

4 SETTEMBRE 2019

Il ruolo del principio di precauzione
nella tutela del bene ambiente fra
diritto amministrativo e penale

di Antonino Longo

Professore associato di Geografia economico-politica
Università di Catania

e Federica Maria Distefano

Avvocato penalista presso il Foro di Catania



Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*

di Antonino Longo

Professore associato di Geografia economico-politica – Università di Catania

e Federica Maria Distefano

Avvocato penalista presso il Foro di Catania

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. Genesi ed evoluzione del principio di precauzione in materia ambientale. 3. Il ruolo del principio di precauzione nella definizione del fatto tipico di cui all'art. 452 *bis* c.p.: il significato del termine “*abusivamente*”. 4. Il principio di precauzione e l'azione amministrativa alla luce della l. n. 241 del 1990. 5. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Sono trascorsi quasi quattro anni dall'entrata in vigore della legge n. 68 del 2015 sui c.d. ecoreati e ad oggi, nonostante gli sforzi della giurisprudenza, le principali questioni interpretative poste dalla riforma si palesano del tutto irrisolte.

In particolare, quella vaghezza nella tipizzazione degli elementi costitutivi degli illeciti ambientali sin da subito denunciata dalla dottrina – soprattutto con riferimento al delitto di inquinamento ambientale di cui all' art. 452 *bis* c.p. – continua a destare non poche preoccupazioni sotto il profilo del rispetto dei principi di precisione, determinatezza e tassatività imposti dagli artt. 25 Cost. e 7 CEDU. Come noto, l'inquinamento ambientale richiede, ai fini della sua configurabilità, la sussistenza della c.d. clausola di anti giuridicità espressa, essendo necessario che la condotta pericolosa venga posta in essere “*abusivamente*”, ossia in assenza delle autorizzazioni previste *ex lege*.

La giurisprudenza ha esteso il concetto di abusività non soltanto alle attività *tout court* illegali o non autorizzate, bensì a quelle esercitate in presenza di un titolo illegittimo, scaduto ovvero ancora in caso di superamento dei limiti o in violazione delle prescrizioni normative contenute nel titolo stesso, riconoscendo espressamente il potere del giudice penale di valutare la legittimità dell'atto autorizzatorio avente natura amministrativa¹.

Ed è proprio sulla scorta di tale orientamento che alcune recenti pronunce rese nell'ambito di note vicende giudiziarie (si veda da ultimo il caso della centrale *Tirreno Power*) hanno esteso le maglie del fatto

* Articolo sottoposto a referaggio. Benché frutto del lavoro congiunto dei due autori, il contributo risulta imputabile, quanto ai paragrafi 1, 4 e 5 ad Antonino Longo e, quanto ai paragrafi 3 e 4 a Federica Maria Distefano.

¹ Sull'ammissibilità del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi si veda R. GAROFOLI, *Diritto penale – Parte Generale* - VI Edizione, Molfetta, 2018-2019, p. 48.

tipico suscumbibile nel modello legale di cui all'art. 425 *bis* c.p., ampliando il concetto di abusività fino a ricomprendervi non soltanto l'inosservanza di una regola di dettaglio normativamente prevista (disposizioni contenute nel TUA) ma anche la violazione di una regola generale di condotta (MTD/BAT²), e finanche il più generico principio di precauzione.

La rilevanza attribuita alle migliori tecniche disponibili (BAT) nella previsione e nell'accertamento dei reati ambientali e, soprattutto, il ricorso sempre più frequente al principio di precauzione quale strumento di estensione dell'imputazione per colpa (c.d. effetto espansivo del diritto penale) palesano la tendenza del diritto penale moderno a sacrificare il principio di colpevolezza, presupposto indefettibile di un diritto penale personale e colpevole, in nome di esigenze general preventive³.

Occorre interrogarsi sull'opportunità di qualificare il principio di precauzione quale parametro diretto per la conformazione della condotta degli operatori privati avente rilievo in materia di accertamento della responsabilità penale nonostante siffatto principio richieda un'opera di frapposizione normativa del legislatore ovvero della pubblica amministrazione: il meccanismo di formazione delle BAT non è infatti rimesso all'auto-normazione dei soggetti privati, ma avviene in una sede pubblica e istituzionale, qual è quella della procedura di comitato dell'Unione europea, che si conclude con un atto comunitario.

Parte della dottrina ha, pertanto, suggerito di circoscrivere la rilevanza del principio di precauzione alla branca giuspubblicistica in quanto strutturalmente incompatibile con il principio di legalità che governa il sistema penale.

2. Genesi ed evoluzione del principio di precauzione in materia ambientale.

Il principio di precauzione è stato assunto dal legislatore quale criterio di gestione del rischio di danni gravi a beni fondamentali quali l'ambiente e la salute, in condizioni di seria incertezza scientifica sull'*an* e sul *quomodo* del danno sospettato, gestione che impone la previsione di procedure, autorizzazioni, limiti-soglia cautelativi e prescrizioni aventi il precipuo scopo di minimizzare i rischi che l'attuale scienza ha ipotizzato come seri, ma che rimangono tuttavia incerti.

La *ratio* di tale principio si sostanzia nell'attribuzione al legislatore di un potere di intervento normativo in funzione di disciplina sanzionatoria nei contesti di incertezza scientifica ed epistemologica.

L'ambito fenomenologico elettivo di questo modello punitivo è pertanto costituito dalle situazioni in cui risulti possibile formulare serie congetture in ordine alla sussistenza di condizioni di pericolosità per

² Acronimi, rispettivamente, di Migliori Tecniche Disponibili e *Best Available Techniques*.

³ Sulla contrapposizione tra il diritto penale classico e il diritto penale moderno si veda C. E. PALIERO, *Dritto penale classico versus Diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?* in *Biblioteca De Ciencias Juridica*, p. 23.

interessi meritevoli di tutela, pur in assenza di consolidate evidenze scientifiche ovvero in presenza di dati discordanti o comunque non ancora pienamente corroborati⁴.

Il principio di precauzione è strutturalmente duttile tanto da prestarsi ad essere declinato in diverse definizioni, spesso tra loro addirittura incompatibili; per tale ragione l'analisi esegetica e l'individuazione dell'ambito applicativo, è foriera di non pochi dubbi soprattutto per quanto concerne i soggetti destinatari dell'obbligo di adottare cautele preventive nell'ambito di attività rischiose.

Come verrà precisato nel prosieguo della presente trattazione, se *ab origine* non sussisteva alcun dubbio in ordine al fatto che solo le autorità competenti – segnatamente legislatore e pubblica amministrazione – fossero chiamate ad applicare cautele preventive in ossequio a tale principio di matrice sovranazionale, viceversa nell'attuale sistema il principio di precauzione sembrerebbe rivolgersi direttamente anche ai privati che esercitano un'attività rischiosa.

Ciò è quanto emerge dalla disposizione di cui all'art. 3-ter del d.lgs. n. 152/2006 (Testo Unico in materia Ambientale, d'ora in avanti TUA) rubricato "*Principio dell'azione ambientale*" ai sensi del quale "*la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale*".

Al fine di comprendere la reale portata di tale *novum* normativo è necessario a questo punto fare un passo indietro e tentare di individuare una definizione che sia quanto più possibile chiara e univoca del principio di precauzione, oggi concepito come risposta al problema della gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica o meglio in contesti caratterizzati da un'acquisizione scientifica *in fieri*⁵.

