noti, tanto ordinamenti di *common law* – Regno Unito – che di *civil law* – Francia – i quali, peraltro, hanno abbandonato il principio *societas delinquere non potest* ben prima di quanto abbia fatto l'ordinamento italiano. Per un quadro comparatistico aggiornato v. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018; in relazione al fondamento e all'evoluzione storica del dogma dell'irresponsabilità penale dei soggetti collettivi si rinvia a DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012.

²⁹ Cass. pen., SS. UU., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, *Espenhahn*, in *Soc.*, 2015, 215, con nota di BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”*.

zione sulla peculiarità della materia»³⁰.

La ricostruzione qui proposta e i problemi interpretativi che se ne fanno discendere riposano, invece, sul presupposto che si sia in presenza di una responsabilità di matrice penalistica, per cui l'enunciato dell'art. 2, nonostante la «impegnativa rubrica», non potrebbe che svolgere una funzione «decorativa», dovendosi direttamente ricondurre la materia sotto l'«ombrello costituzionale della legalità»³¹, in forza del più volte menzionato art. 25, comma 2, Cost.³²

Ponendoci da questa angolazione, delimitiamo ora il campo d'indagine, con riferimento a quei «cedimenti» del principio di legalità che si sono consumati sul piano della tassatività e della riserva di legge, laddove si sono dischiuse le porte – attraverso interpretazioni disinvolute che hanno fatto leva sulla fattispecie associativa di cui all'art. 24-ter del decreto – a reati estranei al catalogo e non normativamente individuati tra quelli in grado di importare la responsabilità del soggetto collettivo.

3. La rilevanza della fattispecie associativa nella sistematica del «decreto 231».

Al fine di esaminare le numerose «interazioni», già da qualche tempo giunte all'attenzione della giurisprudenza, tra reati associativi³³ e materia ambientale, pare utile richiamare qualche elemento di contesto in relazione all'art. 24-ter d.lgs. n. 231/2001³⁴, norma che introduce i «delitti di criminalità organizzata» nel sistema di responsabilità degli enti.

L'ipotesi in discorso ha fatto il proprio ingresso in «ambito 231» nella cornice del c.d. «pacchetto sicurezza» del 2009, ad opera dell'art. 2, comma 29, l. n. 94/2009³⁵, così estendendo la responsabilità *ex crimine* dei soggetti collettivi a un ampio novero di fattispecie riconducibili all'*agere* delle organizzazioni criminali³⁶. Fino a quel momento, i reati associativi potevano invero comportare la responsabilità degli enti solo ove assumessero carattere transnazionale³⁷,

³⁰ *Relazione al Decreto*, cit., 15. Si è tuttavia osservato che «il disposto dell'art. 25 co. 2° Cost. non «parla di «pena» ma di «punizione» e che – non essendovi riferimenti a nozioni quali «diritto penale», «responsabilità penale» o «reato» – l'eventualità che alla materia della responsabilità degli enti debba riconoscersi copertura costituzionale «non sembra davvero peregrina»: BRUNELLI, *Sub. Art. 2*, cit., 86.

³¹ In questi termini BRUNELLI, *Sub. Art. 2*, cit., 85 s.

³² Sul punto SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società*, cit., 885, osserva che ad analoga conclusione dovrebbe giungersi qualificando l'impianto normativo del decreto come avente carattere «punitivo» ai sensi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: anche in quel caso il principio di legalità rivestirebbe «valore «costituzionale» (o comunque di diritto «fondamentale» della persona ai sensi dell'art. 7 Cedu), inquadramento cui corrisponderebbe la sua «inderogabilità legislativa» e una maggiore tenuta rispetto a «possibili strappi interpretativi».

³³ V. per tutti DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 289 ss.

³⁴ Tra i commenti alla disposizione v. BADODI, *Art. 24-ter. Delitti di criminalità organizzata*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 313 ss.; ID., *La responsabilità dell'ente per i delitti di criminalità organizzata*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., 2767 ss.; SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 373 ss.; TUTINELLI, *Sub Articolo 24-ter. Delitti di criminalità organizzata*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 484 ss.; D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti di criminalità organizzata*, in *Rivista 231*, 2010, 2, 35 ss.; CONSORTE, GUERINI, *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, ivi, 2013, 2, 265 ss.; V. BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti: spunti a margine di una ricerca*, in *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, a cura di A. Alessandri, Torino, 2017, 113 ss.

³⁵ Legge 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), in G.U. n. 170 del 24.7.2009, suppl. ord. n. 128. Per uno sguardo complessivo sulla riforma si vedano i volumi collettanei *Il «pacchetto sicurezza» 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009; *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, cit., *passim*.

³⁶ Di seguito il testo dell'art. 24-ter d.lgs. n. 231/2001 (*Delitti di criminalità organizzata*):

«1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.

3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».

³⁷ Il reato associativo poteva, dunque, determinare la responsabilità dei soggetti collettivi solo ove venissero in rilievo le condizioni previste dall'art. 3, l. 16 marzo 2006, n. 146 (*Definizione di reato transnazionale*). Segnatamente, la norma richiede che il reato: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

in forza della previsione contenuta nell'art. 10, l. n. 146/2006³⁸; la novella del 2009 ha eliminato questo profilo di irragionevolezza della disciplina, estendendo la responsabilità ai soggetti collettivi *in subiecta materia* anche in assenza del requisito della transnazionalità.

In dettaglio, l'art. 24-ter d.lgs. n. 231/2001 individua, ai commi 1 e 2, due distinti gruppi di reati presupposto, enucleati in ragione del diverso "quadro edittale" prefigurato dal legislatore. Un primo *set* di disposizioni richiama la fattispecie associativa, variamente declinata (associazione per delinquere finalizzata alla commissione di fattispecie inerenti alla riduzione in schiavitù e all'immigrazione, *ex art.* 416, comma 6, c.p.; associazione di tipo mafioso anche straniera di cui all'art. 416-bis c.p., nonché delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal medesimo articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività di dette associazioni; associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti o psicotrope, ai sensi dell'art. 74 d.p.r. n. 309/1990), nonché l'ipotesi di scambio elettorale politico mafioso (art. 416-ter c.p.) e di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), con sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. Il comma 2 annovera tra i *predicate crime* l'associazione per delinquere "semplice" (esclusi i casi, già menzionati, di cui all'art. 416, comma 6, c.p.) e una serie di altri delitti in materia di armi, munizioni ed esplosivi, attraverso il rinvio all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 5, c.p.p.³⁹, prevedendo per queste ipotesi la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.

La complessiva risposta sanzionatoria è severa, sia perché i limiti di sanzione pecuniaria toccano il massimo previsto dalla "disciplina 231"⁴⁰, sia perché il comma 3 dell'art. 24-ter introduce una ipotesi obbligatoria di applicazione delle sanzioni interdittive di durata non inferiore a un anno – in relazione a *tutti* i reati presupposto passati in rassegna, di cui ai commi 1 e 2 –, sia, infine, perché si ribadisce, in maniera forse non necessaria ma simbolicamente chiara, quanto previsto dall'art. 16, comma 3 del decreto, per cui se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di tali reati, si vedrà applicata la "pena di morte" dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

Già i primi commentatori⁴¹ avevano posto in evidenza come la principale criticità recata dalla disciplina succintamente ricostruita fosse quella di scardinare il sistema del *numerus clausus*, immettendo nella parte speciale del decreto una sorta di «meccanismo moltiplicatore»⁴² della responsabilità da reato dei soggetti collettivi. Si era lucidamente rilevato – precorrendo taluni sviluppi giurisprudenziali, di cui si dirà tra un momento – che le potenzialità "espansive" discendenti dall'introduzione dell'art. 24-ter possono estrinsecarsi, in astratto, in diverse direzioni: l'utilizzo del reato mezzo associativo per dare ingresso, nel "catalogo 231", a qualsiasi reato fine; il dubbio se il controverso istituto del c.d. concorso esterno possa «spalancare la porta [...] alla criminalizzazione di qualsiasi condotta "atipica" dell'ente (posta in essere dai soggetti apicali o dai subordinati [...]), che, pur non partecipando al vincolo associativo, tuttavia fornisca un contributo causale alla vita o al rafforzamento dell'organizzazione criminale»; il ricorso alla formula «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto

³⁸ Per un commento all'art. 10, l. n. 146/2006 (*Responsabilità amministrativa degli enti*), v. D'AMATO, *Sub Art. 10 l. 16 marzo 2006, n. 146 – Responsabilità amministrativa degli enti*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 300 ss.; ASTROLOGO, *I reati transnazionali come presupposto della responsabilità degli enti. Un'analisi dell'art. 10 legge 146/2006*, in *Rivista 231*, 2009, 4, 71 ss.; DE BONIS, *Sub artt. 3 e 10, l. 16.3.2006, n. 146. Definizione di reato transnazionale. Responsabilità amministrativa degli enti*, in *Enti e responsabilità da reato*, cit., 462 ss.; ID., *Il "reato transnazionale" e la responsabilità dell'ente*, in *Diritto penale dell'economia*, cit., 3089 ss. Sull'incidenza del reato transnazionale sul sistema di responsabilità degli enti v. altresì i lavori di ARMONE, *La Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale e la responsabilità degli enti: spunti di riflessione*, in *Rivista 231*, 2006, 3, 121 ss.; ASTROLOGO, *La nozione di reato commesso ex art. 3 legge 146/2006 e i riflessi sul d.lgs. 231/2001*, *ibidem*, 111 ss.; BARTOLOMUCCI, *Reato transnazionale: ultima (opinabile) novellazione al d.lgs. n. 231/2001*, in *Soc.*, 2006, 1163 ss.; EPIDENDIO, *Le nuove norme sui reati transnazionali e sulla responsabilità degli enti*, in *Corr. merito*, 2006, 877 ss.; MARENGHI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel crimine organizzato transnazionale*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, a cura di E. Rosi, Milano, 2007, 259 ss.

³⁹ L'art. 407, comma 2, lett. a), n. 5) c.p.p. si riferisce ai «delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110». In argomento si rinvia a DELLA RAGIONE, *Le condotte criminose e le sanzioni*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. XII, Torino, 2015, 657 ss.

⁴⁰ Così osserva SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 374. L'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 dispone invero che «La sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento né superiore a mille».

⁴¹ Oltre al lavoro di SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 375 ss., v. BADODI, *Art. 24-ter*, cit., 315 ss.

⁴² L'espressione è di SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 375. È appena il caso di ricordare che, per il tramite del reato-mezzo associativo, si potrà sì addebitare alla persona giuridica la commissione di qualsiasi reato-fine, purché si tratti comunque di un delitto doloso.

articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo» per ricondurre tra i reati presupposto qualsiasi delitto commesso con le modalità o con le finalità in discorso⁴³.

Proprio la breccia aperta dall'inserimento dell'art. 24-*ter* costituisce il terreno su cui si innesta – o, per lo meno, tenta di ritagliarsi uno spazio – la tesi secondo la quale, una volta che il delitto di associazione per delinquere rientri tra i reati presupposto, esso è in grado di attrarre nell'orbita del decreto qualsiasi reato fine, anche laddove non incluso nella “lista chiusa” degli artt. 24 ss. È questo, in estrema sintesi, il crocevia concettuale in cui fattispecie associativa e reati ambientali si incontrano, e da cui occorre muovere per dar conto delle tensioni registrate, in questa materia, con il principio di legalità.

4.

Legalità e reati ambientali: il caso *Ilva*.

Il prologo della questione che ci si appresta a esaminare è costituito dall'ingresso dei reati ambientali nel catalogo della responsabilità degli enti, realizzato mediante l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 121/2011, il quale ha dato attuazione alle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente; in particolare, gli artt. 6 e 7 della direttiva 2008/99/CE imponevano la previsione di forme di responsabilità della persona giuridica, ed è in forza di tale obbligo che il legislatore nazionale ha introdotto nel “catalogo 231” l'art. 25-*undecies*⁴⁴.

Non è questa la sede per ripercorrere la travagliata sorte dei reati ambientali in rapporto al “sistema 231”, ma non può non ricordarsi che essi erano previsti sin dall'origine – all'art. 11, comma 1, lett. d) della legge delega – tra quelli da elevare a presupposto della responsabilità degli enti. Come noto, la versione del decreto licenziata nel 2001 non recepiva le indicazioni della delega quanto al perimetro di “rischio-reato” riguardante i soggetti collettivi, ed è stato appunto necessario attendere i ricordati interventi in sede europea e la successiva trasposizione interna per poter ritenere colmata – almeno figurativamente – questa considerevole lacuna.

Invero, non v'è dubbio che con l'art. 25-*undecies* del decreto il legislatore non abbia inteso tratteggiare un apparato forte a tutela dell'ambiente, trattandosi di disposizione che, pur includendo nel catalogo i principali reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Testo Unico Ambiente), omette di considerare i più gravi delitti contro l'incolumità pubblica, usualmente contestati dalla magistratura nei casi di severe contaminazioni ambientali – paradigmatica, al riguardo, la trasfigurazione del disastro innominato⁴⁵.

In quella che potrebbe essere qualificata come la “prima fase” dei rapporti tra “meccanismo 231” e reati ambientali, il legislatore opta per un modello tenue di protezione del ‘bene ambiente’, scelta che si pone in contrasto con la fenomenologia degli inquinamenti che la disciplina sulla responsabilità degli enti è chiamata a fronteggiare. Il riferimento è a episodi – da alcuni decenni in costante emersione nel nostro Paese – i quali tipicamente si verificano nell'ambito di attività d'impresa e che, in ragione della loro pervasività, sono in condizione di dispiegare effetti pericolosi o dannosi per l'ecosistema e per la salute pubblica anche a lunga distanza di tempo⁴⁶: è questa l'ambientazione, normativa e di realtà, in cui si inserisce la nota pronuncia resa nel caso *Ilva*.

⁴³ Questa la prospettazione di SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 375 s.

⁴⁴ Sul tema v. MADEO, *Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1055 ss.; PISTORELLI, 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). Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, (Rel. n. III/09/2011, Novità legislative: D.lgs. 7 luglio 2011, n. 121 (Gazz. Uff. n. 177 del 1° agosto 2011), in *Dir. pen. cont.*, 4 agosto 2011; RUGA RIVA, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, ivi, 29 aprile 2011; ID., *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, ivi, 8 agosto 2011; SCARCELLA, *Nuovi ecoreati ed estensione ai reati ambientali del D. L.v. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2011, 10, 854 ss.; SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011; RAMACCI, *Responsabilità amministrativa degli enti collettivi e reati ambientali*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2012, 7, 639 ss.; SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli Enti per reati ambientali (note a margine del D.lgs. 121/2011 attuativo delle Direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 17 ss.

