

CONSIDERAZIONI SULLA (IN)APPLICABILITÀ DELLE FATTISPECIE DI CUI AGLI ARTT. 727-BIS E 733-BIS C.P.

Elio Lo Monte

ABSTRACT

Le fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., emanate in seguito alla direttiva n. 2008/99 CE, ipotizzando eventi indimostrabili, presentano vistose aporie sotto il profilo della mancata rispondenza al principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale; il regime sanzionatorio, poi, finisce per avere una scarsa capacità di contrastare i comportamenti in danno all'ambiente perché, di fatto, vanificato dai meccanismi clemenziali. Il rischio è quello di trovarsi al cospetto di incriminazioni destinate alla completa disapplicazione.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il regime sanzionatorio. – 2.1. (segue) sussidiarietà ed effettività. – 3. I limiti delle fattispecie incriminatrici: l'art. 727-*bis* c.p. – 4. (segue) e l'art. 733-*bis* c.p. – 5. Verso l'inutilizzabilità delle nuove fattispecie?

Questa nostra epoca eccelle nello smantellare le strutture e nel liquefare i modelli, ogni tipo di struttura e ogni tipo di modello, con casualità e senza preavviso.

(Zygmunt Bauman, *The Individualized Society*, 2001)

1. Premessa.

Il legislatore – in attuazione delle imposizioni dell'Unione Europea in materia di tutela dell'ambiente¹ – ha emanato, com'è noto, il d.lgs. n. 121/2011², con la previsione di due nuove fattispecie incriminatrici: gli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p.

In sede di primo commento della direttiva n. 2008/99 CE³ avevamo posto in evidenza le difficoltà alle quali sarebbe andato incontro il legislatore nel recepire le sollecitazioni dell'organismo sovranazionale. Inconvenienti di non poco momento che richiamano, sul piano più generale, i complessi rapporti tra diritto interno e diritto europeo nella misura in cui le scelte di criminalizzazione refigurate in sede comunitaria avvengono, spesso, senza tener conto delle peculiarità dei singoli ordinamenti degli Stati membri⁴. Questioni che spiccano con maggiore nitore proprio nel settore del diritto penale che – è stato rilevato con la solita lucidità – “si caratterizza per essere un modo di disciplina più che per il campo di materia disciplinato”⁵ a livello sovranazionale. Tutto ciò aumenta quel senso di insofferenza rispetto alla crescente

¹ Si tratta della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. Sulla direttiva e sulle sue ricadute, nell'ambito di varie prese di posizione, senza pretese di completezza, cfr. MERLIN, *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Ambiente e sicurezza*, 2009, p. 86 ss.; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 918 ss.; G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, p. 458 ss.; M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'ambiente*, 2009, n. 5, p. 301; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 232 ss.; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011, p. 2; A.L. VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 1, p. 10 ss.; Id., *Precetti e sanzioni penali: dalla Direttiva n. 2008/98/CE alla Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in AA.Vv., *Commento alla Direttiva n. 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente?* a cura di F. GIAMPIETRO, Milano, 2009, p. 276 ss.; Id., *Rossi di vergogna, anzi paonazzi... leggendo la legge comunitaria 2009*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 2, p. 129 ss.; 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.*, 8 agosto 2011; Id., *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, ivi; Id., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011; G. L. GATTA, *Responsabilità degli enti per i reati ambientali: approvato lo schema del decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2008/99/CE*, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2011; Id., *Responsabilità degli enti per i reati ambientali: le osservazioni di Confindustria*, ivi, 29 aprile 2011.

² Sul decreto legislativo, senza aspirazioni di esaustività, 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.*, 8 agosto 2011; A. SCARCELLA, *Commento al d.lgs. 121/2011 in Guida dir.*, 2011, 38, p. 30 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Commento al d.lgs. 121/2011 in Guida dir.*, 2011, 38, 48 e ss.; L. PISTORELLI-A. SCARCELLA, *Relazione del massimario presso la Corte di cassazione sul d.lgs. n. 121 del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 4 agosto 2011.

³ Ci sia consentito richiamare il nostro *La Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione*, in *Dir. e giur. agr. alim. e dell'ambiente*, 2009, 2, p. 1 ss.; pone limpidamente in risalto la complessità del compito posto in capo al legislatore nazionale A.L. VERGINE, *Nuovi orizzonti*, cit. p. 5 ss.

⁴ Più in generale cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2326 ss.; Id., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI-C. E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 375 ss.; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1171 ss.; Id., *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Revista penal*, 2011, p. 39; Id., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in questa *Rivista*, n. 1/2012, p. 43 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150; Id., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 174; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2625, nt. 85; Id., *“Eppur si muove!”: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in *Per un rilancio del progetto europeo: esigenza di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO-R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 278; B. ROMANO, *L'ambiente e la legge penale: obblighi comunitari e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2009, p. 723 ss.

⁵ Cfr. F.C. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 6, p. 658.

invadenza dei cosiddetti obblighi di penalizzazione provenienti dall'Unione Europea⁶. Com'è stato evidenziato, di regola non sussiste per gli Stati un vero e proprio obbligo di intervenire con la sanzione penale, limitandosi la fonte europea a richiedere che la tutela giuridica abbia i caratteri dell'effettività, della proporzionalità e della capacità dissuasiva⁷. La direttiva n. 2008/99/CE si pone in termini di eccezione alla regola appena richiamata⁸ perché ha “per la prima volta, introdotto specifici ed espressi obblighi per gli Stati membri di prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni di natura penale in relazione a violazioni di numerose disposizioni di diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente”⁹.

Per tali ragioni la stesura di fattispecie incriminatrici, in grado di coniugare i principi costituzionali immanenti l'ordinamento e le esigenze di effettività auspiccate dalla direttiva richiamata, non sarebbe stata operazione semplice.

Va subito detto che il legislatore, per i motivi che vedremo, è riuscito ad andare ben oltre ogni pessimistica previsione emanando due fattispecie del tutto avulse dal sistema ordinamentale, con conseguente palese elusione dei principi costituzionali, primo fra tutti la legalità. Non meno rilevanti sono i profili problematici con riferimento ad una delle esigenze maggiormente avvertite dal legislatore sovranazionale, e cioè l'efficacia dell'intervento da parte dei singoli Stati.

Più in particolare, la direttiva 2008/99 si lascia apprezzare per alcune condivisibili finalità; il provvedimento in questione, infatti, ribadisce il dato secondo cui la politica comunitaria, nel settore dell'ambiente “deve mirare ad un elevato livello di tutela” (1° considerando), prefiggendosi il dichiarato obiettivo di “una più efficace tutela” (12° e 14° consid.).