Il "manifesto intellettuale" del principio di precauzione viene generalmente individuato nelle opere del filosofo tedesco Hans Jonas e negli scritti di Ulrich Beck dedicati alla società del rischio⁶.

In particolare Jonas, che ha dedicato un'intera opera al "*Principio di Responsabilità*", affermava che, essendo le potenzialità umane infinite si da generare innumerevoli pericoli, la gestione della cosa pubblica dovesse essere affidata a soggetti capaci ed eticamente validi ossia consapevoli che il concetto di "etica" fosse profondamente connesso a quello di "responsabilità".

⁴ S. SANCHEZ, *Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza nel diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale al cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, in L. STORTONI e L. FOFFANI (a cura di), Milano, 2004, p. 23; V. MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 45.

⁵ L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 83.

⁶ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007 e, più di recente, U. BECK, *Conditio humana, Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008.

Jonas ha in tal modo enucleato l'etica della responsabilità intesa quale capacità dell'uomo di rispondere ai bisogni solo virtualmente presenti nella società contemporanea, ma propri delle generazioni future⁷.

Ebbene, oggi come ieri il principio di precauzione rappresenta uno strumento di reazione alla perenne incertezza generata dall'evoluzione scientifica e dall'inarrestabile progresso tecnologico, *“in grado di promuovere una prospettiva distante dal liberismo, dall'antropocentrismo e dalle vicissitudini contemporanee ed immanenti, in virtù della valorizzazione e della salvaguardia del bene giuridico ambiente per le generazioni future”*⁸. Sotto tale profilo sembrerebbe invero espressione della c.d. *“strategia maximin”* o *“criterio di Wald”* utilizzata in situazioni nelle quali non si è in grado di valutare compiutamente la probabilità di verificazione delle conseguenze prospettate, sicché nell'ottica prudenziale prospettata, ogni qual volta occorra compiere una scelta in condizioni di incertezza, questa andrebbe valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili⁹. Orbene, pur in assenza di una definizione normativa univoca è comunque possibile trovare diversi riferimenti in atti normativi nazionali e sovranazionali del principio in esame¹⁰.

Il primo vero riconoscimento a livello internazionale risale alla Carta mondiale della natura adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1982 che prevede l'esigenza di un'esaustiva valutazione circa gli effetti collaterali di determinate attività, prevedendo, in caso di pericolosità, l'astensione dalle stesse; seguirono la Conferenza Internazionale per la protezione del mare del Nord del 25 novembre 1987, la Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico del Nord-Est firmata a Parigi nel 1992, la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992 e, nel medesimo anno, la codificazione espressa in seno all'art. 174 del Trattato di Maastricht sull'Unione europea. Dalla rapida elencazione dei documenti internazionali in cui compare il principio di precauzione risulta evidente come la tutela dell'ambiente rappresenti l'ambito originario di applicazione del principio in esame. Solo nel 2002 è stata introdotta una definizione normativa del principio di precauzione in seno ad un atto comunitario: trattasi dell'art. 7 del Regolamento 178/2000 il quale prevede che *“qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie*

⁷ H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990.

⁸ I. SALVEMME, *Il ruolo del principio di precauzione nel “nuovo” diritto penale dell'ambiente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2018.

⁹ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del diritto “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 luglio 2011.

¹⁰ F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Torino, 2/2011, il quale opera una distinzione tra il principio di precauzione avente fondamento su presupposti connotati da incertezza e il principio di prevenzione che invece si fonda su presupposti ispirati a criteri di certezza scientifica. L'Autore evidenzia come il principio di precauzione, pur diffusamente menzionato in atti di diritto internazionale, trattati comunitari e atti di normazione derivata, costituzioni e legislazioni di vari paesi, non trovi espressa definizione non soltanto normativa ma neppure con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e della Corte Edu.

per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per un valutazione più esauriente del rischio”¹¹.

E tuttavia il più importante referente normativo del principio di precauzione è certamente rappresentato dall’art. 191, paragrafo 2, TFUE, introdotto in materia ambientale, ai sensi del quale “*la politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga»*”¹².

Il principio di precauzione è stato poi recepito dal nostro ordinamento e precipuamente dapprima in seno all’art. 301 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 TUA secondo cui “*in applicazione del principio di precauzione (...) in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l’ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. L’applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*”¹³, e, successivamente, cristallizzato in seno all’art. 3-ter TUA¹⁴ il quale prevede che “*la tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia*

¹¹ Tale principio, dapprima formulato e introdotto con specifico riferimento alla materia ambientale, è stato poi esteso alle materie afferenti alla tutela della salute umana e ciò a seguito delle pronunce rese dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea Monsanto/Italia, Greenpeace/France, Austria Superiore/Commissione e Monsanto/France. Le suddette sentenze rappresentano un importante contributo alla definizione del principio di precauzione, delineando l’ambito di applicazione dell’amministrazione precauzionale, nonché le condizioni applicative.

¹² Il principio di precauzione era originariamente previsto dall’art. 130 del Trattato di Maastricht (1992), il quale stabiliva che “*la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga»*”.

¹³ Art. 301 TUA, “*Attuazione del principio di precauzione: 1. In applicazione del principio di precauzione di cui all’art. 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l’ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. 2. L’applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva. 3. L’operatore interessato, quando emerga il rischio suddetto, deve informarne senza indugio, indicando tutti gli aspetti pertinenti alla situazione, il comune, la provincia, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio si prospetta l’evento lesivo, nonché il Prefetto della provincia che, nelle ventiquattro ore successive, informa il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio. 4. Il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell’art. 304 che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s’intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull’esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici. 5. Il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio promuove l’informazione del pubblico quanto agli effetti negativi di un prodotto o di un processo e, tenuto conto delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente, può finanziare programmi di ricerca, disporre il ricorso a sistemi di certificazione ambientale ed assumere ogni altra iniziativa volta a ridurre i rischi di danno ambientale.*

Prima ancora dell’art. 3-ter l’art. 301 TUA fissava, in capo all’operatore che si imbatte nel rischio – *id est* l’imprenditore – un’unica regola operativa consistente nell’obbligo di segnalazione agli enti pubblici preposti.

Il *novum* introdotto dall’art. 3-ter – che esige che tutte le persone fisiche e giuridiche garantiscano la tutela dell’ambiente con azioni adeguate e informate al principio di precauzione – è rappresentato dall’eventuale rilevanza del principio di precauzione nella conformazione della colpa quale criterio soggettivo di imputazione sufficiente per tutti i reati ambientali, comprese le fattispecie contravvenzionali.

¹⁴ Introdotto dall’art. 1, co. 2, d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.

informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché' al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale”.

Siffatto principio di carattere paracostituzionale ha trovato sin da subito terreno fertile nella società del rischio caratterizzata dalle potenzialità distruttive indissolubilmente connesse allo sviluppo tecnologico¹⁵. La crescente dimensione di incertezza del sapere scientifico, l'impatto sociale delle nuove scienze della vita e della questione ambientale hanno invero messo in crisi il rapporto tra scienza e diritto e ciò in quanto in tali settori la scienza, pur avendo creato dei rischi, ha palesato la propria incapacità nel controllarli.