⁴⁵ V. per tutti Corte Cost., 30 luglio 2008 (dep. 1 agosto 2008), n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 3534 ss., con nota di GIUNTA, *I contorni del “disastro innominato” e l'ombra del “disastro ambientale” alla luce del principio di determinatezza*.

⁴⁶ Per un affresco recente sul tema dell'inquinamento storico in una prospettiva comparata v. *Historical Pollution: Comparative Legal Responses to Corporate Environment Offences*, a cura di S. Manacorda, F. Centonze, New York, Springer, 2017; con specifico riferimento alla problematica nel contesto della responsabilità degli enti, sia consentito il rinvio a SABIA, *Historical Pollution and Corporate Liability in the Italian Criminal Law*, ivi, 147 ss.

La materia ambientale ha rappresentato, per la giurisprudenza, uno snodo cruciale nella riaffermazione del principio di legalità nel sistema di responsabilità delle persone giuridiche, la portata dei corollari *ex art. 2 d.lgs. n. 231/2001* non essendo stata posta seriamente in discussione, né affrontata *expressis verbis*, prima della complessa vicenda processuale in discorso.

Quella della Cassazione è una decisione di estrema significatività, dal momento che ha annullato senza rinvio il provvedimento cautelare – un sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, avente ad oggetto somme e beni per un valore complessivo di oltre otto miliardi di euro – applicato nei confronti di alcune società del gruppo *Ilva*, in ragione della ritenuta violazione di taluni principi di garanzia su cui poggia il “sistema 231”, avuto riguardo – per gettare immediatamente luce su quanto di nostro interesse – ai profili di tassatività e irretroattività⁴⁷.

La misura cautelare aveva trovato applicazione nel contesto del procedimento penale instaurato a carico di alcuni vertici dello stabilimento *Ilva* di Taranto, imputati di più delitti contro l'incolumità pubblica (artt. 434, 437 e 439 c.p.), di reati contro la pubblica amministrazione e contro la pubblica fede, di reati ambientali e di reati in materia di igiene, salute e sicurezza sui luoghi di lavoro⁴⁸. Nella specie, alle società del gruppo *Riva Fire* e *Ilva* erano stati contestati gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui all'art. 24-ter, comma 2 (in relazione al reato presupposto *ex art. 416 c.p.*) e di cui all'art. 25-undecies, comma 2, in relazione alle lettere a), b), c), d), e), h) della disposizione, ricomprendenti svariate contravvenzioni previste dal Testo Unico Ambiente⁴⁹.

Nell'impianto accusatorio le ipotesi di delitti contro l'incolumità pubblica (segnatamente disastro innominato, rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, avvelenamento di acque o di sostanze alimentari, nonché danneggiamento aggravato e deterioramento e imbrattamento di cose altrui)⁵⁰ non rientranti – né allora, né ora – nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente «e come tali oggettivamente inidonee [...] a fondarne la stessa imputazione di responsabilità»⁵¹, erano state contestate in via indiretta, quali delitti-scopo dell'associazione, essa sì, espressamente inclusa nell'elenco dei “reati 231”.

In questa ottica, il profilo centrale nel ragionamento della Suprema Corte attiene al contrasto di una simile opzione con il principio di legalità, cristallizzato nell'art. 2 del decreto. Per questa via «la norma incriminatrice di cui all'art. 416 c.p. [...] si trasformerebbe, in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in una disposizione “aperta”, dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo»; ammettere una interpretazione estensiva della fattispecie associativa minerebbe alla base la funzionalità dell'“apparato 231”, dal momento che i soggetti apicali sarebbero «costretti ad adottare su basi di assoluta incertezza, e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione e di gestione previsti dal citato D.Lgs., art. 6, scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione»⁵².

La Cassazione chiarisce, inoltre, come i principi di legalità e di irretroattività subordinino l'applicazione delle sanzioni a carico degli enti – ivi compresa la confisca *ex art. 19* del decreto – alla sussistenza di una previsione legislativa espressa, entrata in vigore *prima* della commissione del fatto. Ne consegue che anche l'applicazione della misura cautelare reale funzionale alla successiva confisca per equivalente non possa «essere fatta retroagire a condotte realizzate anteriormente alla rilevata esistenza dei presupposti e delle condizioni per la stessa

⁴⁷ Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 3635, *Ilva*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2014, con nota di TRINCHERA, *Caso Ilva: La Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*. A commento della pronuncia v. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 998 ss.; con particolare riguardo ai profili attinenti alla confisca e alla nozione di profitto confiscabile, v. MAIELLO, *La confisca ex D.lg. n. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *Giur. it.*, 2014, 969 ss.; SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *Cass. pen.*, 2014, 1538 ss.

⁴⁸ In questi termini la ricostruzione di Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit., par. 1.4.

⁴⁹ Le lettere da a) sino a b) dell'art. 25-undecies – nella versione originaria, come introdotto dal d.lgs. n. 121/2011 e prima della riforma operata con l. n. 68/2015 – si riferiscono a numerose contravvenzioni previste dal Testo Unico Ambiente a tutela delle acque (art. 137, in materia di scarichi), del suolo (artt. 256 ss., in materia di rifiuti), dell'aria (art. 279, in materia di emissioni), e alla fattispecie ‘trasversale’ dell'omessa bonifica (art. 257). In argomento si rinvia a *Commentario breve al Codice dell'ambiente (D. legisl. 3 aprile 2006, n. 152)*, a cura di L. Costato e F. Pellizzer, II ed., Padova, 2012.

⁵⁰ V. sul punto PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale*, cit., 1002.

⁵¹ Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit., par. 7.

⁵² Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit., par. 7.

configurabilità della responsabilità amministrativa dell'ente», a tal fine dovendosi prendere in considerazione esclusivamente «le condotte temporalmente coperte dalla vigenza nel catalogo dei reati-presupposto, della fattispecie associativa e degli illeciti in materia ambientale»⁵³.

In questo senso, conformemente a quanto già ritenuto in dottrina, la Suprema Corte ribadisce che per la determinazione del *tempus commissi delicti* debba guardarsi alla data di realizzazione delle condotte costituenti reato⁵⁴, e non al momento di percezione del profitto da parte dell'ente. La conclusione è quella della necessaria estromissione – ai fini della corretta determinazione del profitto confiscabile⁵⁵ – delle condotte associative e delle violazioni ambientali commesse prima dell'entrata in vigore delle leggi che le hanno elevate a reati presupposto della responsabilità degli enti.

Una lettura sostanzialmente analoga, e dunque una conferma di questa impostazione, ancora in tema di reati ambientali, si rinviene in una successiva pronuncia della Cassazione⁵⁶. La decisione attiene a reati in materia di rifiuti⁵⁷, commessi in un periodo antecedente all'introduzione dell'art. 25-*undecies* nel d.lgs. n. 231/2001 e rispetto ai quali si poneva la questione dell'individuazione del momento consumativo, in virtù del carattere istantaneo o di durata degli stessi, al fine di verificare se potesse o meno trovare applicazione la disciplina del decreto.

La Corte opera, sul punto, opportune distinzioni in relazione alle singole fattispecie contestate, ribadendo – per quel che rileva ai nostri fini – l'impossibilità di applicare retroattivamente la “disciplina 231” a condotte che, al tempo della loro commissione, non costituivano reato presupposto; come sottolineato a commento della pronuncia, si tratta di presa di posizione, con riferimento al principio di irretroattività della norma sfavorevole all'ente, che non può che essere letta quale «ripristinata della ‘grammatica’ penalistica»⁵⁸ da parte dei giudici di legittimità.

5.

L'associazione per delinquere transnazionale: verso una nuova interpretazione della giurisprudenza?

Gli arresti della Cassazione sin qui richiamati e, in specie, la vicenda *Ilva*, appaiono volti a recuperare «istanze di certezza/determinatezza»⁵⁹, circoscrivendo l'orbita della responsabilità dell'ente ai reati di cui al catalogo legislativo. Il netto atteggiamento della Suprema Corte testimonia uno sforzo inteso a evitare «il dissolvimento di due capisaldi del sistema» di responsabilità degli enti: in primo luogo, il più volte richiamato principio di legalità, e accanto a esso, «la funzione di prevenzione generale dei meccanismi di mappatura dei rischi e di approntamento delle necessarie procedure di controllo», dunque «una “colpa di organizzazione” conforme al parametro della responsabilità personale»⁶⁰.

A fronte di queste acquisizioni, una pronuncia di poco successiva, resa dalla Sezione III della Cassazione⁶¹, pare sconfessare la tesi restrittiva e garantista in esame, nella misura in cui ritiene ammissibile la confisca del profitto riferibile a fattispecie non incluse nel “catalo-

⁵³ Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit., par. 8.

⁵⁴ Cfr. LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche* (sub art. 3), cit., 2298; BRUNELLI, Sub Art. 3. *Successione di leggi*, cit., 88; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 695.

⁵⁵ Sulla nozione di profitto confiscabile agli enti v. Cass. pen., SS.UU., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1738 ss., con nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*.

⁵⁶ V. Cass. pen., sez. III, 14 aprile 2015 (dep. 30 settembre 2015), n. 39373, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2015, con nota di PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, cit., 190 ss.

⁵⁷ Si trattava, nella specie, dei reati di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti previsto dall'art. 260 TUA (ipotesi oggi trasposta nel codice penale all'art. 452-*quaterdecies*), di gestione di rifiuti non autorizzata di cui all'art. 256, comma 1, TUA, di omessa bonifica ex art. 257 TUA e di una non meglio definita ipotesi – priva, in motivazione, del relativo appiglio normativo – di “stoccaggio di rifiuti”, sui cui v. le osservazioni di PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, cit., 196.

⁵⁸ Di tale espressione di PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale*, cit., 1003 da conto PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, cit., 192.

⁵⁹ Così ancora PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale*, cit., 1006.

⁶⁰ MAIELLO, *La confisca ex D.lg. n. 231/2001*, cit., 970.

⁶¹ Cass. pen., sez. III, 14 ottobre 2015 (dep. 23 novembre 2015), n. 46162, *Verbatim*, consultabile su www.iusexplorer.it, commentata da SALEMME, *Profili di responsabilità tributaria degli enti*, in www.ilsocietario.it, 10 dicembre 2015. La stessa pronuncia richiama alcune altre decisioni della Cassazione in materia di associazione per delinquere transnazionale, tra cui Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2011 (dep. 17 febbraio 2011), n. 5869; Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2011 (dep. 24 marzo 2011), n. 11969; Cass. pen., sez. II, 26 giugno 2014 (dep. 3 luglio 2014), n. 28969; Cass. pen., sez. III, 4 marzo 2015 (dep. 25 giugno 2015), n. 26721, tutte consultabili su www.iusexplorer.it. Con riguardo ai profili di responsabilità dell'ente v. altresì Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013 (dep. 2 maggio 2013), n. 19051, in *Soc.*, 2013, 1260, con nota di SCOLETTA, *Responsabilità dell'ente per associazione a delinquere e sequestro del profitto dei reati fine*.

go 231”, valorizzando la contestazione del reato associativo e riconducendo direttamente a quest’ultimo il profitto oggetto del provvedimento ablativo.

La vicenda riguardava, anche in questo caso, un sequestro preventivo per equivalente a carico della società *Verbatim* – in relazione a beni mobili e immobili e conti correnti per oltre novantasei milioni di euro – per l’illecito amministrativo dipendente dal reato, contestato ai vertici, di associazione per delinquere con l’aggravante della transnazionalità, finalizzata alla commissione di un numero indeterminato di delitti in materia di evasione fiscale e truffa. Risultava irrilevante che detti reati fossero estranei al catalogo di cui al decreto, dal momento che il sequestro era stato applicato in relazione al reato associativo transnazionale: secondo la ricostruzione dell’accusa, il sodalizio criminoso si avvaleva di società estero-vestite con sedi sia in Paesi a fiscalità privilegiata, sia in Europa, con la finalità di evadere l’obbligo di versamento dell’iva e dell’imposta Siae.

In dettaglio, la società *Verbatim* soltanto in apparenza esportava fuori dal territorio nazionale beni – cv, dvd vergini e altro materiale informatico – attraverso vendite “estero su estero”; in realtà, la merce giungeva invece in Italia con falsa documentazione di trasporto ed emissione di false fatturazioni da parte delle società cartiere. La società *Verbatim*, operando una cessione solo cartolare alle società estere – anziché diretta ai clienti italiani – non assumeva la veste di importatore e, per l’effetto, non risultava gravata dall’obbligazione tributaria. Lo schermo fraudolento posto in essere consentiva alla medesima società di trarre vantaggio dal programma criminoso, vendendo i prodotti a prezzi fortemente concorrenziali e ricavando enormi guadagni, attestati dall’aumento di fatturato e dei volumi di vendita.

L’ambito di riferimento, dunque, è estraneo alla materia ambientale, ma le argomentazioni della Corte appaiono di grande interesse. Per inciso, è utile premettere che con la pronuncia in discorso i giudici di legittimità non hanno ritenuto di investire le Sezioni Unite della questione della confiscabilità del profitto di reati fine del reato associativo, quando non contenuti nella “lista chiusa” di cui agli artt. 24 ss. del decreto. Proprio prendendo le mosse dalla sentenza *Iva*, la Cassazione afferma qui di non condividere quella decisione «isolata», trattandosi di un orientamento che non tiene conto del fatto che «il profitto inteso come l’insieme dei benefici tratti dall’illecito può consistere anche nel complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall’insieme dei reati fine, dai quali il reato associativo è del tutto autonomo e la cui esecuzione è agevolata proprio dall’esistenza di una stabile struttura organizzativa e da un comune progetto delinquenziale»⁶².

La Cassazione sostiene, in sintesi, che il delitto di associazione per delinquere possa ritenersi *in sé* idoneo a generare un profitto, distinto da quello prodotto dai reati fine e pertanto, ricorrendo i presupposti di legge, suscettibile di sequestro ai fini di successiva confisca per equivalente. Non si nega che siano i reati fine a generare un profitto, ma si puntualizza che questo diviene imputabile all’associazione – e dunque aggredibile in via autonoma attraverso la misura ablatoria – poiché è per il tramite dell’organizzazione che i suddetti proventi delittuosi possono essere ‘spartiti’ tra gli associati; detto diversamente, i proventi che derivano dalla commissione dei reati programmati costituiscono il vantaggio per il quale lo stesso reato associativo è concepito.