Dalla lettura di alcuni *consideranda* si coglie, immediatamente, la preoccupazione per l'aumento dei reati ambientali (in particolare 2° consid.), connessa all'ineffettività del regime sanzionatorio approntato dai singoli Paesi appartenenti all'UE. Invero, il legislatore comunitario, dopo aver preso contezza “che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti” (3° consid.), “obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente” (10° consid.). La direttiva, pertanto, auspica “una risposta adeguata” (3° consid.), individuata in “sanzioni maggiormente dissuasive” (5° consid.), come quelle penali, “che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile” (3° consid., seconda parte).

Alla base del provvedimento comunitario possiamo, dunque, rinvenire una sorta di duplice fondamento: da un lato, la scarsa fiducia in misure alternative a quelle penalistiche e, dall'altro, conseguentemente, una ‘aperta’ e, forse, eccessiva, stima verso gli strumenti repressivi di tipo dissuasivo-deterrente, seppur con riferimento alla repressione di condotte poste in essere “intenzionalmente o per grave negligenza” (7° consid.).

La scelta di un maggior rigore risulta, infine, dalla lettura dell'11° ‘considerando’, ove si stabilisce che la direttiva “lascia impregiudicati gli altri sistemi relativi alla responsabilità per danno ambientale previsti dal diritto comunitario o dal diritto nazionale”. Una conferma, ulteriore, si coglie dal 12° considerando che riconosce ai singoli Stati membri la facoltà di mantenere in vigore o adottare misure più stringenti, funzionali ad un'efficace tutela penale dell'ambiente, limitandosi la direttiva a dettare “soltanto norme minime”.

Il provvedimento comunitario 2008/99 fa obbligo ai singoli Stati di predisporre – entro

⁶ Per ulteriori approfondimenti cfr. PALAZZO, *Europa*, cit. p. 657.

⁷ In tal senso cfr. M. RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta dallo stesso Autore con la collaborazione di E.M. AMBROSETTI e E. MEZZETTI, Bologna 2010, II ed., p. 36.

⁸ Secondo S. RUBERTI, *La distruzione o il deterioramento di habitat in sito naturale protetto: la tutela penale tra rilievi comunitari e deficit di offensività*, in www.ambientediritto.it, alla base della Direttiva 2008/99/CE vi è l'intervento della Corte di Giustizia che, con la sentenza del 13 settembre 2005 (C-176/03), ha messo in discussione il principio dell'ammissibilità di obblighi di criminalizzazione da parte dell'Unione europea solo nelle materie ex terzo pilastro. I giudici comunitari – si sostiene ancora – nell'annullare la Decisione quadro 2003/80/GAI (relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale), hanno stabilito che il diritto comunitario, pur non potendo essere fonte diretta di norme penali, può comunque emettere obblighi di natura penale per le materie di sua competenza. Pertanto la Direttiva 2008/99/CE è “figlia” della sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 perché, con l'approvazione dei giudici comunitari, impone obblighi di criminalizzazione agli Stati membri per garantire l'attuazione ed il rispetto delle normative comunitarie. Del resto, già in altre occasioni, la Corte di Giustizia aveva affermato la necessità che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente fossero integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni comunitarie; ciò rappresenta l'ulteriore conferma del carattere trasversale e fondamentale di tale obiettivo in linea con la consolidata giurisprudenza comunitaria per la quale è pacifico che la tutela dell'ambiente costituisca uno degli obiettivi essenziali della Comunità. Sull'*iter* delle direttive cfr. V. PLANTAMURA, *Nuova frontiera europea per il diritto penale*, cit., p. 918 ss.

⁹ Così M. RONCO, *La legge penale*, cit., p. 36.

il 26 dicembre 2010, come espressamente previsto dall'art. 8 – “sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive” (art. 5) e ciò anche nei confronti delle persone giuridiche (art. 7). Sul punto, il legislatore sovranazionale stabilisce, qualora i comportamenti illeciti siano stati commessi a vantaggio delle persone giuridiche, che a rispondere del reato sia il soggetto – detentore di una posizione preminente in seno all'ente, individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica – in virtù di potere di rappresentanza, o del potere di assumere decisioni per conto della persona giuridica o, ancora, del potere di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica. Il co. 3 dell'art. 6 prevede, accanto alla responsabilità della persona giuridica¹⁰, l'attivazione dell'azione penale nei confronti delle persone fisiche “che siano autori, incitatori o complici” dei comportamenti illeciti in materia ambientale.

Alla luce delle indicazioni sovranazionali il legislatore, come si accennava, ha emanato *ex novo* gli artt. 727-bis e 733-bis c.p.; si tratta di fattispecie che, a nostro avviso, presentano un gravissimo *vulnus*: quello del simbolismo repressivo.

Ed infatti, le nuove disposizioni, anche ad un sommario esame, oltre alle inadeguatezze relative al regime sanzionatorio, appaiono di difficile applicazione in primo luogo per l'indeterminatezza che le contraddistingue e poi per la presenza di clausole di riserva. Discende da ciò il rischio di vanificare proprio quelle esigenze di effettività della risposta, alla base dell'intervento del legislatore sovranazionale.

2. Il regime sanzionatorio.

Un'analisi, quantunque schematica, delle fattispecie incriminatrici pone in risalto un regime sanzionatorio privo di quelle caratteristiche di dissuasività, richiamate dal legislatore comunitario. Con questo non intendiamo auspicare sanzioni ‘deterrenti’ né, tanto meno, sollecitare interventi repressivi irragionevoli o sproporzionati, ma solo rimarcare il dato per cui le sanzioni penali ipotizzate prestano il fianco ad un duplice ordine di obiezioni: la prima riserva attiene all'istanza di deterrenza come reclamato dalla direttiva UE; il secondo rilievo – ed è l'aspetto che più ci interessa – coinvolge il piano dell'effettività della risposta.

Più specificamente, il regime sanzionatorio previsto finisce per avere una scarsa capacità di contrastare i comportamenti in danno dell'ambiente perché, di fatto, vanificato dai meccanismi clemenziali che pure il nostro sistema non disdegna.