In misura sempre più sostantiva viene oggi percepita l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra i rischi e i benefici derivanti dal progresso quale ontologica aspirazione dell'uomo all'evoluzione ed implementazione del suo sapere.

In tale ottica è certamente necessario operare un continuo monitoraggio dei pericoli insiti nei moderni processi tecnologici in termini di elaborazione e applicazione di un processo duraturo e sistematico di sorveglianza e misurazione dei parametri e dei risultati della gestione del rischio al fine di identificare gli *early warnings* indicativi di possibili pericoli¹⁶.

In tale contesto dinamico e incerto, il diritto non può più limitarsi a recepire le conoscenze scientifiche, essendo viceversa chiamato ad assolvere l'ardua funzione di critica e di integrazione del sapere scientifico laddove i possibili nessi causali tra potenziali fattori di danno ed effetti pregiudizievoli non siano individuabili ovvero decifrabili sulla scorta di criteri scientifici.

Presupposto indefettibile per una corretta applicazione del principio di precauzione è invero l'instaurazione di un rapporto interdisciplinare tra diritto, scienza ed economia: in settori nevralgici del nostro ordinamento come l'ambiente, le biotecnologie, la responsabilità da prodotto e la sicurezza sul lavoro, le valutazioni tecnico-scientifiche e le analisi economiche sul rapporto costi-benefici delle cautele da applicare per contenere i rischi di volta in volta ipotizzati sono le direttrici sulle quali si articolano le scelte adottate dal legislatore e dagli organi decisionali in materia di gestione del rischio accettabile.

¹⁵ In particolare, secondo E. CORN in *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino, 2013, il principio di precauzione si è sviluppato coevamente alla genesi della bioetica e delle tecniche di ingegneria genetica: le prime riflessioni bioetiche sono state, evidenzia l'Autore, dedicate proprio alle conseguenze sull'ambiente dell'utilizzo delle biotecnologie da parte dell'uomo.

¹⁶ M. MARCHESE, *Diritto e scienza*, in B. MONTANARI, *Luoghi della filosofia del diritto. Idee, strutture e mutamenti*, Torino, 2001.

Non va poi sottaciuto come la sua struttura duttile renda il principio di precauzione un prezioso strumento di espansione non soltanto delle garanzie introdotte dal legislatore a tutela del bene ambiente, ma più in generale delle maglie dell'area del "penalmente rilevante".

A tal riguardo preme evidenziare che il "metodo precauzionale" pone non poche difficoltà in materia di accertamento della responsabilità penale e ciò in quanto il nesso tra la condotta incriminata e la tutela dei beni giuridici si dilata dal pericolo astratto (fondato su leggi scientifiche) ad un pericolo che la scienza congettura come possibile, ma non ancorato a risultanze scientifiche sufficientemente dimostrate¹⁷.

Un valido strumento di ausilio nell'interpretazione del principio di precauzione *ex art. 191 TFUE* e nella ricostruzione delle diverse problematiche afferenti alla sua concreta applicazione è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione dell'UE del 02.02.2000 secondo cui *"il principio di precauzione comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica e obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto"*¹⁸.

Scopo della Comunicazione è quello di illustrare il principio di precauzione quale strumento a cui ricorrere per fronteggiare in tempi rapidi un possibile pericolo per la salute umana, animale o vegetale, ovvero per la protezione dell'ambiente e, altresì, di stabilire orientamenti comuni per la sua applicazione.

Segnatamente, secondo la Commissione europea, il principio di precauzione può essere invocato quando un fenomeno, un prodotto ovvero un processo può avere effetti potenzialmente pericolosi, individuati tramite una valutazione scientifica e obiettiva, se questa valutazione non consente di determinare il rischio con sufficiente certezza. Sotto altro pregnante profilo, la Commissione invita a evitare un ricorso ingiustificato al principio di precauzione che, altrimenti, *"diverrebbe una forma dissimulata di protezionismo"*¹⁹.

Il quadro normativo sopra brevemente delineato rappresenta il punto di partenza per poter muovere alcune riflessioni sulla possibilità di ricorrere al principio di precauzione anche in materia di accertamento

¹⁷ C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 gennaio 2015.

¹⁸ F. MAZZA, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, in www.osservatoripenale.it, 2013, evidenzia come, conformemente all'indirizzo della Commissione europea, anche la Corte di Giustizia ha posto il principio di precauzione alla base di molte pronunce emesse soprattutto in materia di tutela dei consumatori nelle ipotesi di danno da prodotto alimentare. L'Autore richiama, sopra tutte, la CGCE 5/5/1998, C-180/96, Regno Unito c. Commissione, il caso della c.d. "mucca pazza" relativa al blocco della carne bovina dalla Gran Bretagna al fine di scongiurare il rischio di contagio umano da BSE.

¹⁹ Comunicazione della Commissione del 02.02.2000 sul principio di precauzione, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>.

di un fatto penalmente rilevante in settori caratterizzate da dinamiche di rischio suscettibili di coinvolgere beni di rango primario quali salute e ambiente tradizionalmente presidiati dalla norma penale.

Nella scienza penalistica si registra un notevole scetticismo riguardo alla legittimazione di modelli punitivi fondati sul principio di precauzione e ciò per l'ovvia ragione che siffatto principio è chiamato, per definizione, ad operare in contesti di incertezza conoscitiva laddove, invece, la connotazione ontologica del diritto penale è quella di essere diritto della certezza²⁰.

Eppure, risponde certamente al vero che il diritto penale tradizionale ha palesato la propria incapacità a fronteggiare le insidie poste dalla società moderna e dall'inarrestabile sviluppo delle nuove tecnologie in tal modo inducendo gli operatori del diritto dei principali paesi dell'UE ad operare, con crescente frequenza, torsioni interpretative dei criteri di imputazione oggettivi e soggettivi della responsabilità penale non sempre rassicuranti.

Si registrano, infatti, autentici processi di deformalizzazione delle categorie classiche (causalità, pericolo, posizioni di garanzia, colpa) nella prospettiva di un adattamento, sul piano puramente interpretativo, del sistema penale alla morfologia di fattispecie di danno o di pericolo connotate da trame causali non ancora decodificate dalla scienza²¹.

Se è vero che il diritto penale classico di evento e di pericolo si palesa inadeguato a gestire e controllare le nuove classi di rischio, la sfida posta al diritto penale moderno consiste nell'elaborazione di nuovi modelli normativi di illecito, costruiti sì in base alle peculiarità delle fenomenologie empiriche di riferimento, che siano conformi ai canoni di garanzia costituzionale²², primi fra tutti i principi di legalità (*ex art. 25 Cost.*) e di colpevolezza in termini di personalità della responsabilità penale (*ex art. 27 Cost.*). Ebbene, con specifico riferimento al concetto di causalità penalmente rilevante, trattasi di una *quaestio* da sempre oggetto di accesi contrasti interpretativi e tuttavia, pur nella diversità delle ricostruzioni dogmatiche prospettate dalla scienza penalistica, è possibile ravvisare un denominatore comune nell'ancoraggio della ricostruzione del nesso tra condotta ed evento a criteri di giudizio di caratura nomologica e di natura generalizzante²³.