Chiara l’impostazione di tipo aziendalistico alla base della soluzione prospettata, che ‘legge’ l’agire di una associazione per delinquere attraverso la lente dell’impresa lecita, per cui gli associati sono consapevoli che il profitto dei reati fine non è destinato a generare un vantaggio su base individuale, se non allorquando i molteplici affari dell’organizzazione si riconducono a unità e, alla fine di ogni “esercizio sociale”, si delibera una sorta di “distribuzione di utili”⁶³.

Un parallelismo, quello con l’ente lecito, che non elimina il decisivo passaggio di dover isolare, ai fini dell’applicabilità del sequestro preventivo, un profitto riconducibile all’associazione in quanto tale. In queste ipotesi – come sostiene la Cassazione – il profitto oggetto del sequestro non è quello riconducibile a reati non previsti nel “catalogo 231”, ma un profitto ascrivibile al reato associativo, idoneo a fondare la responsabilità del soggetto collettivo e dunque sequestrabile; legittimo chiedersi, tuttavia, fino a che punto sia possibile distinguere e scindere le diverse componenti, soprattutto partendo dall’assunto che il profitto dell’associazione coincide con il profitto derivante dall’insieme dei reati fine.

Coglie forse nel segno la considerazione di chi ritiene che proprio la «difficoltà di indivi-

⁶² Cass. pen., sez. III, 14 ottobre 2015, n. 46162, cit., consultabile su www.iusexplorer.it.

⁶³ V. BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti*, cit., 122.

duare il volto concreto del profitto del fatto associativo di per sé», indipendente dai reati fine, favorisca «un'azione ancor più ampia della responsabilità da reato degli enti» e contribuisca alla «inarrestabile progressione» della confisca in questa materia⁶⁴, con il sospetto che, in realtà, il temuto effetto estensivo dell'art. 24-ter, ammantato del rassicurante riferimento al profitto del reato associativo, si stia comunque realizzando fuori dai confini tracciati dal legislatore, in contrasto con il dettato dell'art. 2 del decreto.

Si intravede, sul punto, un contrasto giurisprudenziale gravido di conseguenze, profilando- si, almeno potenzialmente, «un sistema punitivo dal doppio volto: da una parte, il sistema “tipico” (legale) delineato nella “parte speciale” del d. lgs. 231/2001; dall'altra parte, un sistema-catalogo “informale” (extralegale) e indeterminato, destinato, però, a riempirsi dei contenuti più vari [...] sotto la spinta trainante del reato associativo»⁶⁵.

6.

La nuova aggravante ambientale prevista per le fattispecie associative (art. 452-octies c.p.).

Il *fil rouge* dell'indagine, legato alla rilevanza del paradigma associativo nella prospettiva dei reati ambientali, conduce a interrogarsi sulle ricadute, in questa materia, della nuova chiave interpretativa proposta dalla Cassazione.

Ammettere la possibilità di attribuire rilevanza a reati presupposto non previsti dal catalogo attraverso l'utilizzo della fattispecie associativa, in violazione del principio di legalità, è una questione che si è posta e che potrebbe ancora continuare a porsi, laddove siano contestate all'ente fattispecie non incluse nella 'lista chiusa': si pensi alle previsioni codicistiche a tutela della incolumità pubblica, in considerazione, ad esempio, del residuo spazio applicativo per l'art. 434 c.p. nell'ipotesi di disastro ambientale, laddove non siano integrati i requisiti ulteriori oggi richiesti dal nuovo art. 452-quater c.p.⁶⁶

Problemi simili potrebbero tuttora sorgere anche in caso di contestazione all'ente di reati ambientali che non siano richiamati dall'art. 25-undecies del decreto. Per il tramite della disposizione sui “delitti di criminalità organizzata” potrebbero essere invero addebitate al soggetto collettivo ipotesi non selezionate dal legislatore: si pensi a fattispecie previste dal Testo Unico Ambiente – potrebbe farsi il caso della combustione illecita di rifiuti⁶⁷ –, ma anche ad alcuni dei delitti ambientali introdotti nel codice penale con la riforma del 2015 – quali l'omessa bonifica ex art. 452-terdecies c.p. o la norma di cui all'art. 452-ter c.p., in tema di morte o lesioni come conseguenza di inquinamento ambientale.

Peraltro, oltre al mancato inserimento nel novero dei *predicate crime* delle significative fattispecie delittuose da ultimo menzionate, la nuova disciplina approntata dal legislatore degli ecoreati svela, proprio sul versante della responsabilità degli enti, ulteriori profili di irrazionalità: il riferimento è alla previsione dell'art. 452-octies c.p. che introduce la c.d. aggravante ambientale per le fattispecie associative⁶⁸.

La norma contiene, per vero, tre distinte aggravanti speciali: al comma 1 è contemplata l'ipotesi di associazione ex art. 416 c.p. che sia diretta, in via esclusiva o concorrente, allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal nuovo titolo VI-bis; il comma 2 tratteggia una ipotesi sostanzialmente analoga, ma riferita all'associazione di tipo mafioso finalizzata alla com-

⁶⁴ La considerazione è di BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti*, cit., 126.

⁶⁵ Così, nel commentare l'approdo della Cassazione nel caso *Ilova*, PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale*, cit., 1006.

⁶⁶ Cfr. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 260.

⁶⁷ L'art. 256-bis TUA, pur prevedendo un espreso richiamo, al comma 3, all'applicabilità delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2 del “decreto 231”, non è tuttavia richiamato tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente; in forza del principio di legalità, esso dovrebbe ritenersi, pertanto, estraneo al catalogo legislativo. Per un commento v. ALBERICO, *Il nuovo reato di combustione illecita di rifiuti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2014.

⁶⁸ Questo il testo dell'art. 452-octies (*Circostanze aggravanti*):

«Quando l'associazione di cui all'articolo 416 è diretta, in via esclusiva o concorrente, allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo, le pene previste dal medesimo articolo 416 sono aumentate.

Quando l'associazione di cui all'articolo 416-bis è finalizzata a commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo ovvero all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale, le pene previste dal medesimo articolo 416-bis sono aumentate.

Le pene di cui ai commi primo e secondo sono aumentate da un terzo alla metà se dell'associazione fanno parte pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio che esercitano funzioni o svolgono servizi in materia ambientale».

Per un commento v. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., 49 ss.; ID., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 275 ss.; AMARELLI, *Sub art. 452-octies*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, t. II, Milano, 2015, 2137 ss.

missione di ecodelitti, nonché di altri comportamenti (acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale); il terzo comma prevede una aggravante – a differenza delle precedenti, soggettiva e ad efficacia speciale⁶⁹ – in caso di coinvolgimento di pubblici agenti.

I delitti associativi così aggravati costituiscono reato presupposto della responsabilità dell'ente, ai sensi dell'attuale art. 25-*undecies*, comma 2, lett. *d*), d.lgs. n. 231/2001 – come innovato dall'art. 6 della l. n. 68/2015 –, a conferma del rilievo attribuito alla fattispecie associativa quale strumento di contrasto alla criminalità ambientale. Nelle ipotesi aggravate *ex* art. 452-*octies* c.p. per il soggetto collettivo si prevede l'inflizione della sanzione pecuniaria da trecento a mille quote; ma «per una sorta di eterogenesi dei fini» proprio una simile scelta appare «destinata a produrre un'irragionevole e paradossale effetto opposto rispetto a quello auspicato di implementazione della tutela penale dell'ambiente»⁷⁰.

L'art. 24-*ter* del decreto prevede, infatti, una cornice sanzionatoria più severa di quella introdotta dalla nuova aggravante: come già rilevato, in relazione alla commissione dei reati di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p. si applica ai soggetti collettivi la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote e le sanzioni interdittive elencate all'art. 9, comma 2 del decreto, per una durata non inferiore ad un anno⁷¹.

Evidente l'incoerenza del nuovo assetto, in forza del quale l'associazione per delinquere, semplice o anche di tipo mafioso, finalizzata alla commissione di ecoreati gode di un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello previsto per ogni altro 'tipo' associativo, ai sensi dell'art. 24-*ter* del decreto. E ciò risulta vero sul duplice piano della sanzione pecuniaria – dal momento che, nell'ipotesi di reati commessi nel contesto delle 'ecomafie' il minimo è pari a trecento quote, in luogo di quattrocento – e, soprattutto, delle interdizioni – qui non richiamate, mentre nei casi contemplati dall'art. 24-*ter* si dispone anche l'applicazione congiunta e obbligatoria, per la durata minima di un anno, delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2 del decreto.

Simili osservazioni valgono anche con riguardo all'ipotesi, punita meno gravemente, di cui al comma 2 dell'art. 24-*ter*: in relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'art. 416 c.p. – e come già chiarito, ad esclusione del sesto comma di tale disposizione – sebbene la sanzione pecuniaria sia inferiore nel minimo (trecento quote), permane l'obbligo di applicare al soggetto collettivo anche le più afflittive sanzioni di tipo interdittivo⁷².

Per l'effetto, le associazioni finalizzate alla commissione di delitti *diversi* da quelli contenuti nel titolo VI-*bis* del codice penale sono soggette a una disciplina più rigorosa di quella recata dall'ingresso dell'art. 452-*octies* c.p. nel sistema di responsabilità degli enti: come a dire che, se tra i reati fine dell'associazione rientrano talune delle (rare) ipotesi delittuose richiamate dall'art. 25-*undecies*⁷³, ma non le nuove norme in materia di ecodelitti, dovranno applicarsi all'ente sanzioni maggiormente incapacitanti di quelle –meramente pecuniarie – previste per una associazione finalizzata alla commissione, ad esempio, di fatti di inquinamento e disastro ambientale.

Non resta che sperare si sia trattato di una 'svista' del legislatore e di un difetto di coordinamento rispetto alla previsione di cui all'art. 24-*ter* del decreto; questa pare l'unica ragionevole giustificazione per una scelta – altrimenti «incomprensibile»⁷⁴ – in controtendenza rispetto al complessivo e sensibile inasprimento sanzionatorio che ha caratterizzato l'intervento rifor-

⁶⁹ Si è rilevato invero che quelle previste nei commi 1 e 2 dell'art. 452-*octies* c.p. sono aggravanti oggettive ad efficacia comune, «in cui il legislatore contempla un aumento di pena ordinario "fino ad un terzo"», mentre l'aggravante del comma 3 «sembra avere natura soggettiva ed efficacia speciale. Sotto il primo profilo [...] l'aumento di pena [...] pare in realtà ancorato ad un aspetto inerente alla persona del colpevole (la qualifica di p.u. o i.p.s. dell'associato) [...]»; sotto il secondo profilo, la variazione sanzionatoria non è quella comune ricavabile dall'art. 64, ma è quella speciale e più elevata da un terzo alla metà»: AMARELLI, Sub art. 452-*octies*, cit., 2140 e 2142.

⁷⁰ Così AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cass. pen.*, 2016, 422 s.

⁷¹ *Retro*, §3.

⁷² In questo senso v. AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 423.

⁷³ Può farsi il caso di alcuni delitti previsti dalla l. 7 febbraio 1992, n. 150 in tema di commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione; o ancora una volta, della norma in tema di attività organizzate per traffico illecito di rifiuti (previamente art. 260 TUA, e oggi art. 452-*quaterdecies* c.p.), che ad avviso di giurisprudenza e dottrina può costituire uno dei reati fine dell'associazione: cfr. BERNASCONI, Sub art. 260, in *Commentario breve al Codice dell'ambiente*, cit., 978 s.

⁷⁴ L'espressione è, ancora, di AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 423, il quale paventa il rischio che, per questa via, si alimentino «seri e fondati dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza, a causa del trattamento sanzionatorio più mite di cui finiscono per godere gli enti per i delitti associativi finalizzati alla realizzazione dei più gravi delitti ambientali del Titolo VI-*bis* della parte speciale del codice penale».

matore del 2015.

7.

Riflessioni conclusive.

Le incertezze ermeneutiche in ordine alla fattispecie associativa, che si è sinora cercato di riassumere, evidenziano l'attualità di una riflessione sul tema del principio di legalità e comportano la necessità di ribadire, in ottica garantista, l'importanza dei principi anche in rapporto agli enti collettivi.

Come tutti gli altri "illeciti amministrativi dipendenti da reato" del catalogo, anche l'art. 24-ter può trovare applicazione in caso di violazione della legge penale da parte di esponenti dell'ente collettivo, ricorrendo gli ulteriori presupposti delineati dalla "normativa 231": a rigore, a essere censurate dovrebbero essere ipotesi occasionali di 'trasgressione', dal momento che, se l'ente fosse da considerarsi "recidivo" – in virtù di plurimi accertati fatti associativi – scatterebbe la previsione ex art. 16, comma 3 del decreto, con uno scivolamento verso la dimensione strutturalmente illecita del soggetto collettivo⁷⁵ che, come noto, non è il *target* ascrivibile del d.lgs. n. 231/2001.

Non può tuttavia ignorarsi come, sotto il profilo criminologico, all'ente si contesti qui la mancata predisposizione di un sistema di controlli in grado di prevenire la realizzazione del reato associativo; vale a dire, di non aver saputo costruire un argine alla costituzione, al proprio interno, di un sodalizio votato alla realizzazione di un certo programma criminoso. Una fattispecie, quella associativa, carica di disvalore ben più pregnante rispetto a quello insito in molte altre figure previste nella 'parte speciale' del decreto, come testimoniato anche dal relativo corredo sanzionatorio.

D'altronde la circostanza che una società non sia in grado di definire presidi di legalità *minima* al proprio interno rappresenta la spia di un male, se non incurabile, senz'altro giunto a uno stadio molto avanzato; e ciò è vero, a maggior ragione, se si considera che da tale attività criminosa l'ente dovrà trarre un interesse o vantaggio ex art. 5 del decreto – poiché, laddove le persone fisiche agiscano nel proprio esclusivo interesse, la disciplina del decreto non potrà venire in rilievo.

