

# 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 nazionale<sup>1</sup>, 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* TUA<sup>2</sup>, 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 inquinanti<sup>3</sup>. 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 ambientali<sup>4</sup>, capaci tuttavia di produrre ricchezza e occupazione.

Possiamo quindi dire che, *a monte*, il legislatore comunitario e quello nazionale<sup>5</sup> 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 ambientale<sup>6</sup>, 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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> C. RUGA RIVA, *Diritto Penale dell'ambiente*, op. cit., p. 11.

<sup>5</sup> V. *retro* note 1, 2, 3.

<sup>6</sup> V. art. 13 par. 1 direttiva 2010/75/UE.

la forma della *decisione di esecuzione*<sup>7</sup>.

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 fasi<sup>8</sup>: quella del *BREF* e quella propriamente delle *BAT Conclusions*<sup>9</sup>. 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'Unione<sup>10</sup>. 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 adottato<sup>11</sup>. 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 disponibili<sup>12</sup>.

Con il decreto legislativo 46/2014 il legislatore ha recepito nella disciplina dell'Autorizzazione Integrata Ambientale<sup>13</sup> i riferimenti alle Conclusioni sulle *BAT*<sup>14</sup>, rendendoli vincolanti. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, queste ultime fungono da riferimento per stabilire le condizioni di autorizzazione dell'AIA<sup>15</sup>; l'autorità competente fissa livelli di emissione che non superino, in condizione di esercizio normali, i livelli di emissione associati alle *BAT*<sup>16</sup>; deroghe a tali livelli di emissioni sono possibili da parte dell'amministrazione solo in casi

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> I citati documenti sono disponibili al link: <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu/reference/>.

<sup>10</sup> V. art. 13 par. 5 e par. 6 direttiva 2010/75/UE.

<sup>11</sup> 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

<sup>12</sup> 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».

<sup>13</sup> V. *retro* nota 3.

<sup>14</sup> 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».

<sup>15</sup> Art. 29 *bis* c. 1 TUA, in attuazione dell'art. 14 par. 3 della direttiva IED.

<sup>16</sup> Art. 29 *sexies* c. 4 *bis* TUA, in attuazione dell'art. 15 par. 3 della direttiva IED.

specifici<sup>17</sup>, 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 deroga<sup>18</sup>. 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)<sup>19</sup>.

## 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*<sup>20</sup>, 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*<sup>21</sup>, oltre che un meccanismo amministrativo per la loro sperimentazione *in deroga*<sup>22</sup>, 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 ricerca<sup>23</sup>, che riguarda, semmai, le *tecniche emergenti*.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> Art. 29 *sexies* c. 9 *bis* TUA, in attuazione dell'art. 15 par. 4 della direttiva IED.

<sup>19</sup> V. GIAMPIETRO, *Bat, valori limite di emissione atmosferica e obiettivi di qualità ambientale*, op. cit., p. 789.

<sup>20</sup> 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».

<sup>21</sup> V. art. 13 par. 1 lett. c della direttiva 2010/75/UE.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 dolo<sup>24</sup>, 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»<sup>25</sup> e «l'intenzione entra nel e fa parte del tipo»<sup>26</sup>; 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 tecnica<sup>27</sup>.

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 umana<sup>28</sup>, 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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> L'espressione è mutuata da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 249.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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 TUA<sup>29</sup>.

In altre parole, dovendo esse essere assunte per «base dei valori limiti di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione»<sup>30</sup> 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»<sup>31</sup>. 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*<sup>32</sup>.

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 2006<sup>33</sup>, e non anche alle singole autorizzazioni individuali e concrete<sup>34</sup>, 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 ambientali<sup>35</sup>.

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 soglia<sup>36</sup>.

Tra rischio e pericolo, si è osservato, non vi è aderenza<sup>37</sup>: 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.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> V. art. 3 c. 10 dir. 2010/75/CE.

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 48.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> V. *retro* nota 19.

<sup>36</sup> Si veda *ex multis* F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, pp. 255 ss.

<sup>37</sup> 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 Convegno<sup>38</sup>. 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 incriminata<sup>39</sup>.

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 consentito<sup>40</sup>, i cui confini dipendono tanto da *assunti fattuali* quanto da un *bilanciamento di interessi*<sup>41</sup>.

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 europeo<sup>42</sup>.

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 ambientali<sup>43</sup>.

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 medica<sup>44</sup>.

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

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 21.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2009, p. 363.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 853.

<sup>44</sup> 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 68/2015<sup>45</sup>.

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*<sup>46</sup>.

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 ambientale<sup>47</sup>.

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*

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> V. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 246 definisce il contenuto di abusivamente attraverso il concetto di «*contra jus*».

<sup>47</sup> 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](http://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](http://www.dirittoambiente.net), 1 giugno 2015.

come qualità di una condotta tenuta in *violazione di norme di principio*<sup>48</sup>, 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 particolari<sup>49</sup>.