Tutt'altro discorso va svolto in ordine alle esigenze di effettività, il cui conseguimento richiede un approccio più ponderato e di largo respiro. Una razionale risposta da parte dello Stato a tutela dell'ambiente anziché spingere verso l'inasprimento sanzionatorio – erroneamente ritenuto una sorta di panacea – impone, come già abbiamo avuto modo di evidenziare in altra sede¹¹, un intervento globale improntato a interdisciplinarietà e multiagenzialità che valorizzi i diversi settori dell'ordinamento; si pensi ad un esempio alle insormontabili difficoltà che deve affrontare il diritto penale nell'accertamento del nesso causale in un settore in cui l'offesa è il risultato di comportamenti seriali anche leciti. In linea con le esigenze di sussidiarietà-effettività le sanzioni diverse da quelle penali possono ‘vantare’ maggiori possibilità di salvaguardare l'ambiente.

In altri termini, la valorizzazione di prospettive di reale efficienza postula, innanzitutto, significative implicazioni in ordine all'inesistenza – nel nostro ordinamento – di obblighi etici di criminalizzazione. E' questa un'impostazione, del resto, che – abbandonando prospettive

¹⁰ Su cui v. V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuale e degli enti nel d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 3, 2011, p. 484 ss; C. RUGA RIVA, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente. Grandi novità per le persone giuridiche*, cit.; G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2012; sul punto, condivisibili dubbi, sotto il profilo dell'effettività, avanza A.L. VERGINE, *Rossi di vergogna*, cit., p. 132, pur nell'ambito di una posizione favorevole alla previsione della responsabilità degli enti *Id.*, *Caro (nuovo) legislatore ti scrivo, in giuristiambientali.it*.

¹¹ Ci sia consentito rinviare al nostro, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano 2004, p. 373 ss.

panpenalistiche – si pone in sintonia con il principio di *extrema ratio* del diritto penale¹².

In secondo luogo, con il ricorso a strumenti diversi da quelli penalistici si dà concreta attuazione al carattere frammentario dell'intervento penale e si comprimono le spinte inflazionistiche¹³, nonché la tendenza alla cosiddetta amministrativizzazione o banalizzazione del diritto penale¹⁴. Sul piano politico criminale, non va dimenticato, com'è stato segnalato da illustre Maestro, che il sistema sanzionatorio di tipo penale produce più problemi di quanti pretende di risolvere: "Reprime conflitti anziché comporli ...oppure nuovi conflitti sorgono per effetto dell'intervento penale nello stesso senso o in diversi contesti"¹⁵.

Tutto ciò si pone in armonia con la ricostruzione che vede, nell'attuale contesto ordinamentale, il principio di *extrema ratio* – e la valutazione della frammentarietà come suo corollario¹⁶ – agire su di un duplice livello. Da un lato, esso rileva sul piano della tipologia della risposta; dall'altro, richiede l'individuazione della sanzione più opportuna in termini quantitativi o, meglio, proporzionali, al fatto commesso, tale da soddisfare non solo le esigenze relative alla tutela del bene giuridico, ma anche quelle concernenti i diritti fondamentali del reo¹⁷.

Il legislatore, invece, in modo diretto o indiretto, tacito o palese, anziché propendere per un intervento più meditato e meno clamoroso, sui momenti nevralgici dell'eziologia criminale, predilige "le scorciatoie di una roboante penalizzazione dagli incertissimi destini"¹⁸; si tratta di una legislazione 'd'effetto', che trae motivi di legittimazione dal suo stesso esserci, "indipendentemente dalla sua attendibile effettività"¹⁹. Ci pare poter cogliere, dunque, un errore teorico alla base dell'operato del legislatore comunitario: quello cioè di confidare eccessivamente nella forza intimidatrice-deterrente dello strumento penale, ritenuto *in re ipsa* come l'unico rimedio in grado di farsi carico di una più efficace tutela, laddove l'effettività non va confusa con l'attivazione di meri strumenti limitativi della libertà.

L'intervento del legislatore, con le due nuove fattispecie contravvenzionali, riesce nel difficile compito di venir meno alle sollecitazioni di cui alla direttiva UE che richiedeva pene deterrenti e al principio, immanente il nostro ordinamento, dell'effettività della risposta. Invero, la previsione di arresto e ammenda (art. 727-*bis* c.p.) e di arresto o ammenda (art. 733-*bis* c.p.) non soddisfa né le esigenze di deterrenza né quelle di effettività, se solo si riflette, come si accennava, sulla capacità degli istituti premiali previsti dall'ordinamento di neutralizzare la minaccia penale portata da pene di breve durata. Anche in quest'ultimo caso si assiste, dunque, ad un uso simbolico del diritto penale²⁰.

¹² Si tratta di considerazioni già svolte in passato, ma l'operato del legislatore ci spinge – coscienti del rischio di ripetitività – a ribadire, seppur in vie di estrema sintesi, alcuni passaggi da ritenersi, almeno astrattamente, patrimonio acquisito della conoscenza del diritto penale. Il principio di *extrema ratio*, secondo il quale la minaccia della sanzione penale deve occupare l'ultimo posto nella scala delle misure a disposizione del legislatore (cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1984, p. 6 e letteratura ivi richiamata) è desumibile dalla stessa normativa costituzionale. Infatti l'interazione dei principi di tutela della libertà, personalità, proporzione, tutela della dignità umana, responsabilità penale personale, finalismo rieducativo, (artt. 2, 3, 13, 25 co. 2° e 3°, 27 co. 1° e 3°) impongono il ricorso al diritto penale quando non siano praticabili forme alternative di controllo sociale secondo le ben note considerazioni svolte in precedenza da F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in AA.Vv., *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano 1984, p. 99 ss. L'idea della sussidiarietà del diritto penale, pienamente valorizzata nella scienza penalistica contemporanea, non è una conquista recente (cfr. S. MOCCIA, *Tutela del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 4 ss.); essa risale all'epoca del giusrazionalismo, ed era finalizzata alla difesa dei diritti dell'individuo ricercando dei limiti al potere statale. Infatti, enunciazioni del principio dell'*extrema ratio* sono rinvenibili, già, nelle opere di Ugo GROZIO, *De Jure belli ac pacis libri tres* (1625) (sul punto cfr. ID., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, 10 e ss.); di Cesare BECCARIA, *De' delitti e delle pene* (1764); di Franz von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin-Leipzig 1919), che, anche se in epoche diverse, "avevano comunque a cuore la costruzione di un sistema del diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo" (ID., *Tutela penale del patrimonio*, cit., p. 4).

¹³ Per una compiuta analisi delle cause dell'inflazione penalistica cfr. C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, p. 12 ss.