Emerge allora un ulteriore profilo, e ritorna al centro il dilemma che avvince e tiene insieme talune figure di reato le quali, progressivamente e inesorabilmente introdotte, negli anni, nel catalogo dei reati presupposto, risultano tuttavia disarmoniche rispetto al quadro d'insieme. Ci si riferisce all'interrogativo se fattispecie quali l'associazione per delinquere – oggi anche di tipo ambientale, con l'art. 452-octies c.p. – o i delitti con finalità di terrorismo⁷⁶, prototipi dei programmi criminali di associazioni illecite, debbano trovare spazio – per proseguire nella citazione – tra gli 'illeciti delle associazioni'⁷⁷.

Se fortissima è la valenza simbolica di norme di questo tipo, bisogna realisticamente ammettere che non è questo lo schema cui intendeva riferirsi il legislatore del 2001 e, anzi, proprio l'introduzione della fattispecie associativa – la materia ambientale e il tema del reato associativo transnazionale stanno lì a dimostrarlo – ha rappresentato uno *stress test* che, avuto riguardo alla tenuta della "struttura 231", non ci pare possa dirsi superato.

Giova ripetere che la responsabilità dell'ente è di secondo livello e che dunque, affinché possa configurarsi, devono ricorrere i presupposti *i)* della commissione di un reato ricompreso nel *numerus clausus*, come da elenco di cui agli art. 24 ss. del decreto, *ii)* del requisito oggettivo dell'interesse o vantaggio e *iii)* della colpa di organizzazione. Tali requisiti, sul piano teorico dati per acquisiti, nella prassi applicativa rischiano invece di essere bypassati: limitando lo sguardo alla fattispecie associativa nell'interpretazione che ne ha dato la Cassazione nel caso *Verbatim*, essa diviene, di fatto, la via d'accesso per reati non ricompresi nel catalogo; si arriva a enucleare una nozione di profitto riconducibile all'associazione in quanto tale, indipendente da quello derivante dai reati fine, sebbene coincidente, nella sostanza, con l'insieme dei 'van-

⁷⁵ V. in argomento CERQUA, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2012, 2, 9 ss.

⁷⁶ In argomento, volendo, SABIA, *Delitti di terrorismo e responsabilità da reato degli enti tra legalità e esigenze di effettività*, in questa *Rivista*, 1/2017, 208 ss. V. sul punto le considerazioni di SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 836, il quale annovera tra le «fattispecie di reato che normalmente si attagliano ad un'organizzazione collettiva inquadrabile [nel] diverso paradigma delle c.d. "imprese criminali"» altresì i delitti di falsità in monete e valori di bollo (art. 25-bis), quelli contro la personalità individuale (art. 25-quinquies), le pratiche di mutilazione genitale femminile (art. 25-quater.1).

⁷⁷ Obbligato sul tema il richiamo a PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 418 ss.

taggi' ascrivibili a questi ultimi⁷⁸; e, *a fortiori*, la colpa organizzativa in queste ipotesi parrebbe risiedere nel non avere predisposto e attuato un modello idoneo a prevenire la costituzione dell'associazione per delinquere *in se*, con buona pace della possibilità di esercitare un effettivo controllo sulla fonte di rischio a fronte di una «congerie [...] indefinita e [...] *a priori indefinibile* dei reati aggregabili [...] nella rete del reato associativo»⁷⁹.

Sarebbe interessante sottoporre a un esperto di organizzazione aziendale il tema della redazione di un *compliance program* – e dunque, di un ordito procedurale e di controlli trasponibile nella *realtà concreta* del singolo soggetto collettivo di volta in volta in considerazione – in grado, astrattamente, di identificare e minimizzare quella peculiare area di rischio-reato afferente all'art. 416 c.p. Detto diversamente: è davvero possibile redigere un modello organizzativo che intenda scongiurare l'eventualità che siano commessi reati associativi da parte di esponenti aziendali, senza avere a mente la 'rosa' dei reati fine che, avuto riguardo a tutti i fattori rilevanti (ambito di attività, collocazione territoriale, partner commerciali, etc.), rientrino nello spettro di *crime-risk* di quella determinata *societas*?⁸⁰

Il complesso meccanismo del "decreto 231" non è stato costruito per contrastare fenomeni criminosi divenuti ormai fisiologici – la commissione di illeciti indotti da una illegalità diffusa all'interno dell'impresa – bensì devianze che non presentino carattere strutturale, ragione per la quale ci pare che sia il tipo associativo in quanto tale a non conciliarsi con una simile *ratio*⁸¹. Ma laddove non si intenda, per taluni versi comprensibilmente, rinunciare alla componente generalpreventiva insita nella minaccia di "sanzioni 231" anche per i reati associativi, la strada da percorrere *rebus sic stantibus* è quella di ritenere estensibile all'ente la responsabilità per i soli reati fine inclusi nel catalogo. Dovrebbe, in altri termini, farsi prevalere la tesi che esclude «già sul piano astratto, la possibilità di disporre la confisca nel caso in cui l'illecito dell'ente abbia come reato-presupposto quello di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti non compresi fra quelli idonei a fondare la responsabilità della persona giuridica»⁸².

Il vero *punctum dolens*, in relazione al tema del principio di legalità nel "sistema 231", anche al fine di predicare una forma di 'colpevolezza' quanto più possibile modellata sui canoni di quella propria della persona fisica, è il perimetro della responsabilità dell'ente. Continua ad avere senso rimpinguare l'elenco dei *predicate crime*, se questi poi non trovano applicazione concreta (si veda, ancora una volta, il caso dei delitti con finalità di terrorismo) o, peggio, vedono una applicazione distorta (come i delitti associativi)? Sarebbe forse giunto il momento di rimeditare su quali fattispecie appuntare l'attenzione, ricomprendendovi essenzialmente quelle che possano essere ricondotte alla logica di profitto tipica dell'agire delle imprese, invertendo la rotta in direzione del 'restringimento' di un catalogo, ormai, decisamente slabbrato.

Una marcia indietro del legislatore sul punto non pare, tuttavia, particolarmente plausibile, neppure guardando, fiduciosamente, verso un orizzonte lontano. È questa la ragione per cui diviene imprescindibile rimanere entro i confini segnati dal diritto vigente: i principi sanciti dal decreto dovrebbero orientare l'interprete e impedire una deriva che conduca lontano dagli spazi di "operatività 231" come 'delimitati' dal principio di legalità. E ciò non per indulgere pedissequamente nel richiamo al formalistico rispetto dei dettami del decreto, ma per evitarne uno svuotamento nella sostanza. La necessità – che in alcun modo si intende porre in discussione – di aggredire talune forme di criminalità dovrebbe più opportunamente passare attraverso l'utilizzo dei – non pochi – strumenti di cui, a tal fine, il nostro ordinamento dispone: non dell'*an* qui si discute, ma del *quomodo*.

⁷⁸ Non essendo chiaro se il requisito oggettivo dell'interesse o vantaggio debba ricercarsi nell'attività associativa o, piuttosto, nel reato-fine: cfr. BADODI, *La responsabilità dell'ente per i delitti di criminalità organizzata*, cit., 2776.

⁷⁹ Così PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano*, cit., 13.

⁸⁰ Cfr. in questo senso SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 379.

⁸¹ V. ancora le nette osservazioni di PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano*, cit., 13, il quale, nel riferirsi «all'ingresso *en bloc* dei reati associativi nel novero dei reati presupposto [...]» esprime perplessità circa la «sensatezza politico-criminale» di tale scelta, in considerazione del «*rationale* di fondo di una responsabilità *ex crimine* dell'ente per il fatto dei suoi rappresentanti».

⁸² SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti*, cit., 1548.

Ecoreati e responsabilità degli enti

Criticità e prospettive

Environmental Crimes and Corporate Criminal Liability

Critical Issues and Perspectives

SARA PETELLA

*Dottoressa di ricerca in Diritto e procedura penale presso l'Università Sapienza di Roma
sara.petella@gmail.com*

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI,
ECOREATI

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY,
ENVIRONMENTAL CRIMES

ABSTRACT

Il presente contributo è dedicato alle profonde innovazioni apportate con la L. n. 68/2015 sui c.d. "ecoreati" alla disciplina della responsabilità degli enti. Quest'ultima, introdotta dal d.lgs. n. 121/2011 che ha inserito nel d.lgs. n. 231/2001, l'art. 25 undecies, vede oggi esteso il catalogo dei reati presupposto a numerose fattispecie a tutela dell'ambiente. L'analisi si soffermerà da un lato, sulle criticità che si riscontrano nella materia, con particolare riguardo al raccordo con la nuova disciplina di estinzione delle contravvenzioni, nonché al mancato richiamo ai Sistemi di Gestione Ambientale. Dall'altro, sui possibili orizzonti della disciplina, ancora bisognosa di interventi legislativi per essere pienamente conforme ai principi di tassatività e determinatezza.

The article is focused on the profound innovations to the corporate liability, that have been introduced by Italian Law n.68/2015 related to the environmental crimes. The corporate liability, which has been introduced by the Decree Legislative n.121/2011 that have inserted the art. 25 undecies into the Decree Legislative n. 231/2001, has an implemented list of environmental crimes. The analysis, from one side, will focus on the critical aspect of this matter, in particular with reference to the new regulation related to the cancellation of fines, and to no reference to the systems of environmental management. From the other side, it concerns to the possible future scenario of the regulation, which still needs further rules in order to be fully in compliance with the principles of legal certainty.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. L'art 25*undecies* d.lgs. n. 231/2001 così come modificato dalla L. n. 68/2015. – 3. Criticità. Il mancato raccordo con la nuova disciplina di estinzione delle contravvenzioni. – 3.1. Nessun richiamo al Sistema di Gestione Ambientale e alle certificazioni ambientali. Il modello organizzativo ambientale. – 3.2. Gli autori del delitto presupposto in materia ambientale e il ruolo della delega di funzioni. – 4. Prospettive.

1.

Premessa.

La responsabilità degli enti per gli illeciti ambientali è stata introdotta nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. n. 121/2011 di recepimento della direttiva n. 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente. L'art. 6 della direttiva richiedeva, infatti, agli Stati membri di adottare misure affinché le persone giuridiche potessero essere chiamate a rispondere dei reati indicati dagli artt. 3 e 4 della direttiva medesima, qualora fossero commessi a loro vantaggio da soggetti che detenessero una posizione preminente in seno alla persona giuridica, individualmente o in quanto parte di un suo organo sulla base: del potere di rappresentanza della persona giuridica; del potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica; del potere di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica. La direttiva richiedeva altresì che gli Stati membri provvedessero affinché le persone giuridiche potessero essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte dei soggetti dotati dei poteri suindicati, avesse reso possibile la commissione dei reati di cui ai richiamati artt. 3 e 4 a vantaggio della persona giuridica e ad opera di una persona soggetta alla sua autorità.

All'indomani dell'entrata in vigore della direttiva emergevano numerose aspettative in ordine ad una revisione organica del nostro sistema penale posto a presidio dell'ambiente, attraverso l'introduzione di fattispecie di danno o di pericolo concreto¹. La direttiva, infatti, richiedeva sanzioni penali «che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile»², «efficaci, proporzionate e dissuasive»³ per una serie di attività «poste in essere intenzionalmente o quanto meno con grave negligenza», che «provocano o possano provocare un deterioramento significativo della qualità dell'aria, compresa la stratosfera, del suolo, dell'acqua, della fauna e della flora, compresa la conservazione delle specie».

Le aspettative erano rimaste deluse: lungi dall'operare un ripensamento dell'intero diritto penale dell'ambiente, il legislatore si è limitato ad inserire nel codice penale due nuove fattispecie (artt. 727 *bis* e 727 *ter* c.p.) e a richiamare numerose fattispecie (per la maggior parte contravvenzionali) già presenti nel d.lgs. n. 152/2006 (Testo Unico Ambientale)⁴, nonché ad introdurre – certamente elemento più significativo della riforma – la responsabilità degli enti per gli illeciti ambientali, attraverso l'inserimento nel decalogo *ex* d.lgs. n. 231/01 dell'art. 25 *undecies*. Del resto, già nella stessa Relazione illustrativa di accompagnamento al d.lgs. n. 121/2011 il legislatore ammetteva di non essersi spinto fino ad una rivisitazione radicale del diritto penale ambientale, rappresentando l'impossibilità di procedere ad una revisione organica del sistema dei reati ambientali, che comunque sarebbe stata oggetto di un futuro

¹ BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria ed Ambientale*, 5/2009, p. 301; VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto ambientale italiano*, in *Diritto Commerciale Internazionale*, 2010, p. 458 ss.; SIRACUSA, *La competenza penale comunitaria al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell' Economia*, 2008, p. 898 e 899. ID., *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011, p. 2; VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 1/2009, p. 10.

² Considerando n. 3 direttiva n. 2008/99/CE.

³ Art. 5 direttiva n. 2008/99/CE.

⁴ La normativa fu da subito tacciata di scarsa effettività, per l'utilizzo del modello contravvenzionale di pericolo astratto, per la limitata efficacia deterrente derivanti da un lato dalle sanzioni comminate per le contravvenzioni, e dall'altro dai limitati tempi di prescrizione; a ciò si aggiungeva l'impossibilità di ricorrere ad importanti strumenti investigativi, quali le intercettazioni e l'impossibilità di applicare misure cautelari.

intervento normativo⁵.

Da qui la genesi della L. n. 68/2015 sugli “ecoreati”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 28 maggio 2015 ed entrata in vigore il giorno successivo. Attraverso tale intervento normativo, in particolare, le fattispecie poste a tutela dell’ambiente sono oggi costruite sotto forma di delitto, realizzando quello che è stato definito un «evento epocale», per lungo tempo atteso dagli “addetti al settore” che ne hanno costantemente richiamato l’urgenza⁶. La portata “rivoluzionaria” di questa legge viene in sintesi ricondotta all’introduzione del titolo VI *bis* del libro secondo del codice penale, intitolato «dei delitti contro l’ambiente»; alla collocazione sistematica del titolo di nuovo conio a ridosso dei delitti contro l’incolumità pubblica, vista positivamente dalla dottrina che l’ha considerata «coerente con lo stretto legame che intercorre tra incolumità pubblica ed ambiente, e che riemerge puntuale nelle nuove figure di inquinamento ambientale aggravato (art. 452 *ter* c.p.) e di disastro ambientale (art. 452 *quater* c.p.), ove le offese all’integrità fisica delle persone costituiscono rispettivamente evento aggravante ed evento alternativo all’offesa di matrici ambientali⁷; all’introduzione di fattispecie di danno e di pericolo concreto che vengono sanzionate con elevati limiti edittali di pena e disegnate pensando ad una progressione all’offesa dei beni giuridici protetti a cui fa da contraltare un’estensione delle misure ripristinatorie e riparatorie; alla previsione del nuovo “*dolo specifico ambientale*” tipizzato attraverso un’aggravante soggettiva comune ad effetto speciale; all’aumento di pena per le ipotesi di associazione per delinquere o di associazione di stampo mafioso finalizzata a commettere delitti ambientali, ovvero ad acquisire la gestione o comunque il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti o servizi pubblici in materia ambientale⁸.