A tal riguardo, desta non poche perplessità il processo di destrutturazione del tipo causale nei casi di incertezza scientifica che consiste, segnatamente, nella progressiva erosione della struttura normativa della

²⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 310.

²¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., p. 176; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 112; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2005, p. 67.

²² Per una compiuta disamina delle problematiche afferenti al ricorso al principio di precauzione in materia penale ci si riporta integralmente a quanto sostenuto da F. MAZZA, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, op. cit..

²³ O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 634; P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie*, Padova, 2003, p. 32.

fattispecie di evento, con surrettizia trasformazione dell'illecito di danno in un modello di illecito di pura condotta causalmente orientato, che si sostanzia e si esaurisce nella mera trasgressione di un dovere *latu sensu* precauzionale.

Perseguendo tale *modus operandi* l'evento si attegga alla stregua di una condizione obiettiva di punibilità la cui verifica costituisce indice presunto della concretizzazione di un innalzamento del rischio connaturato alla condotta²⁴.

Ecco che allora viene delineata la fisionomia di un nuovo diritto penale orientato verso un indeterminato e generico principio di precauzione destinato ad essere utilizzato quale strumento di stabilizzazione delle istanze di tutela dei consociati, introducendo un “*nuovo modello di illecito fondato non già su ipotesi esplicative e prognostiche, predittive e preventive, bensì connaturato allo scopo di prevenire rischi non ancora stigmatizzati sul piano nomologico, ma percepiti come concreti nelle dinamiche fenomenologiche*”²⁵.

Precipuamente, gli aspetti che vengono in considerazione quando l'accertamento del reato si trova a dover fare i conti con una condizione di incertezza scientifica sono almeno due: uno relativo alla causalità materiale, l'altro relativo alla colpa.

In questa sede preme in particolare concentrarsi sul profilo dell'elemento soggettivo della colpa e ciò a fronte dell'(allarmante) tendenza a introdurre modelli sempre più vicini alla responsabilità oggettiva ovvero senza colpa.

Come noto, nell'ambito della concezione tripartita del reato, la colpa rappresenta il requisito minimo di imputazione soggettiva del fatto di reato all'agente, è il *quid* indefettibile perché possa dirsi rispettata la regola cogente posta dall'art. 27 Cost. che, segnatamente, giustifica la rimproverabilità dell'agente per non avere previsto (ed evitato) ciò che si poteva prevedere (ed evitare).

Il presupposto indefettibile affinché possa parlarsi di responsabilità colposa è rappresentato dalla violazione della c.d. regola cautelare: trattasi di norme di condotta con funzione di orientamento dei comportamenti umani in settori peculiari in cui risulta preminente l'esigenza di tutela dei diritti della persona. Tali regole affondano la propria legittimazione nel binomio prevenzione/pericolo: la regola cautelare impone un codice di comportamento idoneo a minimizzare ovvero evitare il pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dalla norma.

L'accertamento della causalità nella colpa impone poi di effettuare una duplice verifica: valutare in concreto se l'evento verificatosi fosse il medesimo che la regola violata mirava a prevenire (c.d.

²⁴ C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 271.

²⁵ W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, richiamato da F. MAZZA, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, op. cit..

concretizzazione del rischio) e accertare che l'evento fosse effettivamente evitabile mediante l'attuazione del comportamento alternativo lecito imposto dalla cautela.

Si ricorre, pertanto, ad un giudizio controfattuale che si modella sull'accertamento della causalità omissiva: sostituendo, mentalmente, la cautela omessa con il comportamento doveroso, se l'evento concreto viene meno la causalità (sub specie di rilevanza eziologica del comportamento alternativo imposto) è dimostrata.

Ne discende che la responsabilità colposa si fonda sulla prevenzione, intesa come azione diretta ad evitare pericoli prevedibili ed eziologicamente neutralizzabili per mezzo delle cautele imposte dalla normativa violata.

Settore diverso è quello nel quale opera, invece, il principio di precauzione in cui il termine rispetto al quale parametrare la condotta non è un pericolo accertato e acclarato di lesione (anche solo potenziale) del bene bensì il mero "rischio del pericolo" di lesione. Nel giudizio di colpevolezza al binomio prevenzione/pericolo si affianca pertanto quello precauzione/rischio.

Premesso questo brevissimo, ma doveroso *excursus* in materia di accertamento della responsabilità colposa secondo le categorie tradizionali del diritto penale, occorre interrogarsi sulla compatibilità di tale modello di imputazione "tradizionale" con il principio di precauzione.

Il principio di precauzione, operando in ambito di attività umane rispetto alle quali l'attuale stato delle conoscenze scientifiche non consente di escludere, ma nemmeno di affermare, la potenzialità dannosa di un dato fattore, fa vacillare quella distinzione poc'anzi tracciata tra il concetto di "rischio" – che individua una situazione di incertezza allo stato non superabile - e quello di "pericolo" – che designa invece la potenzialità dannosa di un determinato fattore.

E' evidente che, ove la ricostruzione del rapporto causale si scontri con l'assenza di "sicure" leggi di copertura, si corre il rischio di indulgere a pericolose flessibilizzazioni del diritto penale d'evento, rinunciando, in sostanza, agli elementi che meglio caratterizzano il modello della "causalità individuale"²⁶. Si tratta di un'operazione che indubbiamente trova le sue ragioni nella conformazione dei "nuovi rischi" e, in particolare, nella mancata o incompleta conoscenza dei meccanismi di derivazione causale che caratterizza i sempre più avanzati contesti tecnico-scientifici di riferimento, ma che non rappresenta (o almeno non dovrebbe) la veste giuridica di cui si ammantava il modello di comportamento proposto dal precauzionismo.

Eppure il principio di precauzione, quale preteso criterio d'imputazione, è destinato a trovare applicazione nel nostro ordinamento in materia di reati ambientali, soprattutto secondo quanto di recente

²⁶ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.

affermato dalla Suprema Corte in note vicende che hanno visto coinvolti privati gestori di attività rischiose, soprattutto nel settore del petrolchimico.

A titolo esemplificativo, nel noto caso *Porto Marghera*, Giudice di legittimità ha escluso che il principio di precauzione possa trovare diretta applicazione in materia penale, rappresentando piuttosto un criterio che deve orientare l'operato delle pubbliche autorità in determinati settori: “*Semmai sarebbe corretto affermare che il c.d. "principio di precauzione" non ha una diretta efficacia nel diritto penale ma è volto soltanto ad ispirare le pubbliche autorità nelle scelte di regolamentare o vietare l'esercizio di determinate attività quando esista il "sospetto" di una loro pericolosità che però mai ha trovato conferma. Il presupposto per questi interventi è costituito dall'incertezza scientifica sulla dannosità per la persona umana, per es., di una determinata esposizione ad un agente di cui non siano ancora conosciuti gli effetti*²⁷”.

E, tuttavia, nel prosieguo della medesima pronuncia ha affermato che “*le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno natura non di verifica a posteriori della riconducibilità di un evento alla condotta di un uomo ma funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi*”, in tal modo riconoscendo alla “logica del rischio” un ruolo determinante.

Ora, valorizzare le esigenze della precauzione nella ricostruzione e accertamento del nesso causale significherebbe formulare vere e proprie regole cautelari “retroattive” volte a colmare possibili vuoti di responsabilità derivanti dall'incompletezza del sapere scientifico in determinati momenti storici²⁸.