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 precauzione<sup>50</sup>, in presenza di autorizzazioni che prevedono tecniche superate<sup>51</sup>, o di discipline caratterizzate da valori soglia non affidabili<sup>52</sup>, 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 sono<sup>53</sup>. 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"<sup>54</sup>.

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 stessi<sup>55</sup>, 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

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> v. retro note 17 e 18.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Si veda L. MASERA *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, op. cit., p. 14.

<sup>52</sup> Si veda C. RUGA RIVA, *I nuovi eco-reati*, op. cit., p. 31.

<sup>53</sup> C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, op. cit., pp. 10 ss.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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*»<sup>56</sup>. Dopo un certo travaglio legislativo<sup>57</sup>, 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’ordinamento<sup>58</sup>.

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 disponibili<sup>59</sup>.

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, sprovvisto<sup>60</sup>.

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 abilitante<sup>61</sup>. 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

<sup>56</sup> 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).

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> V. *unlawful agreements, unlawful promises*. La definizione di *unlawful* è tratta da F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, p. 1506.

<sup>59</sup> V. *retro* note 17 e 18.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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 produttivo<sup>62</sup>. 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»<sup>63</sup>).

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*<sup>64</sup>, figure che - è stato notato<sup>65</sup> - 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'agente<sup>66</sup>, 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*<sup>67</sup>.

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.*<sup>68</sup> 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 giustificazione<sup>69</sup>. Tuttavia, l'avverbio *abusivamente* introdotto nei nuovi eco-reati svolge una funzione di «delimitazione del fatto tipico»<sup>70</sup>, e quindi si pone in un rapporto di «mutua esclusività»<sup>71</sup> 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.

<sup>62</sup> 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».

<sup>63</sup> Così, in materia di AIA, l'art. 29 *octies* c. 11 TUA.

<sup>64</sup> L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016"*, op. cit., p. 14.

<sup>65</sup> C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, op. cit., p. 3.

<sup>66</sup> 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,

<sup>67</sup> C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, op. cit., p. 10 e pp. 21 ss.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, p. 134.

<sup>71</sup> 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 stampa<sup>72</sup>, 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)<sup>73</sup>. 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.)<sup>74</sup>. 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 colposo<sup>75</sup>.

La vicenda in questione è paradigmatica, poiché nel decreto di sequestro del GIP di Savona<sup>76</sup> sulla centrale elettrica ligure, si è stigmatizzata, come produttrice di un disastro am-

<sup>72</sup> *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.

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> v. retro nota 72.

<sup>76</sup> 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*»<sup>77</sup>) e finanche come *doloso* (in quanto la mancata autolimitazione sarebbe «certamente attribuibile a una precisa scelta gestionale della società»<sup>78</sup>).

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»<sup>79</sup>.

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 ripetiamo<sup>80</sup>, 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*<sup>81</sup>. 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 concreto<sup>82</sup>, è una misura accessibile e praticabile alla luce delle correnti conoscenze su mezzi disponibili sul mercato<sup>83</sup>, 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 giudice<sup>84</sup>.

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 pubblicazione<sup>85</sup>.

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

<sup>77</sup> 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».

<sup>78</sup> 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

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> V. C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, op. cit., p. 10.

<sup>81</sup> V. C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., p. 252.

<sup>82</sup> V. C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., pp. 232 e 252.

<sup>83</sup> G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, op. cit., p. 52.

<sup>84</sup> La questione è ampiamente affrontata da C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, op. cit., pp. 228 ss.

<sup>85</sup> P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, op. cit., p. 69.

opera dell'autorità competente<sup>86</sup>, 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'autorizzazione<sup>87</sup>.

Le BAT non sono, dunque, nel dato legislativo extra-penale, un parametro diretto per la conformazione del comportamento dell'operatore<sup>88</sup>.

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 deroga<sup>89</sup>, 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 emissione<sup>90</sup>. 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 richiesto<sup>91</sup>. 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* TUA<sup>92</sup>, 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 gestore<sup>93</sup>, 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 scartate<sup>94</sup>, i lavori e gli esiti della Conferenza di servizi istituita per vagliare la domanda, i rapporti tra le parti

<sup>86</sup> V. in particolare gli artt. 29 *bis*, 29 *sexies* e 29 *octies* TUA.

<sup>87</sup> 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».

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> V. *retro* note 17 e 18.

<sup>90</sup> art. 29 *octies*.

<sup>91</sup> V. *retro* nota 87.

<sup>92</sup> V. *retro* pp. 4 e 5 e note 17 e 18.

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> V. art. 29 *ter*, lett. f, g, h, i TUA.

pubbliche e private coinvolte dentro e fuori il procedimento amministrativo<sup>95</sup>.

<sup>95</sup> V. art. 29 *quater* TUA.