In particolare, i delitti ambientali che hanno trovato ingresso nel codice penale, attraverso la L. n. 68/2015 sono: *Inquinamento ambientale* (art. 452 *bis* c.p.), *Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale* (art. 452 *ter*), *Disastro ambientale* (art. 452 *quater*), *Inquinamento ambientale e disastro commessi per colpa* (art. 452 *quinquies*), *Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività* (art. 452 *sexies*), *Impedimento del controllo* (art. 452 *septies*), *Omessa bonifica* (art. 452 *terdecies*)⁹. La riforma – infine ma non da ultimo – ha indubbiamente revisionato la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dipendente dalla realizzazione di reati ambientali. A due anni dalla introduzione della L. n. 68/2015 arrivano già i primi risultati positivi: dal Rapporto Ecomafie 2017 è emerso che nel 2016 i reati ambientali accertati sul territorio nazionale sono stati 25.889, in luogo dei 27.745 accertati nel 2015, registrando così una flessione del 7%. Per converso, le misure cautelari personali sono cresciute del 20%.

⁵ All’indomani dell’entrata in vigore de d.lgs. n. 121/2011, le associazioni imprenditoriali evidenziavano l’eccessiva dilatazione dei reati presupposto, sia perché era stata estesa la responsabilità alle fattispecie contravvenzionali, non caratterizzate dai necessari requisiti di lesività e gravità, sia perché era stata assegnata rilevanza a fattispecie di pericolo astratto, in contrasto con i principi dettati dalla direttiva n. 2008/99/CE. La circolare Assonime n. 15 del 28 maggio 2012 ha infatti osservato che le direttive subordinano l’applicazione della sanzione penale all’ipotesi in cui dalla commissione dell’illecito derivi un danno o un pericolo per l’ambiente e per la salute dell’uomo, per cui richiedono, ai fini della condanna, che venga dimostrata la relazione tra la condotta posta in essere e il pregiudizio sofferto dall’ambiente e/o dalle persone, mentre nel nostro sistema, le condotte che integrano i reati ambientali rilevano anche come violazioni formali, prevalentemente di natura contravvenzionale, a prescindere dal verificarsi di un evento dannoso o pericoloso. Si contrappone cioè un modello di reati “di evento” (voluto dalle direttive) a un modello di reati di “pericolo presunto” (attuato dalla legge italiana). Inoltre, prosegue, la direttiva 2008/99, richiede che il reato sia posto in essere con dolo o grave negligenza, mentre il d.lgs. n. 121/2011 non precisa nulla sul profilo psicologico della condotta con l’effetto che, nel nostro sistema, nella parte in cui si prevede i reati di cui si discute siano delle contravvenzioni (e non dei delitti) ad integrare il reato è sufficiente anche la colpa semplice. Per ulteriori commenti alla circolare v. FIMIANI, *La tutela penale dell’ambiente*, Milano, 2015, p. 799 e ss.

⁶ Così SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “eco delitti” una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell’ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2015, p. 1. Per una ampia disamina della disciplina penale in materia ambientale, cfr. PELISSERO, (a cura di), *I reati contro l’ambiente e il territorio*, Torino, 2013; DE SANTIS, *Diritto penale dell’ambiente – un’ipotesi sistematica*, Milano, 2012; FIMIANI, *La tutela penale dell’ambiente*, II ed., aggiornato al d.m. 52/2011, Milano, 2011; D’AGOSTINO - SALOMONE (a cura di), *La tutela dell’ambiente. Profili penali e sanzionatori*, Padova, 2011.

⁷ RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, IX.

⁸ Per approfondimenti cfr. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015*, cit., p. 6.

⁹ Nell’ultima lettura la Camera ha soppresso il reato rubricato “*ispezione di fondali marini*”, che puniva con la reclusione da uno a tre anni chiunque utilizzasse la tecnica dell’*air gun* o altre tecniche esplosive nell’ambito di attività di ricerca e di ispezione dei fondali marini finalizzate alla coltivazione di idrocarburi.

2.

L'art. 25 *undecies* D. Lgs. n. 231/2001 così come modificato dalla L. n. 68/2015.

Come anticipato, la novella legislativa ha segnato importanti novità anche sul fronte della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. L'art. 1, comma 8, L. n. 68/2015 ha infatti esteso la responsabilità delle persone giuridiche attraverso una modifica operata sull'art. 25 *undecies* del d. lgs. n. 231/2001. Sono così stati innestati:

- il delitto di inquinamento ambientale *ex art. 452 bis* c.p.: sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote, oltre alle sanzioni interdittive di cui all'art. 9¹⁰ d.lgs. 231/2001, per un periodo non superiore ad un anno;
- il delitto di disastro ambientale *ex art. 452 quater* c.p.: sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote, oltre alle sanzioni interdittive previste all'art. 9 d.lgs. 231/2001;
- i delitti colposi contro l'ambiente *ex art. 452 quinquies* c.p.: sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote;
- i delitti associativi aggravati *ex art. 452 octies* c.p.: sanzione pecuniaria da trecento a mille quote;
- il delitto di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività *ex art. 452 sexies* c.p.: sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote.

Con la riforma è stato altresì previsto un aumento dei limiti edittali per le contravvenzioni di cui agli artt. 727 *bis* e 733 *bis* c.p., già inserite quali reati presupposto della responsabilità dell'ente dal d.lgs. n. 121/2011: per la prima fattispecie è prevista oggi una sanzione pecuniaria fino a duecentocinquanta quote, per la seconda una sanzione pecuniaria che va da centocinquanta a duecentocinquanta quote.

La modifica operata sul fronte della responsabilità degli enti rappresenta un punto di forza anche di questa riforma: l'opzione politico - criminale ha tenuto conto del fatto che statisticamente i reati ambientali vengono realizzati nell'interesse dell'impresa. Nel corso dei lavori preparatori, gli operatori della materia evidenziavano, infatti, che «nel settore dei reati ambientali, per esempio nei casi statisticamente più frequenti dello smaltimento di rifiuti e della cementificazione abusiva, i fatti più gravi sono compiuti nell'interesse delle imprese e l'applicazione di sanzioni pecuniarie alle stesse permetterebbe di contrastarne direttamente l'interesse economico e, in determinate circostanze, risulterebbe più efficace tanto ai fini della persecuzione del singolo episodio, quanto, più in generale, in termini di deterrenza, rispetto alla sanzione detentiva comminata alla persona fisica»¹¹. Inoltre, la previsione delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9 d.lgs. n. 231/2011 (interdizione dall'esercizio di attività; sospensione e revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni; divieto di contrattare con la p.a.; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi), rafforza indubbiamente il quadro sanzionatorio approntato nei riguardi dell'ente.

La dottrina ha altresì guardato positivamente alla scelta di estendere la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai delitti colposi contro l'ambiente di cui all'art. 452 *quinquies* c.p., statisticamente più frequenti. Del resto, il voto favorevole verso l'opzione politico - criminale ha avuto il sopravvento rispetto alle critiche che a buon diritto avrebbero dovuto muoversi per la (quasi) assimilazione sanzionatoria rispetto alla ipotesi dolosa e colposa del delitto di inquinamento ambientale realizzato dalla persona giuridica. Con riferimento a dette fattispecie, risulterà decisivo «l'approccio anche organizzativo dell'ente, volto a disciplinare correttamente il rispetto rigoroso delle prescrizioni normative ed anche autorizzative in essere»¹².

¹⁰ Art. 9 comma 2 d.lgs. n. 231/2001: «Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi».

¹¹ Audizione del Comandante del Comando dei Carabinieri per la tutela dell'ambiente V. Patichio, seduta n.6 del 26 novembre 2013, Commissione (II) Giustizia della Camera dei deputati (prima lettura), in www.camera.it

¹² GUGLIELMI - MONATANARO, *I nuovi ecoreati: prima lettura e profili problematici*, in *Rivista231*, 3/2015, p. 33.

3. Criticità. I “grandi assenti”.

Nonostante la riforma abbia inciso profondamente e positivamente sul sistema legislativo della responsabilità degli enti per gli illeciti ambientali, si registrano ancora alcune “lacune”.

Nel novero dei reati presupposto, mancano all’appello le nuove fattispecie di impedimento del controllo di cui all’art. 452^{septies} c.p. e di omessa bonifica di cui all’art. 452^{terdecies} c.p.. La prima (art. 452^{septies} c.p.) punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni «chiunque, negando l’accesso, predisponendo ostacoli o mutando artificialmente lo stato dei luoghi, impedisce, intralcia o elude l’attività di vigilanza e controllo ambientali e di sicurezza e igiene del lavoro, ovvero ne compromette gli esiti». La seconda (art. 452^{terdecies} c.p.) incrimina con la minaccia della pena della reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 20.000 a euro 80.000 «chiunque, essendovi obbligato per legge, per ordine del giudice ovvero di un’autorità pubblica, non provvede alla bonifica, al ripristino o al recupero dello stato dei luoghi».

La *ratio* del delitto di impedimento del controllo è quella di consentire il presidio delle attività di accertamento e di controllo; la sanzione è peraltro rilevante¹³, se si pensa al fatto che tale condotta viene inquadrata tra i c.d. illeciti di polizia; si è sostenuto che così si è segnato un ritorno verso un diritto penale dell’ambiente posto a tutela di funzioni amministrative, punendo il titolare o il gestore di un impianto che, in vario modo, ostacoli, impedisca o intralci l’attività di controllo degli insediamenti da parte dei soggetti legittimati a tale controllo. Sulla base di queste argomentazioni, prima dell’entrata in vigore della norma, la dottrina¹⁴ ha “messo in guardia” il legislatore sul fatto che la stessa non dovrebbe appartenere al diritto penale, bensì al diritto amministrativo e che al più avrebbe dovuto trovare ingresso solamente tra le contravvenzioni. Sul fronte della responsabilità dell’ente, il mancato richiamo della norma non trova tuttavia giustificazioni, anche perché sarebbe stato tuttavia agevole immaginare la realizzazione della condotta tipica sia da un soggetto apicale, che sottoposto, e semplice individuare l’interesse o il vantaggio dell’ente.

Quanto al delitto di omessa bonifica, l’art. 452^{terdecies} c.p. configura una fattispecie omisiva, che risulterà integrata a prescindere dalla circostanza che l’omissione determini un evento dannoso aggiuntivo rispetto alla situazione di inquinamento che gli interventi di bonifica, ripristino o recupero dovrebbero risolvere. Il mancato richiamo di questo reato non si comprende alla luce della circostanza che l’omessa bonifica ex art. 257 d.lgs. 152/2006, continua a fondare la responsabilità della persona giuridica ed è agevole ipotizzare nella prassi la realizzazione del reato in ambito societario. In definitiva quindi, ai fini della responsabilità delle persone giuridiche, resterà pur sempre valida l’applicabilità dell’art. 257 TUA, inserito tra i reati presupposto ad opera del d.lgs. 121/2011.

Ultima – ma non certo per minore importanza – lacuna, già presente al momento dell’entrata in vigore del d.lgs. 121/2011, deriva dalla mancata indicazione tra i reati presupposto, del delitto aggravato dall’evento di cui all’art. 452 *ter* c.p.. Invero, già la direttiva 2008/99/CE, con l’art. 6, imponeva la previsione se i fatti di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale fossero stati commessi a vantaggio dell’ente. Neppure con l’intervento riformatore del 2015, si è adempiuto al dettato comunitario.

In definitiva, a due anni dalla riforma ancora non risulta comunque chiara la scelta legislativa di escludere tali reati dall’art. 25 *undecies* d.lgs. 231/2001 all’atto della modifica del 2015.

3.1. Criticità. Il mancato raccordo con la nuova disciplina di estinzione delle contravvenzioni.

La riforma 2015 ha introdotto nel Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006) la “Parte sesta *bis*”, recante “*Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale*”, costituita da sette nuovi articoli (artt. da 318 *bis* a 318^{octies}).

Il campo di applicazione della disciplina di nuovo conio è definito dall’art. 318 *bis* TUA: le

¹³ Già nel corso dei lavori preparatori la dottrina evidenziò tale rilevanza: una pena da 6 mesi a 3 anni è la pena del furto o della truffa, per un comportamento che tradizionalmente viene inquadrato tra i cd. illeciti di polizia. Cfr. CATENACCI, *Resoconto stenografico*, II Commissione, Camera dei Deputati, seduta n. 3, mercoledì 6 novembre 2013.

¹⁴ CATENACCI, *Resoconto stenografico*, II Commissione, Camera dei Deputati, seduta n. 3, mercoledì 6 novembre 2013.

nuove disposizioni si applicano alle ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal Tua, che «non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette».

Si tratta di una innovazione che ha avvicinato il sistema italiano di tutela dell'ambiente, alla disciplina prevista dall'ordinamento anglosassone attraverso il meccanismo delle c.d. *notice*, in quanto è normativamente previsto un procedimento per l'estinzione della contravvenzione accertata, attraverso l'adempimento di un'apposita prescrizione asseverata sotto il profilo tecnico dall'ente specializzato competente nella materia trattata¹⁵, o comunque dalla polizia giudiziaria, nonché il pagamento di una pena pecuniaria.

Tali disposizioni hanno chiaramente una funzione deflattiva, incentivando l'eliminazione e la regolarizzazione delle violazioni contestate¹⁶.