Si assisterebbe, pertanto, all'inammissibile indebolimento di un'autentica architrave della responsabilità per colpa, consistente nella necessaria predeterminazione della regola cautelare, e, dunque, nella sua riconducibilità al momento della condotta.

Significherebbe, in ultimo, affermare che l'agente deve essere chiamato a rispondere di tutte le conseguenze causalmente collegate alla mancata adozione delle cautele necessarie, anche se al momento della condotta non era possibile prevedere gli esiti dannosi o pericolosi derivanti dal mancato compimento dell'azione doverosa²⁹.

²⁷ Cass. Pen. n. 4675/2006, “In tema di delitti colposi, ai fini dell'elemento soggettivo, per potere formalizzare l'addebito colposo, non è sufficiente verificare la violazione della regola cautelare, ma è necessario accertare che tale regola fosse diretta ad evitare proprio il tipo di evento dannoso verificatosi, altrimenti si avrebbe una responsabilità oggettiva giustificata dal mero *versari in re illicita*. Ne consegue che occorre verificare la cosiddetta “concretizzazione del rischio” (“realizzazione del rischio”), che si pone sul versante oggettivo della colpevolezza, come la prevedibilità dell'evento dannoso si pone più specificamente sul versante soggettivo e la relativa valutazione deve prendere in considerazione l'evento in concreto verificatosi per accertare se questa conseguenza dell'agire rientrava tra gli eventi che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire”.

²⁸ A. REGINA, *Colpa ed evento. Nota a margine di Cass. Sez. IV, 17 maggio 2006 (il caso Marghera)* in F. DASSANO e S. VINCIGUERRA (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, p. 728.

²⁹ Per una compiuta disamina della materia si veda D. PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico in Diritto Penale e Processo*, 2008, p. 647.

In tal modo la regola di comportamento da “*cautelare*” diverrebbe “*cautelativa*” e l’unico comportamento alternativo diligente in grado di fronteggiare un rischio così vago si identificherebbe, in definitiva, con l’astensione dallo stesso svolgimento dell’attività³⁰.

Nella previsione e nell’accertamento degli illeciti penali in materia ambientale viene poi attribuita peculiare rilevanza alle Migliori Tecniche Disponibili (MTD) ovvero *Best Available Techniques* (BAT) documenti atti ad individuare, in ossequio alla volontà del legislatore comunitario, i criteri cui attenersi nella scelta delle modalità di produzione potenzialmente inquinanti.

Segnatamente, ai sensi dell’art. 5, co. 1, lett. l. *ter* TUA³¹, le BAT rappresentano le tecniche da adottare in un ciclo di produzione idonee ad assicurare la *migliore* protezione ambientale possibile e che siano, al contempo, *disponibili* in termini di accessibilità a costi ragionevoli.

Le BAT hanno il delicato compito di contribuire alla formazione di quei valori-soglia ovvero limiti (ad esempio di emissione, c.d. VLE, ovvero di inquinanti) assunti come parametri da rispettare nello svolgimento di attività produttive potenzialmente inquinanti³²; rappresentano lo strumento di collegamento tra regole giuridiche e regole tecniche tale da consentire il contemperamento tra le opposte esigenze di produzione e di tutela dell’ambiente cui consegue un parziale sacrificio dei beni giuridici in gioco.

La procedura che porta all’elaborazione delle BAT Conclusions si articola in due fasi: quella del BREF e quella delle vere e proprie BAT Conclusions.

Segnatamente, la prima fase consiste nell’individuare il settore che si intende disciplinare, costituendo un tavolo di esperti che hanno il compito di predisporre il documento BREF, che verrà poi pubblicato e tradotto in tutte le lingue ufficiali dell’Unione. Di poi, nella seconda fase, la Commissione europea svolge la c.d. procedura di comitato, che consiste appunto nel sottoporre al comitato competente (composto dai

³⁰ V. ATTILI, *L’agente-modello, L’agente-modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 1240.

³¹ Che 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 costituire, 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 tenere 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;

³² Ai sensi dell’art. 29 *bis* TUA occorre tener conto delle Conclusioni sulle BAT nel rilascio della c.d. Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), prevista dall’art. 29 *sexies* TUA.

rappresentanti degli Stati membri, industrie interessate e ONG) il progetto di atto esecutivo che dovrà poi essere adottato.

Alla luce delle BAT Conclusions verranno determinati i valori massimi di emissione associati, appunto, alle migliori tecniche disponibili ossia i “*livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili*” o ‘*BAT-AEL: intervalli di livelli di emissione ottenuti 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*”, secondo quanto disposto dall’art. 5, co. 1, lett. 1, ter. 4)³³.

Lumeggiante esempio del ruolo sempre più rilevante assunto dalle BAT nell’individuazione del VLE e delle prescrizioni tecniche a tutela dell’ambiente è rappresentato dal decreto di sequestro preventivo emesso dal Gip del Tribunale di Savona della centrale elettrica di Vado Ligure, gestita dalla società Tirreno Power, per il delitto di disastro colposo, ove viene stigmatizzata, come condotta produttrice di un disastro ambientale e sanitario, quella posta in essere dai gestori degli impianti consistita, segnatamente, nella produzione di emissioni nei limiti consentiti dalle prescrizioni normative allora vigenti e tuttavia di gran lunga superiori alle indicazioni europee cristallizzate nelle BAT di settore non recepite dall’AIA³⁴.

Orbene, se è vero che le BAT, alla luce di quanto sopra rappresentato, concorrono nel definire il parametro di legge (VLE normativamente previsti) ovvero di autorizzazione (le BAT concorrono a stabilire le condizioni per il conseguimento dell’AIA) occorre interrogarsi se e in che termini la violazione delle BAT possa integrare gli elementi costitutivi del delitto di inquinamento ambientale nonostante non vi sia alcuna norma nel nostro ordinamento che abbia ad oggetto la condotta di “*chi non rispetta le BAT*”. Sul punto, non può di certo sottacersi come le BAT rappresentino nell’attuale sistema un elemento destinato a integrare, seppur indirettamente, il precetto dovendo essere assunte per individuare i valori limite di emissione e, più in generale, le condizioni per il rilascio dell’autorizzazione.

Sotto altro pregnante profilo, secondo i più recenti arresti giurisprudenziali, la condotta del gestore che esercita la propria attività di produzione in contrasto con quanto previsto dalle BAT di settore, può essere sussunta nel concetto di “abusivamente” quale elemento costitutivo dei nuovi parametri ambientali introdotti dalla legge n. 68/2015.

³³ Per un’approfondita analisi della rilevanza delle BAT nell’ambito del diritto penale ambientale, si richiama integralmente il contributo di M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2018.

³⁴ M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, op. cit..

3. Il ruolo del principio di precauzione nella definizione del fatto tipico di cui all'art. 452 *bis* c.p.: il significato del termine “abusivamente”.

La fattispecie delittuosa di inquinamento ambientale di cui agli artt. 452 *bis* e 452 *quinquies* c.p.³⁵ sanziona la condotta di colui che “abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili” della matrice ambientale punito, rispettivamente, nella configurazione dolosa ovvero colposa.