¹⁴ Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, pp. 53-54; cfr. E.R. ZAFFARONI, *La recente legislazione penale e la questione dell'emergenza in Argentina*, in *Crit. dir.* 1998, p. 340.

¹⁵ Ci si riferisce a A. BARATTA, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Delitti e pene* 1985, p. 452.

¹⁶ Sulla frammentarietà nel diritto penale cfr. le considerazioni già precedentemente formulate da M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 9 ss.

¹⁷ Sul punto S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 113; T. PADOVANI, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in AA.Vv., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano 1987, p. 90 ss.

¹⁸ Così A. ALESSANDRI, *I reati societari*, AA.Vv., *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. PEPINO, Milano 199, p. 442.

¹⁹ In tal senso A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 443.

²⁰ Sui rischi portati, dall'esercizio simbolico della minaccia penale, sul rapporto tra 'penalità minacciata e penalità agita', cfr. le lucide considerazioni precedentemente svolte da M. PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in AA.Vv., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, p. 177.

2.1. *(segue) sussidiarietà ed effettività.*

La vera partita della tutela dell'ambiente si gioca, a nostro avviso, non rispolverando stucchevoli meccanismi pseudo-repressivi quanto sul piano dell'effettività della risposta; ciò implica il ricorso alla sanzione penale solo nel caso in cui altri strumenti di contrasto risultino inadeguati. Si tratta, in sostanza, di procedere in linea col principio di sussidiarietà valorizzato nel senso dell'effettività della risposta statutale. Il principio di sussidiarietà²¹ – non è superfluo ribadire, un'aspirazione 'moderna' ancora tutta da realizzare²² – sviluppato prima che negli aspetti formali quanto nei profili sostanziali, va correttamente inteso non solo in termini di ricerca di misure punitive alternative alla sanzioni penale, ma orientato verso la ricerca di interventi, sostitutivi alla stessa giustizia criminale. Non si tratta di ipotizzare solo l'infissione di una sanzione diversa da quella penale, quanto di arricchire le possibilità di tutela con meccanismi 'alternativi' alla giustizia penale. Così, ad esempio, rispetto a colui che ha ripristinato lo stato dei luoghi e riparato il danno arrecato, non ha alcun senso ipotizzare una sanzione penale per l'eventuale comportamento illecito, potendo risolversi il problema in una sede diversa da quella processualpenalistica.

L'attuale legislazione – e quella relativa alla tutela dell'ambiente ne rappresenta una dimostrazione paradigmatica – viceversa, finisce per porsi in termini opposti all'impostazione derivante dal principio di sussidiarietà.

Tutto ciò viene motivato ponendo in essere un'inversione metodologica – errore in cui cade spesso anche il legislatore sovranazionale – tanto ingiustificata sul piano dei principi quanto carente sul piano dell'efficacia. Ed, infatti, la richiesta sempre maggiore di sanzioni penali, viene fondata su di una pretesa scarsa funzionalità di un sistema alternativo a quello penale. In altri termini, il fondamento dell'ampliamento dell'ambito del penalmente rilevante viene giustificato sull'esiguità dei risultati raggiunti, proprio nel settore dell'ambiente, con l'adozione di pene diverse da quelle detentive.

Si tratta, a ben vedere, di un atteggiamento autopoietico del sistema penale che dà per verificata un'impostazione che necessita, invece, di precisi riscontri empirici.

Così, proprio richiamando l'opzione di sussidiarietà se ne segna, nella realtà, il suo svuotamento, venendo ridotta a mera *petitio principii*. Si sostiene, in sostanza, che occorre utilizzare la sanzione penale, perché le misure alternative sono incapaci di tutelare quel determinato bene giuridico. Tutto ciò è il frutto di un'impostazione poco corretta nella misura in cui finisce per esaltare gli aspetti meramente intimidativo-deterrenti e simbolico-espressivi della minaccia penale, in linea, per usare un'efficace sintesi, con una discutibile "strategia brutale del randello"²³.

Riteniamo, invece, che, sul piano politico-criminale, l'aspetto più significativo della sussidiarietà sia ravvisabile nella effettività dell'intervento statutale, ma ciò presuppone che all'opzione di sussidiarietà venga data concreta attuazione.

Come già è stato limpidamente evidenziato, il fondamento formale del principio di sussidiarietà è dato dall'assetto normativo della Carta costituzionale, con l'enunciazione delle opzioni di libertà, personalità dell'individuo, proporzione; quello sostanziale, viceversa, emerge in una prospettiva di efficienza, allorché abbandonando punti di vista eticizzanti con l'imposizione di connessi obblighi di criminalizzazione, uno dei criteri guida dell'intervento penale viene dato dalla valorizzazione di momenti di concreta efficienza finalizzati al controllo di fatti ritenuti socialmente dannosi²⁴.

²¹ Il carattere sussidiario del diritto penale, esprime, appunto, l'idea che il ricorso alla sanzione penale oltre che necessario, dev'essere conforme allo scopo, in tal senso cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p. 215; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, p. 463 ss. In altri termini, "l'utilizzazione della sanzione penale è legittima nella misura in cui si riveli uno strumento promettente in vista di un'efficace tutela del bene giuridico", cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2006, p. 41. Il principio di sussidiarietà, così, inteso, come espressione dell'*extrema ratio* del diritto penale e come conformità allo scopo, costituisce un aspetto particolare del più generale principio di proporzione. Quest'ultimo rende ammissibile la restrizione dei diritti del singolo individuo solo nei casi di stretta necessità, secondo le teorizzazioni già espresse in passato da Arth. KAUFMANN, *Subsidiaritätprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H. Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 90 ss.

²² Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della modernità*, in AA.Vv., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura dello stesso Autore S. MOCCIA, Napoli 2002, vol. I, p. 133 ss.

²³ Cfr. F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1998, p. 471.

²⁴ in tal senso cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., p. 10 ss., in particolare nota 33; in termini più generali, Id., *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., *passim*.

La locuzione ‘sussidiarietà in concreto’, a cui facciamo riferimento, vuole esprimere, appunto, il dato secondo cui l’intervento penale dev’essere attivato *dopo* aver posto in essere altri strumenti di controllo alternativi. Solo dopo aver predisposto misure di contrasto diverse da quelle penalistiche, e dopo aver verificato fenomenologicamente l’insufficienza di tali misure, si giustifica il ricorso al sistema penale.