Ai fini dell'adempimento della prescrizione, in estrema sintesi, viene fissato un termine non superiore al periodo di tempo tecnicamente necessario¹⁷ e attraverso le prescrizioni possono essere imposte specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose (art. 318^{ter} Tua)¹⁸. Il comma 4 dell'art. 318^{ter} Tua, pone in capo all'organo accertatore comunque l'obbligo di comunicare ai sensi dell'art. 347 c.p. la notizia di reato relativa alla contravvenzione al Pubblico Ministero. Il procedimento penale sorto a seguito della notizia di reato verrà sospeso *ex art. 318^{sexies} Tua* fino ai termini indicati per la verifica dell'adempimento. Alla fase prescrittiva segue, infatti, la fase accertativa dell'adempimento: ai sensi dell'art. 318^{quater} Tua, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, l'organo accertatore deve verificare se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicato. In caso favorevole, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, entro trenta giorni, una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa. Entro centoventi giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione l'organo accertatore comunica al Pubblico Ministero l'adempimento della prescrizione nonché l'eventuale pagamento della somma. L'adempimento della prescrizione impartita e il pagamento della pena pecuniaria, comportano l'estinzione del reato *ex art. 318^{septies} Tua* e legittimano il PM a richiedere l'archiviazione. Residua infine un'ulteriore possibilità di estinzione della contravvenzione contestata: in caso di ritardo nell'adempimento, se comunque questo ritardo risulterà congruo a norma dell'art. 318^{quater}, comma 1, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza sono valutati ai fini dell'applicazione dell'art. 162 *bis* c.p.. In tal caso, la somma da versare è ridotta alla metà del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa. In caso di inadempimento, invece, comunicato al Pubblico Ministero entro novanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, il procedimento penale riprenderà il suo corso. La novella contempla anche l'ipotesi che la notizia di reato pervenga direttamente al Pubblico Ministero: in questo caso, *ex art. 318^{quinquies} Tua*, ne dà comunicazione all'organo di vigilanza o alla polizia giudiziaria affinché impartisca le prescrizioni di cui all'art. 318^{ter} Tua. In tal caso il procedimento rimane sospeso fino al momento della verifica¹⁹.

A questo punto della trattazione occorre evidenziare il rapporto intercorrente tra tali modalità di estinzione delle contravvenzioni e la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche posto che l'art. 25^{undecies} d.lgs. n. 231/2001 annovera numerose contrav-

¹⁵ Tale necessità è stata introdotta in sede di modifiche apportate dal Senato (cfr. il testo approvato con modificazioni il 4 marzo 2015), che ha accolto le osservazioni provenienti dalla dottrina che, con riferimento al vecchio testo, lamentava l'affidamento esclusivo, a soggetti non necessariamente in possesso di idonee competenze, del potere/dovere di valutare situazioni tecnicamente complesse da un punto di vista fattuale, normativo e tecnico (cfr. VERGINE, *I nuovi delitti*, op. cit., p. 450 ss.).

¹⁶ Si tratta di una disciplina modellata sulla falsariga delle previsioni contenute negli artt. 19 ss., d.lgs. n. 758/1994, recante “*modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*”, che disciplinano un meccanismo di estinzione degli illeciti mediante adempimento delle prescrizioni impartite e al pagamento di una somma determinata a titolo di sanzione pecuniaria.

¹⁷ Solo in presenza di specifiche e documentate circostanze non imputabili al contravventore che determinino un ritardo nella regolarizzazione, il termine può essere prorogato per una sola volta, a richiesta del contravventore, per un periodo non superiore a sei mesi, con provvedimento motivato che è comunicato immediatamente al Pubblico Ministero (art. 318^{ter}, comma 1, Tua).

¹⁸ L'analoga previsione contemplata dall'art. 20 d.lgs. 758/1994 in materia di lavoro è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso che la norma consente “la imposizione di specifiche misure per fare cessare la situazione di pericolo per la sicurezza o la salute dei lavoratori; tali imposizioni hanno il fine di eliminare immediatamente, anche prima del termine utile per la completa regolarizzazione, una situazione non procrastinabile di pericolo. Tra queste prescrizioni, si può annoverare l'ordine di cessazione dell'attività che si sostituisce, oppure si aggiunge, alle precise direttive idonee a mettere in conformità alla normativa di riferimento il luogo di lavoro” (Cfr. Cass. pen., sez. III, 1 aprile 2009, n. 24791).

¹⁹ La sospensione del procedimento non preclude la richiesta di archiviazione. Non impedisce, inoltre, l'assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagini preliminari, né il sequestro preventivo ai sensi degli artt. 321 ss. c.p.p.

venzioni del Tua tra i reati presupposto.

L'interrogativo da risolvere è: quali sono le conseguenze per la responsabilità dell'ente nel momento in cui la persona fisica autrice del reato presupposto definisca la propria posizione attraverso il procedimento testé illustrato, determinando l'estinzione del reato *ex art. 318septies* Tua. Sul punto si registrano due orientamenti. Uno, minoritario, ritiene che l'estinzione del reato nei confronti dell'ente possa comunque aversi attraverso il ricorso all'art. 129 c.p.p., consentito dalla generale clausola di estensione delle norme procedurali di cui all'art. 34 d.lgs. n. 231/2001²⁰.

Tale orientamento è contrastato tuttavia, dalla dottrina maggioritaria che ritiene viceversa prevalente l'operatività del principio di autonomia della responsabilità dell'ente di cui all'art. 8 d.lgs. in base al quale "la responsabilità dell'ente sussiste anche quando (...) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia"; sulla base di tale principio, la responsabilità della persona giuridica dovrebbe ritenersi impregiudicata dalla conclusione positiva del procedimento per la persona fisica autore del reato presupposto²¹.

3.2.

Criticità. Nessun richiamo al Sistema di Gestione Ambientale e alle certificazioni ambientali. Il modello organizzativo ambientale.

L'art. 25undecies d.lgs. n. 231/2001 sin dalla sua originaria formulazione, non è stato ricordato con nessuna specifica norma che indichi i requisiti che deve avere il modello organizzativo ai fini dell'esonero dalla responsabilità. In materia, nonostante l'intervento riformatore del 2015, si registra infatti ancora un'omissione al rinvio ai sistemi di gestione ambientale di cui alle norme ISO 14001 e EMAS, sulla falsariga dell'art. 30 d.lgs. n. 81/2008²².

In materia è intervenuta Confindustria che, con le Linee Guida elaborate nel 2014, ha escluso qualsiasi presunzione di idoneità del modello ai sistemi gestione in materia ambientale, anche laddove questi siano recepiti dalle stesse linee guida e comunicate al Ministero della Giustizia a norma dell'art. 6 3° co. d.lgs. n. 231/2001²³. A parte ragioni di ordine formale, legate al mancato richiamo cui si accennava, si è osservato comunque che il modello *ex d.lgs. 231/2001* dovrebbe contenere ulteriori previsioni rispetto ai sistemi di gestione realizzati in base alla norma ISO 14001 e EMAS. Mentre, infatti, «tali sistemi mirano ad attuare la migliore gestione dell'impresa in campo ambientale, il modello organizzativo 231, non ha natura gestionale generalista, ma si prefigge lo scopo di ridurre il rischio di commissione di specifici reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente, delineando un vero e proprio modello di diligenza che, se idoneo (cioè eludibile solo in modo fraudolento) ed efficacemente attuato, esclude la responsabilità dell'ente»²⁴. In altri termini, l'ambito di operatività del modello *ex d.lgs. 231/2001* risulta essere più limitato, avendo ad oggetto la specifica valutazione del rischio di determinate fattispecie di reato. Il rischio di mancata coincidenza può in definitiva comportare che «un'organizzazione presenti un ottimo sistema di controlli generali, ma che poi nella specifica area sia mancato, ad esempio, l'aggiornamento di quelle procedure che garantiscono la corretta attuazione ed il controllo sul processo, determinando così l'inidoneità dell'intero modello»²⁵. In definitiva, in assenza del dato normativo, si deve ritenere che i criteri dettati dalle norme ISO 14001 e EMAS possano costituire solamente un'importante base di riferimento, specialmente

²⁰ Si v. conformemente: MERLIN - LOSENGO, *Ambiente. Il nuovo modello per la tutela penale*, in *Ambiente e sicurezza*, 12/2015, p. 34.

²¹ Nello stesso senso si attesta la Circolare n. 9/2014 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, a firma del Procuratore della Repubblica Dott. G. Amato, in *www.reteambiente.it*, 22 maggio 2014, che, prendendo atto dell'operatività dell'istituto di cui all'art. 8 d.lgs. 231/2001 ha ribadito come non sia previsto che alla sospensione del procedimento penale per l'attivazione dell'istituto della prescrizione segua una parallela sospensione del procedimento per la responsabilità amministrativa dell'ente e che "anzi, in ossequio al principio di autonomia, dovrebbe ammettersi che, pur a seguito dell'estinzione del reato a carico della persona fisica, consegua il procedimento a carico dell'ente". V. anche BORTOLOTTO - PARODI, *Modello organizzativo e reati ambientali: luci e ombre dopo la riforma nel rapporto con il testo unico sull'ambiente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, I, p. 47.

²² Quest'ultima disposizione infatti, dopo aver individuato il contenuto minimo dei modelli organizzativi, stabilisce altresì che "in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 novembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 di presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti".

²³ SANTORIELLO, *I modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. n. 231/2001 e Pmi, una riflessione alla luce delle indicazioni di Confindustria*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, I, p. 180. SCARCELLA, *Le linee guida aggiornate di Confindustria: i reati ambientali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2014, IV, p. 9.

²⁴ FIMIANI, *op. cit.*, p. 815.

²⁵ Così PANSARELLA, *Reati ambientali: il set dei controlli a presidio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, I, p. 241.

all'atto della redazione della parte speciale del modello in materia ambientale.

3.3.

Criticità. Gli autori del delitto presupposto in materia ambientale e il ruolo della delega di funzioni.

Sovente in materia ambientale l'imprenditore assume un ruolo preminente nell'organizzazione dell'impresa, senza la necessità di ricorrere ad altre figure dotate di obblighi e competenze, diversamente da quanto accade nella materia della sicurezza del lavoro, dove è agevole distinguere i soggetti apicali dai soggetti sottoposti alla loro direzione o vigilanza. In questo senso, l'imprenditore in materia ambientale è tenuto ad organizzare l'impresa secondo un obbligo di risultato, che risulti realizzato attraverso il rispetto delle normative vigenti. La dottrina ha evidenziato, infatti, che l'unica figura espressamente regolamentata è il responsabile tecnico delle imprese obbligate ad iscriversi all'Albo²⁶. L'imprenditore, se in possesso dei requisiti di professionalità, può decidere se assumere egli stesso il compito di responsabile tecnico, ovvero affidarlo ad un soggetto che spesso è estraneo all'organizzazione dell'impresa²⁷. Il che – sul piano della responsabilità degli enti – può generare problemi in ordine alla possibilità di qualificarli autori del reato presupposto²⁸. In detti casi, parte della dottrina propone la risoluzione della questione attraverso il ricorso al requisito della "vigilanza" di cui all'art. 5 1° co. d.lgs. n. 231/2001; l'ente potrà pertanto essere chiamato a rispondere, ricorrendo gli altri requisiti previsti dal d.lgs. n. 231/2001.

Quanto alla specifica ipotesi della delega di funzioni in materia ambientale, per consolidato orientamento giurisprudenziale, è oggi ammessa ad alcune condizioni: *in primis* le dimensioni dell'azienda devono essere tali da necessitare il trasferimento delle funzioni; è necessario che al delegato vengano assegnati effettivamente tutti i poteri necessari e *budget di spesa* occorrenti per la tutela penale dell'ambiente; il delegato deve essere una persona esperta e competente che garantisca una presenza fisica effettiva; la delega deve essere conferita per iscritto o comunque risultante in modo certo. Sussistendo dette condizioni, e sussistendo un effettivo controllo del delegante sul delegato, il reato ambientale potrà essere imputato al delegato.

Sul piano della responsabilità dell'ente, tuttavia, ci si è chiesti se possa applicarsi in via analogica la disposizione di cui all'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 che, dopo aver precisato che «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», statuisce che detto obbligo di vigilanza «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, 4° co.». Sul punto si fronteggiano due orientamenti, il primo – formale – che non ammette l'estensione, basandosi sull'assenza di una norma dall'analogo tenore, in materia ambientale²⁹. Altro orientamento, pur ammettendo la necessità di una introduzione dell'istituto della delega anche nella materia ambientale, ammette comunque la possibilità di ricorrere al disposto dell'art 16 d.lgs. 81/2008, «stante la sostanziale identità dei presupposti di fatto e la natura contravvenzionale di gran parte delle sanzioni»³⁰. Da qui la conclusione che la norma *ex* art. 16 ha carattere di norma interpretativa di valenza generale, in

²⁶ Si vedano gli approfondimenti di FIMIANI, *op. cit.*, p. 805.

²⁷ A titolo esemplificativo, l'Autore richiamato alla nota che precede, ricorda: le società esterne incaricate manutenzione dell'impianto di depurazione sulla base delle direttive impartite da personale dell'ente; allo svolgimento di analisi da parte di un laboratorio esterno, attività alla quale il produttore dei rifiuti deve collaborare in modo significativo ai fini della corretta qualificazione, secondo moduli procedurali definiti a livello normativo; alla pluralità di rapporti relativi alla gestione del rifiuto, tutti retti dal principio della responsabilità condivisa e dalle regole della tracciabilità, sia nel regime incentrato sui formulari, che nel Sistri (art. 188, 1° e 2° co, Tua); alla realizzazione di opere edili, con produzione di rifiuti di demolizione o gestione di materiale di scavo, ovvero alla esecuzione di interventi di bonifica, rispettivamente in un cantiere od un sito nel quale operano più imprese sub-appaltatrici coordinate dall'unica impresa appaltatrice (coordinamento che implica l'ingerenza nell'organizzazione dei sub-appaltatori, elemento che – secondo giurisprudenza – determina la responsabilità per l'omesso controllo e vigilanza).

²⁸ Sulla distinzione tra soggetti apicali e soggetti sottoposti la giurisprudenza ha precisato che occorre guardare le funzioni in concreto svolte. Si v. GIP Tribunale Milano, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, II, p. 434, che definisce apicale la posizione di un soggetto che formalmente ricopriva la carica di sottoposto, ma che in realtà aveva esercitato funzioni di gestione e controllo, «avendo concorso alle trattative con i dirigenti (...) nella sua veste di direttore esecutivo», potendo egli, «più che soggetto subalterno e cioè sottoposto a poteri di vigilanza e di direzione altrui, essere considerato un manager con posizione apicale all'interno della (...) la cui volontà era di per sé espressione della *voluntas societatis*».

²⁹ Cfr. SCARCELLA, *Responsabilità degli Enti e Modelli Organizzativi ambientali: il recepimento della direttiva 2008/99/CE*, in *La responsabilità amministrativa delle società e gli enti*, 2011, IV, 55.