Con specifico riguardo all'inquinamento ambientale c.d. colposo quest'ultimo richiede, ai fini della sua configurabilità, la sussistenza della c.d. clausola di anti giuridicità espressa, essendo necessario che la condotta pericolosa venga posta in essere “abusivamente”. Il fulcro del fatto tipico cristallizzato dalla norma risulta pertanto essere la sua connotazione abusiva.

Ebbene, l'abusività potrebbe essere (restrittivamente) intesa come sinonimo di clandestinità, ossia comportamento adottato in assenza di qualsivoglia prescrizione normativa³⁶, ovvero (in termini più estensivi) quale clausola di illegittimità speciale equivalente al termine “illecitamente” o “*contra ius*” ossia posta in essere in violazione della legislazione nazionale, regionale o di prescrizioni amministrative³⁷.

Orbene, se in un primo momento, all'indomani dell'entrata in vigore della novella del 2015, la dottrina era concorde nell'interpretare il termine “abusivamente” nell'accezione di sinonimo di assenza di qualsivoglia titolo autorizzatorio, la giurisprudenza ha ben presto esteso il concetto di abusività non soltanto alle attività *tout court* illegali o non autorizzate, bensì a quelle esercitate in presenza di un titolo illegittimo, scaduto ovvero ancora in caso di superamento dei limiti o in violazione delle prescrizioni normative contenute nel titolo stesso.

Siffatto *modus operandi* risulterebbe corroborato dalla disamina dei lavori parlamentari ove l'avverbio “abusivamente” ha sostituito l'originaria formulazione del testo che attribuiva penale rilevanza agli eventi derivanti da condotte poste in essere in violazione di “disposizioni legislative, regolamentari o amministrative poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale”.

Tale inciso, secondo l'orientamento su richiamato, sarebbe stato eliminato con il precipuo fine di evitare che potessero restare privi di rilevanza penale gli eventi causati da condotte poste in essere nell'esercizio di attività autorizzate e tuttavia gestite in modo non conforme alla normativa vigente.

A fronte di tale linea interpretativa l'orientamento giurisprudenziale oggi dominante ha accolto pertanto una nozione di “abusività” non circoscritta alla sola ipotesi di clandestinità dell'attività, ma tale da

³⁵ Introdotta dalla l. 22 maggio 2015, n. 68, recante “Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente” con la quale il legislatore ha incluso nel Libro II del codice penale il Titolo VI *bis*, contenente numerose fattispecie delittuose volte a tutelare il bene giuridico ambiente nonché la vita e l'incolumità dei singoli consociati.

³⁶ In tal senso, cfr. V. MENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale “abusivo”* in www.lexambiente.it.

³⁷ Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170 e Cass. Pen., Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 15865 e 15 marzo 2017, n. 18934.

ricomprendere i casi di esercizio dell'attività in violazione di prescrizioni dell'autorizzazione o di limiti legali.

La recente giurisprudenza³⁸, aderendo al predetto rigoroso indirizzo giurisprudenziale³⁹ (inizialmente formatosi con specifico riferimento all'art. 260 TUA), ha tuttavia compiuto, da ultimo, un ulteriore passaggio (non esente da critiche), ampliando il concetto di abusività fino a ricomprendervi non soltanto l'inosservanza di una regola di dettaglio normativamente prevista (es. VLE⁴⁰ imposti dal TUA), ma anche la violazione di una regola generale di condotta (MTD/BAT), e finanche il più generico principio di precauzione.

Il concetto di abusività, nella prospettiva di un ampliamento della latitudine applicativa della disposizione, viene in tal modo esteso al punto da includere tra le fonti che delimitano in negativo l'ambito di liceità della condotta, declinandola come abusiva, i principi generali in materia di tutela dell'ambiente, anche laddove questi ultimi non risultino coniugati in specifici precetti, muniti di autonome sanzioni amministrative o penali.

Segnatamente, secondo la giurisprudenza di legittimità, il giudice penale non può prescindere da una verifica in ordine alla legittimità stessa dei provvedimenti autorizzatori che non possono assumere valenza scriminante qualora contengano – è questo il passaggio di maggior interesse – prescrizioni non conformi alla legge in quanto in contrasto con le BAT o MTD – ovvero, più in generale, con il principio di precauzione.

Avuto riguardo alla prima fonte su richiamata (*Best Available Techniques* o *Migliori Tecniche Disponibili*), trattasi di disposizioni dal carattere vincolante che concorrono nel definire gli standards di diligenza, perizia e prudenza da ritenersi adeguati ed esigibili in rapporto all'attività pericolosa posta in essere.

³⁸ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170: “Il requisito dell'abusività della condotta, espresso dall'avverbio abusivamente utilizzato nell'art. 452 bis c.p., va interpretato negli stessi termini del reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lg. 3 aprile 2006 n. 152), ovvero laddove vi sia inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni: il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (attività clandestina) ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime. Va dunque riconosciuto un concetto ampio di condotta abusiva, anche alla luce dei contenuti della direttiva 2008/99/Ce, comprensivo non soltanto di quella posta in essere in violazione delle leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di prescrizioni amministrative”.

³⁹ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. III, n. 21030 del 21 maggio 2015: “il carattere “abusivo” di un'attività organizzata di gestione dei rifiuti è configurabile quando l'attività si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, precisando anche come ciò si verifici non soltanto in totale mancanza di dette autorizzazioni (definendo, in tali casi, l'attività come “clandestina”), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime”.

E ancora, Cass. Pen., Sez. III, 15 ottobre 2013, n. 44449: “In tema di traffico illecito di rifiuti, il requisito dell'abusività della gestione deve essere interpretato in stretta connessione con gli altri elementi tipici della fattispecie, quali la reiterazione della condotta illecita e il dolo specifico d'ingiusto profitto. Ne consegue che la mancanza delle autorizzazioni non costituisce requisito determinante per la configurazione del delitto che, da un lato, può sussistere anche quando la concreta gestione dei rifiuti risulti totalmente difforme dall'attività autorizzata; dall'altro, può risultare insussistente, quando la carenza dell'autorizzazione assuma rilievo puramente formale e non sia causalmente collegata agli altri elementi costitutivi del traffico”.

⁴⁰ Acronimo di Valori Limite Emissioni.

Con riferimento poi al principio di precauzione, quest'ultimo viene interpretato quale *“principio generale e ineludibile in tema di diritto ambientale con portata precettiva (e non solo programmatica) a cui devono attenersi tutti, persone fisiche e giuridiche, pubbliche e private, che richiede l'adozione di tutte le cautele disponibili (fino all'astensione dall'attività) in tutti quei casi in cui esistano obiettive evidenze scientifiche atte a far temere effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dall'Unione europea”*⁴¹.

Particolarmente interessante, al fine di comprendere la *ratio* dei recenti arresti giurisprudenziali in materia di applicazione del principio di precauzione quale fonte su cui parametrare la liceità di un'attività, è il decreto cui si accennava poc'anzi con cui il Gip del Tribunale di Savona ha disposto il sequestro della centrale termoelettrica Tirreno Power.