Attualmente, si ribadisce, il criterio normativo di sussidiarietà, nonostante la sua rilevanza costituzionale e nonostante le varie affermazioni di principio che solitamente accompagnano le relazioni ministeriali ai provvedimenti di legge, risulta puntualmente disapplicato.

3. I limiti delle fattispecie incriminatrici: l’indeterminatezza dell’art. 727-*bis* c.p.

Il legislatore, come si anticipava, adempiendo alle sollecitazioni emanate in sede sovranazionale ha emanato due fattispecie incriminatrici collocate nel settore delle contravvenzioni. Ora, se la prospettiva delle nuove norme era quella di un maggiore carico sanzionatorio che ne valorizzasse la portata deterrente anche sotto questo profilo il risultato non pare possa dirsi raggiunto.

Una lettura ancorché poco approfondita delle nuove figure criminose evidenzia vistosi difetti, con conseguenti riflessi in sede applicativa. Si tratta di disposizioni destinate all’inapplicabilità o, all’opposto, ad una loro utilizzazione smisurata. L’affermazione non deve apparire contraddittoria; il rispetto dei principi costituzionali, e dunque la subordinazione ai principi del diritto penale del fatto, ne determinerà, coerentemente, un completo abbandono; all’opposto – in linea con quella impostazione sempre più in voga – una lettura minimalista (*rectius*, aggiramento) dei principi fondamentali renderà le fattispecie una sorta di rimedio ‘buono per tutte le stagioni’.

Tutto ciò discende dalla struttura delle singole contravvenzioni la cui redazione sciatta e frettolosa ha finito per ammantarle di una densa caligine destinata ad essere diradata, di volta in volta, dalla prassi secondo le necessità del caso da risolvere, verosimilmente attraverso il proprio *intuitus*.

Non diversamente da quanto è avvenuto con la fattispecie in tema di atti persecutori o di atti sessuali – solo per fare qualche esempio – sarà la giurisprudenza a determinare la reale portata delle singole fattispecie, con conseguente rischio di decisioni contraddittorie e/o asistematiche.

Invero, le disposizioni di cui all’art. 727-*bis* c.p. si articolano su di una serie di locuzioni vaghe e generiche: “una specie animale protetta”, una “quantità trascurabile di detti esemplari”, un “impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie”. Formule ripetute nel secondo comma della stessa fattispecie. Allo stesso modo, la ‘distruzione di un’*habitat*’ sembra già *prima facie* affetta da gigantismo con ovvie ricadute di tipo probatorio.

Per conoscere cosa intenda il legislatore per ‘per specie animali o vegetali selvatiche protette’ occorre far riferimento al comma 2° dell’art. 733-*bis* c.p., che reca: “Ai fini dell’applicazione dell’articolo 727-*bis* del codice penale, per specie animali o vegetali selvatiche protette si intendono quelle indicate nell’allegato IV della direttiva 92/43/CE e nell’allegato I della direttiva 2009/147/CE”!

Un modo di legiferare davvero incomprensibile: per conoscere la portata di una determinata espressione occorre rifarsi ad altra fattispecie dedicata a tutt’altro settore.

Non si comprende per quale ragione il 2° co. dell’art. 733-*bis* c.p. non sia stato collocato nella sua sede naturale, e cioè nell’art. 727-*bis* c.p., specificando, senza alcuna necessità di rinvii, che “per specie animali o vegetali selvatiche protette si intendono quelle indicate nell’alle-

gato IV della direttiva 92/43/CE e nell'allegato I della direttiva 2009/147/CE"²⁵.

Ma, al di questo, il rinvio agli allegati non risolve tutti i problemi per l'uso di un linguaggio esclusivamente tecnico-scientifico; basti leggere la 'lista' che compone l'allegato appena richiamato²⁶. All'elencazione, vanno aggiunte, per espressa affermazione del legislatore comunitario "le piante di cui all'allegato IV e tutte le specie vegetali elencate all'allegato II" (e, dunque, altre centinaia di specie vegetali), sempre indicate con i loro nomi fitologici. Anche esperti zoologi e qualificati professionisti di fisiologia vegetale rischiano di andare in difficoltà nell'opera di identificazione, all'interno di una così numerosa elencazione di specie e sottospecie.

Il comportamento dell'agente, di uccidere, catturare o detenere esemplari appartenenti ad una specie animale selvatica protetta, diventa penalmente rilevante se il fatto, fuori dei casi consentiti, non costituisca più grave reato e "salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie".

L'aggettivo 'trascurabile' – quale sinonimo di esiguo, inapprezzabile, insignificante, irrilevante, irrisorio, marginale – assurge nel contesto della fattispecie incriminatrice a parametro che per essere pienamente colto richiede, necessariamente, la conoscenza dell'entità della specie animale selvatica protetta. Si tratta, in altre parole, di un termine di relazione la cui esatta portata non può essere individuata senza conoscere prima l'altro criterio di paragone, e cioè la grandezza della specie animale selvatica protetta. Di modo che l'uccisione di dieci esemplari di una specie animale selvatica protetta diventa 'quantità' irrisoria se la specie consta di milioni e milioni di elementi, perché uccidere dieci esemplari su svariati milioni asseconda anche l'altra condizione richiesta dalla fattispecie incriminatrice – con la congiunzione 'e' – vale a dire un "impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie".

La nuova fattispecie appare destinata, infine, a ricoprire un ristretto ambito applicativo se solo si riflette sulla clausola di riserva 'salvo che il fatto costituisca più grave reato' che apre la disposizione. La clausola di salvezza – a fronte di una contravvenzione – restringe fortemente la portata della disposizione essendo, ad esempio, fattispecie più gravi e dunque applicabili in via preferenziale rispetto all'art. 727-*bis* c.p. quelle previste dall'art. 544-*bis* c.p. (Uccisione di animali), dall'art. 30 comma 1 lett. b) legge 157/1992 (cattura e detenzione di animali protetti) nonché dall'art. 1 comma 2 lett. f) legge 150/1992 (detenzione di esemplari appartenenti alle specie previste dal regolamento CE n. 338/1997 in assenza della prescritta documentazione)²⁷. Non è mancato chi ha rilevato che l'applicazione dell'art. 727-*bis* c.p. sembra dunque riservato "solo all'uccisione colposa di animali fuori dell'ambito dell'attività di caccia"²⁸.

Altro limite si rinviene considerando il dato per cui la tutela penale risulta accordata, esclusivamente, alle specie animali o vegetali selvatiche protette di cui agli allegati alle direttive 92/43/CEE e 2009/147/CE.