³⁰ FIMIANI, *op. cit.*, p. 821, che richiama anche Cass. Pen., Sez. III, n. 6420/2008.

quanto ricognitiva del rapporto che intercorre tra l'efficace adozione ed attuazione del modello organizzativo e l'adempimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante.

4.

Prospettive.

L'introduzione del titolo VI *bis*, del libro secondo del codice penale, impone – oggi più di ieri – la necessità che venga descritto il concetto di ambiente quale oggetto della tutela, che oggi oscilla ancora tra la concezione ecocentrica e la nozione antropocentrica, nel rispetto dei principi costituzionali di tassatività e determinatezza. Ciò soprattutto per le inevitabili ricadute sul piano della prevenzione generale, in termini sia di «aggravamento del livello affittivo delle sanzioni previste in proporzione al maggior 'peso' acquisito dal bene protetto, sia di affermazione e promozione di un nuovo modello 'culturale di stampo ecologista»³¹.

Ulteriori difficoltà che si riscontrano nella prassi applicativa, sono dovute infatti alla perdurante assenza di un sistematico apparato di definizioni, e l'utilizzo di termini tacciati di scarsa determinatezza impiegati nella descrizione delle fattispecie di nuovo conio che fondano la responsabilità dell'ente nel settore ambientale. Basti pensare, ai parametri di "significatività" e "misurabilità" utilizzati dall'art. 452*bis* c.p. per definire il reato di inquinamento ambientale. In definitiva, è auspicabile un intervento legislativo per risolvere i numerosi dubbi interpretativi che emergono dalla prassi.

Dal punto di vista delle politiche aziendali, è lecito attendersi «un rinnovato interesse per i modelli di organizzazione che, muovendo ove presenti dalle certificazioni aziendali maggiormente diffuse (ISO 14001 ed EMAS), inglobino le regole e i protocolli necessari a far fronte ai rischi di commissione dei reati ambientali indicati nel rinnovato art. 25*undecies*. Tali modelli, ove reputati idonei, potranno esimere da responsabilità l'ente, specie in relazione a condotte negligenti dei soggetti subordinati che abbiano violato regole comportamentali attinenti alla quotidiana gestione dell'ambiente, previamente inserite nel Modello di organizzazione e prevenzione dei reati (es. omesse manutenzioni programmate di dispositivi antinquinamento, errate attribuzioni di codici CER in violazione di regole interne, mancata rimozione di rifiuti oltre le tempistiche previste, ecc.). Assai meno agevole per l'ente sarà sfuggire alla responsabilità laddove il reato ambientale sia commesso dai soggetti apicali»³².

Sul versante del requisito dell'interesse e del vantaggio che, analogamente a quanto accade per i reati di omicidio e lesioni aggravati dalla violazione di normazione antinfortunistica, viene riferito ai risparmi di spesa sottesi alla condotta incriminata, in relazione ai reati ambientali è molto probabile che – come attenta dottrina ha osservato – questo verrà riferito alla mancata adozione/adeguamento tecnologico di impianti antiinquinamento, «al risparmio sui costi legali di smaltimento dei rifiuti, ecc. rispetto a gestioni non autorizzate o a sversamenti clandestini o comunque irregolari, nei termini di un interesse valutabile *ex ante* per gli illeciti commessi in forma dolosa o di un vantaggio economico verificabile *ex post* per quelli commessi colposamente»³³.

³¹ SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015*, op. cit., p. 1.

³² RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 74. V. anche SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2012, p. 41 ss.

³³ RUGA RIVA, op. da ultimo cit., p. 41 ss.

I nuovi reati ambientali

Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente

Criminal liability of individuals and corporations for new environmental crimes

FRANCESCO PALAZZO

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Firenze
francesco.palazzo@unifi.it*

1.

Poche leggi recenti sono state oggetto di giudizi così divergenti in sede politica e in sede scientifica come la legge n. 68 del 2015 di riforma degli illeciti ambientali. Sono state usate, dall'una e dall'altra parte, espressioni davvero estreme. E così, in sede politica si è detto che la promulgazione della legge segnava «una bella giornata per chi ama l'Italia, l'ambiente e il futuro» (Realacci). In sede scientifica, si è per contro autorevolmente affermato che il contenuto della riforma è «sconclusionato, oscuro e, in taluni tratti, decisamente orripilante» (Padovani).

Ma le critiche dei vari commentatori non hanno riguardato solamente l'aspetto tecnico della legge, oggettivamente affetto da imperfezioni ed errori che rischiano di mettere in ombra le buone intenzioni del legislatore. Non si è mancato, infatti, di estendere il giudizio critico – se non agli intendimenti del riformatore, quantomeno – alle conseguenze politiche della riforma: essa è stata tacciata di un'ineffettività totale e facilmente prevedibile se non addirittura prevista (Manna). Sul versante degli illeciti delittuosi, si è fatto osservare che le nuove fattispecie cardine del sistema, i tanto sbandierati delitti di inquinamento e disastro ambientale, non solo sono costruite come reati di danno anziché di pericolo ma sono soprattutto affette da un *gigantismo* offensivo che ne rende davvero improbabile l'accertamento processuale soprattutto con riguardo alla causalità. Sul versante degli illeciti contravvenzionali, alle ragioni dell'ineffettività congenita a questa tipologia di illeciti (derivante dalle varie cause estintive di cui esse possono beneficiare in generale), se ne sono aggiunte altre conseguenti alla previsione del nuovo meccanismo speciale di estinzione delle contravvenzioni a seguito dell'osservanza delle prescrizioni impartite dall'autorità amministrativa competente («nuova» parte VI bis del Testo unico dell'ambiente).

Per la verità, non manca chi, per contro, non esita a preconizzare un avvenire piuttosto gramo al nuovo meccanismo estintivo in ragione, fra l'altro, della difficoltà tecnica di individuare con precisione la tipologia degli illeciti contravvenzionali ai quali la riforma circoscrive l'applicabilità del nuovo istituto estintivo. Ma, al di là di questo pur rilevante profilo tecnico, non c'è dubbio che la nuova causa estintiva – modellata su quella analoga e tutt'altro che inefficace del diritto penale del lavoro – presuppone l'esistenza di organi ed autorità di vigilanza dotati di alta competenza tecnico-professionale e di forte dinamismo funzionale, non sempre così frequenti tra le amministrazioni operanti nella straordinariamente complessa materia ambientale, molto esposta com'è noto sia al progredire delle conoscenze scientifiche sia alla pressione di interessi davvero forti.

2.

Furori discussione rimanendo lo scarso decoro tecnico della formulazione legislativa delle nuove disposizioni, crediamo tuttavia che il giudizio «politico» sulla riforma debba essere meno estremo, ed in entrambi i sensi: sia nel senso negativo che non salva niente, sia in quello

positivo – talvolta eccessivamente trionfalistico. Per rendersi conto della fondatezza di questa posizione più “mediana”, può essere utile ripercorrere brevemente la storia recente della nostra legislazione penale ambientale.

In principio era una situazione normativa decisamente intollerabile in quanto affetta dalla totale ineffettività della tutela penale. Da un lato, gli illeciti erano quasi solo contravvenzionali, e dunque tali da apprestare una tutela dalle armi decisamente spuntate in quanto destinata a naufragare nel mare delle varie e concorrenti cause di estinzione a cominciare dalla onnivora prescrizione. Dall'altro, non era prevista la responsabilità “amministrativa” degli enti per le violazioni ambientali, in spregio non solo alle indicazioni internazionali sulla responsabilità “corporativa” ma della più evidente realtà criminologica. L'impresa, che in materia ambientale è l'unico vero reale responsabile delle violazioni tanto formali quanto sostanziali, rimaneva praticamente estranea ed immune all'intervento penale: e ciò sia perché l'eventuale responsabilità civile sussidiaria per le pene pecuniarie non era certo idonea a scoraggiare l'ente imprenditoriale, data la assoluta pochezza di quelle sanzioni parametricate tra l'altro sulle capacità economiche della persona fisica; sia perché, anche laddove mai fossero state applicate sanzioni detentive o interdittive alle persone fisiche, la persona giuridica sarebbe rimasta totalmente indifferente data la facilità con cui essa è in grado di sostituire senza traumi i propri dirigenti e preposti colpiti dalla responsabilità penale.

Contemporaneamente, e per conseguenza tanto naturale quanto abnorme dell'ineffettività della tutela, la giurisprudenza sviluppava un suo fronte d'intervento penalistico imperniato su due poli. Da un lato, la dilatazione interpretativa cui sottoponeva fattispecie quali quelle del disastro innominato innanzi tutto, ma poi anche l'avvelenamento di acque o il getto pericoloso di cose. Dall'altro lato, e soprattutto, la conseguente ricerca occhiuta e senza confini dei soggetti persone fisiche cui addossare obblighi individuali di garanzia ai limiti dell'esigibilità e della responsabilità da posizione.

La seconda tappa è quella costituita dal d.lgs. n. 121 del 2011 e rappresenta sicuramente un progresso rispetto alla situazione preesistente. In conseguenza di questo provvedimento legislativo la tutela penale rimane sostanzialmente imperniata sugli illeciti contravvenzionali, ma la responsabilità per questi ultimi è estesa agli enti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Per un verso, è innegabile che la mancanza dei “grandi” ecodeletti di danno (o pericolo), produttivi degli eventi distruttivi o pesantemente pregiudizievoli per l'ambiente, costituisce un'anomalia sistematica difficilmente giustificabile, essendo irrazionale che il sistema conosca tutta una gamma di illeciti (inevitabilmente “minori”) formali o di pericolo presunto e non contempli invece i grandi reati di danno o di pericolo concreto. E' anche vero, però, che da un punto di vista eminentemente pratico questa situazione normativa non indebolisce più di tanto la tutela, poiché la sua efficacia è prevalentemente affidata alle fattispecie operanti su una linea molto anticipata: e ciò non solo per la necessità strategica di intervenire prima della realizzazione di offese sovente molto difficilmente riparabili, ma anche per la maggiore facilità applicativa di fattispecie formali o a pericolo presunto che non pongono i formidabili problemi probatori di quelle di danno. Dunque, la necessità di una tutela penale fortemente anticipata comporta conseguentemente l'impossibilità di rinunciare al fronte degli illeciti contravvenzionali, che anzi vengono a costituire il bastione portante della tutela penale dell'ambiente. Senza contare, poi, che è su questo fronte che è possibile dare spazio in materia penale ambientale al principio di precauzione. Il principio di precauzione può trovare, infatti, espressione in regole comportamentali anche sanzionate penalmente, a condizione che si rimanga nell'area contravvenzionale e che, dunque, la loro violazione non costituisca fondamento di una responsabilità colposa di evento, che non potrebbe trovare una sufficiente base di imputazione causale in conoscenze scientifiche ancora caratterizzate da larga incertezza di copertura eziologica. In sostanza, anche per questa ragione, si conferma l'irrinunciabile ruolo degli illeciti contravvenzionali come imprescindibile asse portante della tutela penale dell'ambiente.

Per altro verso, l'estensione della responsabilità (contravvenzionale) agli enti operata dal d.lgs. 121/2011 comporta l'entrata in campo di sanzioni “corporative” senz'altro dotate di efficacia deterrente e riparatoria. Intanto, l'ammontare delle sanzioni pecuniarie comminate per le contravvenzioni ambientali a carico dell'ente hanno una consistenza tale che le rende sicuramente adeguate alla funzione deterrente nei confronti dell'impresa, assai più di quanto si possa dire per le pene comminate a carico della persona fisica. Inoltre, l'estensione della responsabilità all'ente significa che entra in campo l'intero sistema normativo del d.lgs. 231/2001 con tutti i suoi istituti orientati in chiave preventiva e riparatoria, sia per quanto riguarda l'adozione del

modello organizzativo finalizzato a prevenire appunto le violazioni ambientali sia per quanto riguarda la rilevanza di eventuali comportamenti diretti a eliminare o attenuare le conseguenze del reato. Infine, e tornando all'apparato sanzionatorio, l'affermazione della responsabilità dell'ente rende applicabile l'istituto generale della confisca del profitto (art. 19) conseguito dall'ente. Insomma, e concludendo sul punto, l'innesto degli istituti *lato sensu* sanzionatori previsti in via generale dal d.lgs. 231/2001 attribuisce alla responsabilità contravvenzionale una efficacia che questi illeciti minori certamente non hanno quando esclusivamente riferiti alla persona fisica.

La terza ed ultima tappa è quella costituita dalla riforma operata con la legge 68/2015. Senza poter entrare in molti dettagli, si può dire che le principali novità sono rappresentate dalla nuova previsione dei "grandi" ecodeletti e dalla loro inclusione tra i reati presupposto della responsabilità degli enti, nonché dalla creazione del nuovo meccanismo di estinzione delle contravvenzioni per comportamento osservante delle prescrizioni imposte.

Riguardo agli ecodeletti, è indubbio che – per quanto abbiamo già detto – la loro previsione non poteva mancare essendo ovviamente razionalmente incompleto un sistema penale che preveda gli illeciti minori e non contempra invece quelli maggiormente pregiudizievoli per l'ambiente. Dato atto di ciò, si è già constatato come i commentatori abbiano messo in luce la scarsa effettività dei nuovi ecodeletti a causa specialmente del loro gigantismo. Tuttavia, una valutazione oculata della loro effettività non può ovviamente prescindere dal fatto che essi sono accompagnati dall'estensione della responsabilità agli enti. Conseguentemente, l'operatività delle nuove fattispecie va necessariamente considerata alla luce del sistema sanzionatorio proprio degli enti come delineato dal d.lgs. 231/2001. Fra l'altro, in questa operazione di confronto tra le nuove previsioni incriminatrici codicistiche e il sistema sanzionatorio "corporativo" deve tenersi presente che le nuove fattispecie sono corredate di un loro speciale apparato sanzionatorio – basti pensare alla confisca – riferibile ovviamente *in primis* alla responsabilità della persona fisica, ma che finisce per interferire fatalmente anche con la disciplina sanzionatoria di cui al d.lgs. 231/2001.

A questo insieme di problemi dedicheremo ora qualche breve considerazione, toccando i punti che ci sembrano più significativi.

3.

E' vero che il gigantismo dei nuovi ecodeletti determina una forte *differenza di scala* tra l'evento offensivo e le condotte individuali, tale da rendere altamente problematico l'accertamento del nesso causale tra loro. Ma è anche vero che la responsabilità dell'ente sussiste anche se l'autore persona fisica non è identificato (art. 8 d.lgs. 231/2001) e che è decisamente più facile instaurare un nesso di derivazione del macro evento offensivo dalla colpa di organizzazione dell'ente, piuttosto che dalla condotta individuale incauta.