In quella sede il Giudice, interrogandosi sulla possibilità di concepire *«una responsabilità del gestore, quanto meno a titolo di colpa, nonostante il rispetto dei limiti emissivi previsti dalla legge o in via amministrativa»*, ha affermato che *«se il rispetto dei limiti imposti esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 674 C.P., essendo ammissibile che il legislatore o l'autorità amministrativa imponga ex imperio una soglia di tolleranza, tale presunzione di legittimità può operare solo in relazione ad un disturbo (olfattivo o visivo) transeunte e non certo laddove si verifichi un danno alla salute integrante una lesione personale, o addirittura un decesso, ovvero una pluralità di tali eventi, rientranti nella più ampia nozione di disastro»*. Tanto sul presupposto che *«nessun margine di tolleranza può essere contemplato, nel nostro sistema giuridico, in ordine alla causazione di lesioni, morti o di danno ambientale di dimensioni tali da integrare la nozione di disastro, attesa la posizione preminente da attribuirsi ai beni della salute e dell'ambiente rispetto a quello della libertà delle attività economiche»*.

Sotto altro pregnante profilo, il GIP si sofferma sull'identificazione della condotta alternativa lecita quale presupposto per la configurabilità della condotta colposa, interrogandosi in merito a che cosa avrebbero dovuto fare i gestori di Tirreno Power nelle more dell'adozione dell'AIA., concludendo che questi ultimi *«avrebbero dovuto autolimitare la loro attività, in via prudenziale, alle BAT»*, anticipando cioè l'adozione degli standards europei, formalmente imposti dall'AIA soltanto nel 2012 (...) *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»*.

In altri termini, l'attività esercitata dal Gestore sarebbe *“abusiva”* perché contraria alla *“disciplina ambiente”* genericamente intesa, in presenza di rischi non meglio precisati, in quanto non disciplinati da disposizioni normative ovvero amministrative e che devono essere *“previsti”* dal privato in ossequio al principio di matrice comunitaria.

⁴¹ Tribunale di Savona, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, decreto di sequestro preventivo dell'11 marzo 2014.

L'adesione a tale orientamento presenta tuttavia forti criticità puntualmente evidenziate da autorevole Dottrina⁴² avendo, quale logico corollario, quello di introdurre una sorta di inversione dell'onere della prova a carico dell'indagato sotto il profilo dell'assenza di rischi per l'ambiente all'epoca in cui esercitava l'attività autorizzata, non consentita dal nostro ordinamento in quanto espressione del sistema inquisitorio⁴³.

Perseguendo tale linea interpretativa il gestore privato dovrebbe invero autolimitarsi, individuando autonomamente un rischio e, sempre autonomamente, formulando una regola cautelare da rispettare.

Ma non è forse vero che per poter definire una condotta "abusiva" è necessario comunque che sussista un disvalore nella condotta tale da renderla disapprovabile dall'ordinamento?

Ne discende che il problema da affrontare in tale settore è quello di verificare se il privato possa effettivamente essere ritenuto responsabile della discrasia tra le prescrizioni previste dall'AIA e quelle che avrebbero dovuto essere ivi indicate in ossequio al principio di precauzione.

Tornando alla vicenda che ha visto coinvolta la società Tirreno Power, il Giudice ha assunto le BAT quale parametro diretto di valutazione della condotta dell'agente, ritenendo integrati gli elementi costitutivi della fattispecie del disastro ambientale in quanto le emissioni rilasciate, pur essendo conformi ai limiti imposti *ex lege*, erano di gran lunga superiori alle indicazioni europee.

Le BAT diventano pertanto parametro diretto di responsabilità colposa (in quanto i gestori avrebbero dovuto autolimitare la propria attività alle BAT in ottica prudenziale) e addirittura dolosa (la mancata autolimitazione sarebbe frutto di una precipua scelta gestionale).

Come se non bastasse, la conformità dell'AIA ottenuta dal gestore alle BAT di settore rileva, altresì, in punto di configurabilità dell'evento sanzionato dal reato di cui all'art. 452 *bis* c.p. che consiste nella "compromissione o deterioramento significativo e misurabile" di una matrice ambientale.

Il requisito della c.d. misurabilità dell'evento, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, va inteso come "ciò che è quantitativamente apprezzabile o comunque oggettivamente rilevabile", sicché il metodo di indagine suggerito dal legislatore è basato su parametri scientifici che consentano di valutare, su basi empiriche aventi una certa solidità, quale sia stata la dimensione dell'evento e la latitudine del danno provocato.

Trattandosi di un delitto carente di tassatività, come denunciato già all'indomani dalla sua entrata in vigore da dottrina e giurisprudenza, è fondamentale che il fatto sia valutato anche su dati scientifici che, in

⁴² I. SALVEMME, *Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 maggio 2018.

contesti complessi come quelli delle contaminazioni e delle emissioni di sostanze non normate, possano conferire solidità alla decisione.

Il concetto di misurazione è invero strettamente correlato a quello dei c.d. limiti-soglia pur non essendo quest'ultimi espressamente richiamati dalla disposizione in esame.

Ammettere la sussistenza del delitto a prescindere dalla violazione dei limiti (*rectius*: di regole) genera il rischio di un “*cortocircuito*” della fattispecie in esame, poiché non si comprende come sia possibile cagionare una compromissione/deterioramento “*misurabile*” anche in assenza di limiti imposti dalla legge o da prescrizioni amministrative, laddove è lo stesso art. 452 *bis* c.p. a richiedere che la condotta sia realizzata “*abusivamente*”, e cioè in violazione di leggi o provvedimenti autorizzativi, a meno di propendere per un'immediata precettività dei principi generali, disattendendo così la stessa teoria del “*rischio consentito*”⁴⁴.

Configurare il reato di cui all'art. 452 *bis* c.p. pur in assenza di parametri quali-quantitativi di riferimento fissati dal legislatore significherebbe giungere alla paradossale affermazione secondo cui è possibile cagionare una compromissione/deterioramento “*misurabile*” pur in assenza di indici specifici. Ciò risulta, altresì, in contrasto con quanto sin d'ora sostenuto dalla giurisprudenza secondo cui il nuovo reato di cui all'art. 452 *bis* c.p. presenta un perimetro troppo sfumato tale da lasciare ampi spazi di discrezionalità al giudice sicché, quantomeno, le (poche) indicazioni della non esiguità del danno (significatività) e della consistenza materiale traducibile in termini numerici (misurabilità) devono essere rispettate.

Infine, sotto il profilo dell'elemento soggettivo la recente giurisprudenza, dinnanzi alla totale assenza di una precipua regola cautelare, ritiene di poter formulare il rimprovero ponendo alla base della violazione l'inosservanza del generale principio di precauzione, affermando come quest'ultimo possa derivare non soltanto dalla violazione di prescrizioni normative, ma anche dal mancato ricorso alle BAT di settore ove queste consentano un abbattimento delle emissioni oltre i limiti normativi.

Siffatto *modus argumentandi* presenta criticità degne di approfondimento in punto di rispetto dei principi costituzionali che governano l'accertamento della responsabilità penale.

Invero, pur non disconoscendo l'importanza del principio di precauzione quale espressione dell'esigenza di tutela del bene ambiente, non può di certo sottacersi come parrebbe assai più prudente continuare a interpretarlo come mera indicazione diretta al legislatore e non già all'interprete, unico soggetto deputato a coniugarlo in previsioni normative di dettaglio.