Ed ancora, non bisogna dimenticare che l'art. 727-*bis* c.p. trova applicazione solo fuori dai casi in cui le condotte ivi contemplate siano consentite dalla legge: è questo il caso, ad esempio, delle ipotesi previste dalla direttiva 92/43/CE al fine di proteggere la fauna e la flora selvatica e conservare gli *habitat* naturali; di prevenire danni a colture, boschi, allevamenti, patrimonio ittico, acque e altre forme di proprietà; di agire per scopi didattici e di ricerca; di consentire, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un limitato numero di esem-

²⁵ Il legislatore, ripercorrendo metodologie già sperimentate proprio all'interno del cd. diritto penale complementare, affida ad atti esterni alla fattispecie incriminatrice il compito di integrare le singole figure criminose: è la tecnica del rinvio o, più precisamente – data la conformazione dell'intera disciplina frammentata in numerose norme e testi di legge diversi, integrati, a loro volta, da direttive, allegati, tabelle, indici, regolamenti, atti, prescrizioni ed ingiunzioni varie – del "rinvio a catena". Per una critica alla tecnica del rinvio "a catena" o *in blocco*, cfr. le lucide riflessioni svolte in passato da G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 699 ss.; G. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*. Vol. I, *Il sistema della parte speciale*, Padova 1998, p. 54; in precedenza già L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, Milano 1965, I, p. 373 ss.

²⁶ Infatti, solo al fine di comprendere di cosa si parla, ci sia consentito qualche esempio; nella categoria 'insectivora' vengono richiamate le seguenti specie: *Erinaceidae*, *Erinaceus algirus*, *Soricidae* *Crocidura canariensis*, *Crocidura sicula*, *Talpidae*, *Galemys pyrenaicus*; tra i microchiroteri: *Pteropodidae*, *Roussettus aegyptiacus*; nella famiglia dei *Gasteropodi* vengono indicati i seguenti sottordini: *Anisus vorticulus*, *Caseolus calculus*, *Caseolus commixta*, *Caseolus sphaerula*, *Chilostoma banaticum*, *Discula leacockiana*, *Discula tabellata*, *Discula testudinalis*, *Discula turricula*, *Discus defloratus*, *Discus guerinianus*, *Elona quimperiana*, *Geomalacus maculosus*, *Geomitra moniziana*, *Gibbula nivosa*, *Hygromia kovacsii*, *Idiomela (Helix) subplicata*, *Lampedusa imitatrix*, *Lampedusa melitensis*, *Leiostyla abbreviata*, *Leiostyla cassida*, *Leiostyla corneo costata*, *Leiostyla gibba*, *Leiostyla lamellosa*, *Paladilbia hungarica*, *Patella feruginea*, *Sadleriana pannonica*, *Theodoxus prevostianus*, *Theodoxus transversalis*. Si tratta solo di alcuni esempi estrapolati da circa 400 specie.

²⁷ Cfr. V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuali e degli enti*, cit., p. 491; G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, cit.

²⁸ Così, C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit. p. 3.

plari oggetto di tutela; di tutelare la sanità e la sicurezza pubblica o per altri motivi di rilevante interesse pubblico²⁹.

4. (segue) e dell'art. 733-bis c.p.

Questioni non meno rilevanti presenta l'altra fattispecie introdotta dal d.lgs. n. 121/11; anche in questo caso la norma si caratterizza per marcati profili di indeterminazione con particolare riferimento all'individuazione della condotta punibile.

La contravvenzione descritta nell'art. 733-bis c.p., che si apre con la clausola di riserva 'fuori dei casi consentiti', punisce colui che "distrugge un habitat all'interno di un sito protetto" o colui che "comunque lo deteriora compromettendone lo stato di conservazione".

La condotta punita si articola su due momenti alternativi: la 'distruzione di un habitat' o il 'deterioramento' di una tale rilevanza da comprometterne lo stato di conservazione.

Preliminarmente, quindi, il destinatario della norma deve farsi carico di conoscere cosa s'intenda con la locuzione '*habitat* all'interno di un sito protetto'. Sotto questo profilo il legislatore, nonostante il richiamo nel terzo comma dell'art. 733-bis c.p., si è limitato a traslare nell'ordinamento interno quanto previsto dalle direttive 92/43 CEE (relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, cd. direttiva *habitat*) e 2009/147/CE concernente la conservazione degli uccelli selvatici.

La direttiva 92/43/CEE definisce, in primo luogo, gli *habitat* naturali come le zone terrestri o acquatiche che si distinguono in base alle loro caratteristiche geografiche, abiotiche e biotiche, interamente naturali o seminaturali; l'*habitat* di una specie animale corrisponde, invece, all'ambiente definito da fattori abiotici e biotici specifici in cui vive la specie in una delle fasi del suo ciclo biologico.

Discende, dalle due direttive richiamate, che *habitat* all'interno di un sito protetto individua qualsiasi *habitat* di specie per le quali una zona sia classificata come zona a tutela speciale a norma dell'art. 4, paragrafi 1 o 2, della direttiva 2009/147/CE³⁰ o qualunque sito naturale o un *habitat* di specie per cui un sito sia designato come zona speciale di conservazione a norma dell'art. 4, paragrafo 4, della direttiva 92/43 CEE³¹.

E' facile cogliere come una tale tecnica di normazione finisca per scaricare sul destinatario della norma l'improbabile compito di conoscenza, che forse solo l'intervento di qualche aruspice potrebbe realmente assolvere.

L'art. 733-bis c.p. presenta, ancora, un riferimento altrettanto vago allo "stato di conservazione", ed anche in questo caso per comprendere il senso della locuzione occorre far riferimento ai provvedimenti del legislatore sovranazionale.

L'art. 1 lett. a) della direttiva 92/43 CE stabilisce, infatti, che per 'conservazione' s'intende un "complesso di misure necessarie per mantenere o ripristinare gli habitat naturali e le popolazioni di specie di fauna e flora selvatiche in uno stato soddisfacente ai sensi delle lettere e) e i)". La lett. e) stabilisce lo 'stato di conservazione' di un habitat naturale individuandolo con: "l'effetto della somma dei fattori che influiscono sull'*habitat* naturale in causa, nonché sulle

²⁹ In tal senso cfr. G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, cit.