In sostanza, la comparsa dei nuovi ecodeletti potrebbe comportare una sorta di pressione, almeno nel settore penale ambientale, nel senso di una accentuazione e accelerazione del processo di *autonomizzazione* della responsabilità dell'ente da quella individuale. E del resto questa direzione di marcia è stata fermamente imboccata di recente dalla Cassazione con la sentenza della VI sezione n. 28299/2016. Nell'importante decisione del Supremo Collegio si è chiaramente detto che il reato-presupposto deve bensì essere accertato ma, proprio in conseguenza dell'art. 8 che consente di prescindere dall'identificazione del colpevole individuale, è anche ben possibile che l'accertamento si limiti al fatto obiettivo tipico e alla sua antiigiuridicità con esclusione quindi della colpevolezza. Ora, a parte il riferimento all'antiigiuridicità e all'improbabile presenza di cause di giustificazione, si può plausibilmente considerare che, essendo i nuovi ecodeletti reati a condotta libera caratterizzati da una nota di illiceità speciale della stessa (il famoso avverbio «abusivamente»), ne viene che l'accertamento del reato presupposto finirà necessariamente per concentrarsi sull'evento finale offensivo e sulla violazione delle norme e prescrizioni amministrative realizzata nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Su queste basi, dunque, si può pertanto ritenere che la "dimensione corporativa" della responsabilità ex d.lgs. 231/2001 finisce per agevolare il suo accertamento rispetto agli ecodeletti più di quanto avvenga invece nella "dimensione individuale", ove la differenza di scala tra evento e condotta costituisce un serio ostacolo all'accertamento. E questo risultato di tendenziale autonomia della responsabilità corporativa rispetto a quella individuale pare anche essere del tutto in sintonia con il dettato legislativo (art. 8), soprattutto dopo la lettura fornita dalla Corte costituzionale.

Senonché, questa lettura della nuova disciplina trova un forte ostacolo in una previsione della legge 68/2015, alle cui conseguenze probabilmente il legislatore non ha pensato. A norma del nuovo art. 25 *undecies* del d.lgs. 231/2001 le sanzioni “corporative” derivanti dai nuovi reati ambientali sono differenziate a seconda che questi ultimi siano commessi a titolo di dolo ovvero di colpa. Ciò pone evidentemente la necessità di accertare previamente l’elemento psicologico *individuale* del reato ambientale e dunque di identificare la persona fisica che ne è autore. Una necessità di cui per la verità non vi sarebbe stata alcuna esigenza sistematica, anzi al contrario di cui si poteva fare bene a meno. In effetti, la colpa di organizzazione su cui si fonda la responsabilità corporativa è sostanzialmente qualcosa di unitario che “copre” nello stesso modo la realizzazione individuale tanto dolosa quanto colposa, rappresentando un titolo di responsabilità inscindibile. Certo, le regole prevenzionistiche del modello organizzativo potranno essere diverse a seconda che siano dirette a prevenire fatti individuali dolosi o colposi. Ma, una volta ricondotto il fatto individuale alla colpa di organizzazione, la responsabilità dell’ente avrebbe potuto essere affermata anche a prescindere dalla differenziazione del titolo soggettivo della responsabilità individuale.

Non è escluso che nella realtà applicativa si finisca per mettere tra parentesi la necessità dell’accertamento dell’elemento soggettivo individuale e si ritenga – almeno di regola – colposo il reato facendo coincidere la colpa con la violazione delle regole e prescrizioni amministrative, così da aprire la strada alla responsabilità dell’ente anche nel caso di mancata identificazione dell’autore persona fisica.

Al di là di questo nodo altamente problematico, si può altresì notare incidentalmente come le caratteristiche della prevenzione ambientale renderebbero altamente auspicabile un meccanismo di cooperazione tra imprese e autorità amministrative di tutela ambientale nella predisposizione dei modelli organizzativi. E’ bensì vero che, essendo l’attività imprenditoriale subordinata all’osservanza delle regole e prescrizioni amministrative (richiamate in sede penale dall’avverbio «abusivamente»), anche i modelli organizzativi troveranno in questa trama normativa il loro punto di riferimento contenutisticamente principale. Ma è anche vero che, non essendo la prevenzione ambientale 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 necessarie. Così da realizzare una proficua continuità di regolazione “discendente” tra la normativa generale, l’allestimento del modello organizzativo e quella più specifica e mirata delle prescrizioni disciplinanti il concreto esercizio dell’attività pericolosa per l’ambiente.

4.

Un altro punto in cui si registra una forte e disarmonica interferenza tra la nuova disciplina codicistica dei reati ambientali e il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 è quello relativo alla *confisca*. Fuori discussione è, in primo luogo, il fatto che la confisca del profitto dell’*ente* derivante dai nuovi ecodelitti è oggi possibile direttamente in virtù dell’art. 19 del d.lgs. 231/2001, visto e considerato che quei reati sono stati inseriti tra quelli “presupposto” della responsabilità corporativa. Quindi, non vi è alcun bisogno di praticare operazioni interpretative spericolate, agendo sull’art. 6, comma 5, del d.lgs. 231/2001 al fine di rendere confiscabile il profitto che l’ente abbia comunque tratto da reati anche se *non* costituenti presupposto della sua responsabilità. E, come noto, la confisca prevista in via generale dall’art. 19 si estende anche all’equivalente del profitto.

Stando così le cose, si può concludere che la confisca prevista specificamente dal nuovo art. 452 *undecies* c.p. dovrebbe invece riguardare solo il profitto ricavato dalla persona fisica, individualmente responsabile del delitto ambientale. Senonché, questa linea di delimitazione tra i due complessi normativi, quello codicistico e quello del d.lgs. 231/2001, è chiara solo in apparenza. In effetti, la disciplina della confisca codicistica, cioè di quella che dovrebbe collegarsi alla responsabilità *individuale*, prevede che il provvedimento ablatorio si estenda anche alle «cose che servono a commettere il reato»: e ognuno comprende che queste “cose” saranno di regola appartenenti all’ente (mentre, ex d.lgs. 231/2001, gli strumenti del reato rimangono estranei alla confisca “corporativa”). Si profila, dunque, una discrasia che sarebbe decisamente azzardato sanare in via interpretativa, sostenendo l’applicabilità della confisca codicistica sul presupposto che le cose che servono a commettere il reato non appartengono in realtà a

persona estranea al reato: se si può infatti dubitare che la responsabilità dell'ente sia di natura concorsuale, è certo che un ostacolo all'estensione della confisca *ex art. 452 undecies* c.p. all'ente è la natura "amministrativa" della sua responsabilità. Comunque sia, rimane il fatto che l'intreccio tra le due discipline della confisca non costituisce un modello di chiarezza legislativa.

Un altro motivo di discrasia nella disciplina sempre della confisca è dato dal fatto che, mentre la confisca codicistica è prevista solo per i delitti dolosi, quella "corporativa" consegue anche ai delitti colposi. Ma, soprattutto, mentre la prima ha ad oggetto anche gli strumenti del reato oltre il profitto, la seconda si limita a quest'ultimo. Per la verità, questa differenza di disciplina quanto ad oggetto non è del tutto coerente con la funzione preventiva della confisca degli strumenti, poiché è chiaro che sono proprio i pregiudizi recati colposamente all'ambiente quelli non solo statisticamente più diffusi ma anche quelli suscettibili di maggiore reiterazione in quanto verosimilmente originati da uno stabile assetto organizzativo trascurato e approssimativo. Ma probabilmente ha giocato qui l'"anima punitiva" della confisca, così da giustificare agli occhi del legislatore l'estensione dell'oggetto anche agli strumenti del reato in conseguenza dei soli delitti dolosi in ragione della maggiore gravità di questi ultimi.

Un ultimo punto d'interferenza sempre relativo alla disciplina della confisca, o delle confische, sembra particolarmente delicato. La confisca codicistica, che – come detto – dovrebbe tendenzialmente concernere il solo profitto individuale della persona fisica, non si applica in presenza di attività di ripristino (art. 452 *undecies*, ult. comma, c.p.). Analoga previsione non sussiste a proposito della confisca "corporativa". Senonché, è del tutto evidente che l'attività di ripristino solo molto raramente o addirittura eccezionalmente potrà essere svolta dalla persona fisica di sua iniziativa, potendo provvedervi di regola esclusivamente l'ente. E allora: fuori discussione dovrebbe essere che l'attività di ripristino svolta dall'ente giovi alla persona fisica impedendo l'applicazione della confisca del profitto individuale da lui ricavato. Ma potrà giovare anche all'ente, paralizzando la confisca "corporativa" rispetto alla quale nulla dispone in proposito il d.lgs. 231/2001? L'interrogativo non è di poco conto se si considera che, da un lato, la confisca costituisce uno strumento sanzionatorio particolarmente efficace e temibile e che, dall'altro, l'obiettivo di una tutela ripristinatoria è perseguito dal legislatore ambientale con particolare convinzione. La discrasia segnalata rischia invece di estraniare proprio l'ente dal meccanismo creato dall'ultimo comma dell'art. 452 *undecies* c.p.

5.

L'interferenza tra la nuova disciplina recata dalla legge 68/2015 e il sistema della responsabilità "corporativa" di cui al d.lgs. 231/2001 si estende anche in un campo al di fuori del codice e più precisamente al nuovo meccanismo di estinzione delle contravvenzioni a seguito di osservanza delle prescrizioni imposte, come disciplinato dalla nuova parte VI *bis* del Testo unico dell'ambiente. Lasciamo da parte qualunque prognosi sul successo o meno che arriderà nella pratica a questo istituto, per segnalare invece una sorta di difetto di coordinamento con la disciplina della responsabilità degli enti.

Non sembra dubbio, in verità, che il "comportamento osservante" sarà di regola tenuto dall'ente, i cui organi di governo e di gestione sono gli unici in grado, in linea di fatto e di diritto, ad assumere le decisioni necessarie ad adeguare l'assetto aziendale alle prescrizioni impartite dall'autorità amministrative a seguito della violazione contravvenzionale. Ma su quale illecito si produrrà l'effetto estintivo? Su quello individuale o su quello corporativo o su entrambi? Quanto alla responsabilità del soggetto individuale autore della contravvenzione, si direbbe che quest'ultimo possa "beneficiare" del comportamento osservante dell'ente nonostante che la persona fisica non abbia fatto nulla per "meritarsi" l'impunità sopravvenuta. A questa conclusione spinge un'interpretazione rigorosamente oggettivistica della causa estintiva, secondo la quale la *ratio* dell'istituto non è tanto quella di sollecitare una sorta di pentimento del reo quanto quella di ottenere comunque la regolarizzazione delle condizioni di esercizio dell'attività pericolosa per l'ambiente, rimanendo indifferente se a questo risultato si perviene ad opera del comportamento dell'autore individuale della violazione o di altri soggetti.

Quanto alla responsabilità "amministrativa" dell'ente, se la legge fosse silente sul punto si potrebbe pervenire alla ragionevole soluzione che l'estinzione del reato, facendo venire meno seppure *ex post* il presupposto della responsabilità, comporti la caducazione di quest'ultima. Senonché, il d.lgs. 231/2001 si è invece espresso sul punto e si è espresso in senso diametralmente opposto, stabilendo – com'è noto – che «la responsabilità dell'ente sussiste anche quando [...] il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia» (art. 8, comma 1). Col che si

avrebbe il paradossale risultato che il comportamento osservante dell'ente, spesso l'unico soggetto in grado di tenerlo efficacemente, produrrebbe l'effetto estintivo a favore di un soggetto diverso, quello individuale, da quello che lo ha effettivamente tenuto. Con la conseguenza ovvia di disincentivare quello che sembra essere un obiettivo strategico o quanto meno centrale della riforma. Per evitare questa possibile distorsione non resta che intraprendere una difficile operazione interpretativa dell'art. 8 in chiave restrittiva, ritenendo cioè che l'esclusione dell'effetto estintivo concerna quelle cause che *non* consistono in attività del soggetto collettivo responsabile ma in meri fatti oggettivi come principalmente ad esempio il trascorrere del tempo ai fini della prescrizione, oppure in comportamenti del tutto propri del soggetto individuale.

6.

Le poche precedenti considerazioni consentono di trarre qualche sommaria conclusione.

In primo luogo, a noi pare che il bilancio complessivo della legge 68/2015 non possa essere così radicalmente negativo, come qualcuno ha ritenuto. Comunque, e soprattutto, non ci sembra che esso possa essere estremizzato e semplificato in termini o esageratamente trionfalistici o radicalmente fallimentari. Certo le deficienze di formulazione sono macroscopiche e talvolta veramente insopportabili. Ma forse i problemi sui quali vale la pena di richiamare maggiormente l'attenzione non sono tanto quelli derivanti dalla difettosa formulazione delle nuove fattispecie incriminatrici, il cui deficit di determinatezza era in una certa misura scontato. I problemi più significativi ci paiono essere quelli relativi ai complessi rapporti tra il nuovo *corpus* normativo codicistico, che sembra pensato essenzialmente nella prospettiva della responsabilità individuale, e il vecchio sistema della responsabilità corporativa. Nella materia ambientale si rivela insufficiente il loro raccordo normativo fondato sul semplice inserimento delle nuove figure criminose nell'elenco dei reati presupposto di cui all'art. 25 *undecies* del d.lgs 231/2001.

La materia ambientale, proprio in ragione della più stretta compenetrazione tra offese all'ambiente e compagine imprenditoriale, sembra spingere verso una crescente, progressiva maggiore autonomia delle due forme di responsabilità individuale e corporativa, imprimendo forse un'accelerazione ad un processo già in atto nell'esperienza giuridica del diritto penale economico e d'impresa. Vero ciò, è però assolutamente necessario che i due sistemi di responsabilità, normativamente riconducibili ai corpi separati del codice e del d.lgs 231/2001, non presentino eccessivi elementi o ragioni di attrito o contraddizione, visto e considerato che essi sono ancora destinati a coesistere e ad integrarsi lungo linee che implicano numerosi punti di interferenza. Non sarebbe facile nemmeno per il legislatore più cauto ed avveduto tenere in equilibrio le due contrapposte componenti della crescente autonomia e della insopprimibile interferenza fra le due forme di responsabilità.

 DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO
www.penalecontemporaneo.it