³⁰ L'art. 4, paragrafi 1 o 2, della direttiva 2009/147/CE così dispone: 1. Per le specie elencate nell'allegato I sono previste misure speciali di conservazione per quanto riguarda l'habitat, per garantire la sopravvivenza e la riproduzione di dette specie nella loro area di distribuzione. A tal fine si tiene conto: a) delle specie minacciate di sparizione; b) delle specie che possono essere danneggiate da talune modifiche del loro habitat; c) delle specie considerate rare in quanto la loro popolazione è scarsa o la loro ripartizione locale è limitata; d) di altre specie che richiedono una particolare attenzione per la specificità del loro habitat. Per effettuare le valutazioni si terrà conto delle tendenze e delle variazioni dei livelli di popolazione. Gli Stati membri classificano in particolare come zone di protezione speciale i territori più idonei in numero e in superficie alla conservazione di tali specie nella zona geografica marittima e terrestre a cui si applica la presente direttiva. 2. Gli Stati membri adottano misure analoghe per le specie migratrici non menzionate all'allegato I che ritornano regolarmente, tenuto conto delle esigenze di protezione nella zona geografica marittima e terrestre a cui si applica la presente direttiva per quanto riguarda le aree di riproduzione, di muta e di svernamento e le zone in cui si trovano le stazioni lungo le rotte di migrazione. A tale scopo, gli Stati membri attribuiscono un'importanza particolare alla protezione delle zone umide e specialmente delle zone d'importanza internazionale alla protezione delle zone umide e specialmente delle zone d'importanza internazionale.

³¹ Il paragrafo 4 dell'art. 4 così reca: "Quando un sito di importanza comunitaria è stato scelto a norma della procedura di cui al paragrafo 2, lo Stato membro interessato designa tale sito come zona speciale di conservazione il più rapidamente possibile e entro un termine massimo di sei anni, stabilendo le priorità in funzione dell'importanza dei siti per il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, di uno o più tipi di habitat naturali di cui all'allegato I o di una o più specie di cui all'allegato II e per la coerenza di Natura 2000, nonché alla luce dei rischi di degrado e di distruzione che incombono su detti siti".

specie tipiche che in esso si trovano, che possono alterare a lunga scadenza la sua ripartizione naturale, la sua struttura e le sue funzioni, nonché la sopravvivenza delle sue specie tipiche nel territorio”.

Il riferimento al ‘complesso di misure necessarie per mantenere o ripristinare gli *habitat* naturali e le popolazioni di specie di fauna e flora selvatiche in uno stato soddisfacente’ implica, com’è stato evidenziato, **un concetto di “conservazione” inteso, dal legislatore comunitario, non come un concetto statico bensì come un agire³², e tutto ciò rende certamente più difficoltoso l’inquadramento della condotta punibile.**

Ai fini della configurabilità della nuova contravvenzione di cui all’art. 733-*bis* c.p. è richiesta la distruzione di un *habitat*; il verbo ‘distruggere’ richiama, com’è noto, l’idea di un grave danneggiamento, meglio, di un annientamento di qualcosa, e può essere letto come sinonimo di demolizione o devastazione.

Il rischio è quello di trovarsi di fronte ad eventi indimostrabili, perché una condotta in grado di devastare un determinato *habitat* fino ad annientarlo o distruggerlo totalmente appare difficilmente verificabile. Per altro versi, questa tipologia di macro-eventi, da cui discende un danno di enormi o incalcolabili dimensioni, risulta sanzionata in modo irrisorio con l’arresto fino a 18 mesi o, addirittura, con una semplice ammenda(!), a tacere dell’arduo riscontro sul piano probatorio.

Ancora più difficoltosa è l’accertabilità di un deterioramento di tale consistenza da compromettere lo stato di conservazione di un dato *habitat*.

5.

Verso l’inutilizzabilità delle nuove fattispecie?

Le fattispecie contravvenzionali di recente conio presentano, come si anticipava, vistose aporie sotto il profilo della mancata rispondenza al principio di tassatività-determinatezza dell’illecito penale.

Senza richiamare le tante implicazioni che discendono dal principio di tassatività dell’illecito penale, è appena il caso di porre in risalto due aspetti di fondamentale rilevanza: secondo le anticipazioni già avanzate da autorevole dottrina, il primo è che esso rappresenta una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto nel senso che in un sistema codificato la caratteristica essenziale è data proprio dal rispetto della legalità e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni; il secondo scaturisce dalla considerazione che la rilevanza del principio di tassatività/determinatezza scontata in dottrina e sul piano dei principi fondamentali, “non ha trovato adeguato riscontro nella concreta produzione legislativa; sin da quando, con Beccaria e Filangieri, la sua significatività per un sistema penale vicino alle ragioni dell’uomo si rivelò con un’evidenza palmare e fu universalmente riconosciuta, dallo stesso momento è possibile affermare che le sue concrete implicazioni furono in maniera pressoché costante disattese³³. Anche le recenti fattispecie finiscono per uniformarsi a quel *trend* che connota la legislazione penale orientandola verso un diritto penale dell’indeterminatezza.

Tutto ciò appare difficilmente giustificabile se si riflette sul fondamentale apporto fornito dalla Corte Costituzionale in ordine alla corretta portata del principio di tassatività-determinatezza, con la storica decisione in materia di plagio (sent. n. 96/1981).

Ed invero, nel dichiarare incostituzionale l’art. 603 c.p., il ‘giudice delle leggi’, è noto, pone, limpidamente, in risalto il ruolo del principio di tassatività dell’illecito penale rimarcando come “onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l’interprete, nel ricondurre un’ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere – aggiunge la Corte – richiede una descrizione della fattispecie astratta sia pure attraverso espressioni indicative o di valore (decisioni nn. 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili”.

E’ facile cogliere, per le considerazioni precedentemente svolte, come tutto ciò manchi

³² Cfr. S. RUBERTI, *La distruzione o il deterioramento di habitat in sito naturale protetto: la tutela penale tra rilievi comunitari e deficit di offensività*, in <http://www.ambientediritto.it>.

³³ Cfr. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit. p. 11.

nelle fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., da cui discende, inoltre, una logica violazione del principio costituzionale disciplinato nell'art. 25.

Anche sul punto può essere richiamata la sentenza in tema di plagio, ove è dato leggere che, con specifico riferimento all'art. 25 della Costituzione, è stato più volte ripetuto che a base del principio invocato sta in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. "Ritiene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile". E, aggiunge la Corte, implicito e ulteriore sviluppo dei concetti ai quali la giurisprudenza costituzionale si è ispirata comporta che, se un simile accertamento difetta, l'impiego di espressioni intelleggibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie in modo da assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo e gli atti diretti a porlo in essere, frutto di analoga opzione operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno. Pertanto, "nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà".

Nel caso delle fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p. l'evento si sottrae a quella verificabilità empirica richiesta dalla Corte costituzionale, per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice³⁴.

Nella stessa ottica può essere richiamata l'altrettanto 'storica' sentenza in materia di *error juris* (n. 364/88).

Anche in questo caso solo qualche riferimento al ragionamento esplicitato dei giudici costituzionali, trattandosi di riflessioni ben note, che ci aiutano, però, a fugare ogni dubbio sull'esatta portata del principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale.

Nella decisione n. 364/88, i giudici dopo aver premesso che "l'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito", richiamano il ruolo da riconoscere agli artt. 2 e 3 Cost. per i quali la Repubblica s'impegna a garantire i diritti inviolabili ed il pieno sviluppo della persona ed a rimuovere gli ostacoli che a tale sviluppo si frappongono. L'eventuale contrasto con le norme appena evocate comporta che: "Qualora i limiti fra il lecito e l'illecito non fossero chiaramente delineati, l'ordinamento, anziché rimuovere i predetti ostacoli, ne costituirebbe esso stesso un esempio vistoso". E, infine: "Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento".

Nella stessa ottica può essere richiamata un'altra decisione della Corte Costituzionale secondo cui: "Occorre, anzitutto, ricordare che questa Corte ha riconosciuto (sentenze n. 27 del 1961, n. 120 del 1963, n. 44 del 1964, n. 7 del 1965) che il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato" (sent. n. 191/70).

Alla luce delle limpide affermazioni svolte dalla Corte costituzionale, non si comprende l'ostracismo del legislatore nel ravvisare l'esatto ruolo che il principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale è chiamato a svolgere, in un sistema penale come quello nostro di derivazione costituzionale.

Eppure, il corretto funzionamento del sistema penale 'obbliga' il legislatore ad emanare norme in linea con le implicazioni costituzionali e, dunque, a predisporre fattispecie in grado di far proprie le esigenze di chiarezza e precisione secondo quanto previsto dagli artt. 13 co. 2, 25 co. 2 e 3, 27 co. 1 cost.

In altri termini, quando la prescrizione prevede, per la sua infrazione, come naturale con-

³⁴ In tal senso, seppur con riferimento alla disposizione di cui all'art. 612-*bis* c.p., A. MANNA, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, p. 469 ss.

seguenza una misura limitativa di diritti fondamentali inviolabili (art. 13 Cost.) sorge l'obbligo per colui che emette il divieto quanto meno di redigerlo nel modo più chiaro possibile; evitando il ricorso a concetti estremamente farraginosi e complessi e, quindi, evitando di trasportare sul terreno penalistico la tecnica normativa propria di altre scienze e nel caso di specie delle scienze naturali.

Ancora, il principio di tassatività-determinatezza si pone come momento essenziale nella strutturazione dell'illecito e interagisce con tutte le categorie dommatiche del reato; d'altro canto, non meno rilevanti sono i riflessi in tema di funzione della pena³⁵ e sul piano processuale. Con la fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., siamo ben lontani dall'impostazione feuerbachiana – di estrema attualità nonostante gli oltre due secoli trascorsi – secondo cui il legislatore non può sottoporre a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato³⁶.

Del resto, norme indeterminate, connotate dalla rarefazione del sostrato empirico-materiale, dalla sovrabbondanza di elementi normativo-valutativi a forte pregnanza simbolica, finiscono per limitare le possibilità probatorie dell'accusato, con conseguente violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Maggiormente quando sull'intero accadimento e sul connesso accertamento 'alleggia' il principio del libero convincimento del giudice; "assioma potente, magico in varie accezioni del vocabolo. Di penetrante, indicibile intensità, indecomponibile già in sé è l'atto evocato, il convincersi, *judicare in facto*, 'decidere', che spesso ritorna 'con le vesti di principio di conservazione; di non dispersione del sapere; d'irrinunciabili, superiori scopi; di principio della difesa sociale; di indefettibilità del potere punitivo; di funzione conoscitiva del processo e simili"³⁷.

Alla luce delle succinte considerazioni appena svolte si ricava la completa inconcludenza delle nuove fattispecie di cui agli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p. Si tratta di nuove incriminazioni destinate alla completa disapplicazione che finiscono solo per appesantire, inutilmente, il sistema. Sotto quest'ultimo profilo, non vanno sottaciuti i rischi connessi al sovrabbondante numero di leggi e, spesso, alla farraginosità delle stesse, con l'unico risultato di sovraccaricare, inopportuno, il sistema rendendolo una sorta di ginepraio inestricabile; diceva in proposito Francesco Mario PAGANO: "Vuoi conoscere se un popolo sia ancor cinto dalle tenebre della barbarie, o se già sollevi gli occhi al lume della politezza e civiltà? Apri il codice delle sue leggi. Se questo sia troppo ampio o diffuso, se le leggi sue sian particolari e molte, abbi per certo che quella nazione è barbara, e molto cammino a compir le rimane a giugnere alla splendida meta della sua cultura. Ma se poche e brevi universali leggi formano un piccolo codice, beata e felice di già gode il sereno giorno della civile perfezione"³⁸.

Il sistema penale, di derivazione costituzionale, non consente 'sgangherate letture' del principio di legalità del reato e delle pene. Il sacrificio dei principi fondamentali, già di per sé ingiustificabile, non trova appigli nemmeno sul piano dei risultati; troppo facile immaginare, nonostante il contributo, verosimilmente, oscillante della prassi, il conseguimento di effetti marginali nell'azione di contrasto ai comportamenti in danno dell'ambiente, proprio perché le nuove fattispecie incriminatrici, disegnate dagli artt. 727-*bis* e 733-*bis* c.p., strutturandosi su eventi indimostrabili, sono destinate alla disapplicazione, a fronte dei sicuri danni per la credibilità del sistema.

³⁵ Più in generale sul punto cfr. E. BELING, *Il significato del principio "nulla poena sine legge poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. pen.* 1931, p. 319 ss.

³⁶ Cfr. A.V. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts, I Teil*, Erfurt, 1799.

³⁷ Negli stessi termini, limpidamente, M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, p. 71 ss.

³⁸ Cfr. M. PAGANO, *Saggi politici. De' principii, progressi e decadenza della società (1791-1792)*, a cura di L. FIRPO-L. SALVETTI FIRPO, Napoli 1993, p. 283.