Spetta al legislatore valutare l'opportunità di pretendere un obbligo in capo al gestore di adeguarsi alle nuove BAT ovvero di sollecitare il controllo della Pubblica Amministrazione, disciplinandone le modalità.

⁴⁴ Per la disamina della dottrina prevalente si veda C. MERZI D'ERIL, *L'inquinamento ambientale a tre anni dall'entrata in vigore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 luglio 2018; R. RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016.

4. Principio di precauzione e azione amministrativa alla luce della l. n. 241/90.

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte il principio di precauzione sancito dall'art. 191, par. 2, TFUE ed elevato dalla giurisprudenza comunitaria a principio di carattere generale applicabile nei campi di azione suscettibili di coinvolgere interessi pubblici come la salute e la sicurezza dei consumatori, implica che, qualora dovessero emergere incertezze circa la sussistenza ovvero il livello di rischi per la salute dei consociati, le autorità competenti potrebbero adottare misure protettive senza dover attendere che sia dimostrata in modo compiuto la realtà e la gravità di tali rischi.

Più precisamente, il principio di precauzione riguarda le decisioni da prendere in presenza di pericoli per la salute umana e l'ambiente solo potenziali, purchè vi sia un profilo di rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva.

L'impossibilità di effettuare una valutazione scientifica completa dei rischi non può impedire all'autorità pubblica di adottare misure preventive qualora tali misure appaiano indispensabili in considerazione del livello di rischio per l'ambiente, reputato da tali autorità inaccettabile per la società. A fronte di un rischio non ancora suffragato dalla conoscenza scientifica l'Amministrazione è chiamata ad assumere decisioni in condizioni di incertezza in attesa che la scienza nel tempo faccia il suo corso e fornisca risposte puntuali⁴⁵.

Ne discende che il principio di precauzione rappresenta, nell'ambito del diritto amministrativo, una guida per il legislatore potendo trovare applicazione, entro certi limiti, anche per orientare la P.A. nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale⁴⁶.

Dottrina unanime ritiene che il principio di precauzione espliciti la sua azione nel diritto amministrativo in virtù del richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario ad opera dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 1512: secondo cui *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*⁴⁷.

Siffatto principio riveste pertanto un ruolo fondamentale nell'ambito dell'adozione di provvedimenti amministrativi (per di più restrittivi) a tutela dei beni fondamentali della salute e dell'ambiente quale

⁴⁵ R. GIOVAGNOLI, *Problematiche giuridiche della protezione dell'ambiente*, in www.jusforyou.it.

⁴⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, p. 155.

⁴⁷ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2005.

criterio per l'adozione di decisioni discrezionali dell'Amministrazione in settori caratterizzati da incertezza scientifica⁴⁸.

Alcuni Autori tendono poi ad evidenziare come l'art. 1 l. 241/90 non possa essere invocato per ampliare la portata applicativa del principio di precauzione in ambito nazionale rispetto a quanto previsto dall'ordinamento europeo, trattandosi invero di una norma per effetto della quale viene operato un mero rinvio. Ne discenderebbe che, non essendo la logica precauzionale nell'ordinamento europeo un criterio di attribuzione di poteri amministrativi, anche nel nostro ordinamento non potrebbe derogare al principio di legalità⁴⁹.

In definitiva, sul versante assiologico, la precauzione è volta alla tutela della salute e dell'ambiente (nella prospettiva dello sviluppo sostenibile), tanto nell'ordinamento comunitario, quanto in quello interno⁵⁰. Dal punto di vista soggettivo, nelle materie di competenza dell'Unione, la precauzione per la salute e l'ambiente è obbligatoria per il legislatore e per la P.A., nell'esercizio delle funzioni previste dall'ordinamento (c.d. soggezione della precauzione al principio di legalità).

Nelle materie di competenza dell'ordinamento interno, invece, la precauzione è concepita dal legislatore, tramite il rinvio ai principi generali dell'ordinamento comunitario ex art. 1, c. 1, l. n. 241/1990, quale criterio volto a orientare l'esercizio delle funzioni autoritative della P.A., unitamente agli altri principi di matrice comunitaria.

Nel merito, l'azione preventiva consiste nel prevedere gli effetti dannosi di determinate attività umane disciplinandole ovvero, se del caso, vietandole, al fine di scongiurare il prodursi di effetti pregiudizievoli per l'ambiente e per la salute umana. L'applicazione del principio impone dunque agli organi decisionali o ai gestori di attività rischiose di preferire l'adozione di soluzioni e meccanismi che impediscano o limitino tali effetti prima che essi si producano. Ne discende che il principio di precauzione è strettamente correlato con quello della c.d. responsabilità oggettiva⁵¹.

Viene quindi pacificamente riconosciuto un obbligo generalizzato di prevenire situazioni pericolose per la tutela delle matrici ambientali, gravante su tutti i soggetti, pubblici e privati, nonché su chi realizzi

⁴⁸ F. DE LEONARDIS *Il principio di precauzione*, op. cit., p. 57; A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. BIFULCO e A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, p. 674.

⁴⁹ E. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. 6, p. 1495.

⁵⁰ La prospettiva dello sviluppo sostenibile può considerarsi anche di dimensione costituzionale ex art. 2 Cost.: cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro fra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, p. 273.

⁵¹ In tal senso S. MAGLIA, *Diritto ambientale*, Milano, 2009, p. 27, ove definisce la responsabilità oggettiva come "imputabilità delle conseguenze dannose dell'azione anche in mancanza di prova della colpa", riconoscendole il merito di aver ampliato l'importanza della prevenzione per impedire il verificarsi di eventi dannosi dagli effetti potenzialmente devastanti.

attività potenzialmente contaminanti e per le autorità che vigilano sul rispetto della normativa ambientale; specificamente, è fatto obbligo di intervenire preventivamente non solo nell'ipotesi in cui sussista una minaccia imminente di danno ambientale, ma finanche nel caso in cui vi sia il mero sospetto di tale minaccia: *sic et simpliciter*, il mero sospetto dell'imminenza di una minaccia giustifica l'intervento preventivo⁵².

Ma come si attaglia concretamente il principio di precauzione in materia di tutela ambientale?

Una delle più rilevanti applicazioni del principio dell'azione preventiva è costituita dall'istituto della valutazione dell'impatto ambientale volta a indagare le implicazioni pregiudizievoli per l'ambiente che potrebbero derivare da progetti od opere suscettibili di compromettere le matrici ambientali, anticipando la rappresentazione degli effetti e autorizzando solo quelle attività idonee a produrre conseguenze conoscibili e accettabili⁵³; autorevole dottrina⁵⁴ riconosce poi quali ulteriori strumenti dell'azione preventiva le c.d. astinenze tecnologiche (si pensi, a titolo esemplificativo, alla normativa sull'amianto), le iniziative volte al recupero e al riciclo di materiali ed energia, la normativa in materia di rifiuti⁵⁵.

Secondo autorevole dottrina, atteso che l'assunzione di decisioni da parte della P.A. deve essere fondata su una preliminare valutazione dei dati scientifici di conoscenza e dei presupposti normativi (verifica che attiene alla fase preparatoria del procedimento amministrativo) in ossequio al principio di cui all'art. 97 Cost., la portata innovativa del principio di precauzione si riflette essenzialmente sulla valutazione degli effetti di una decisione di agire o non agire assunta in presenza di un rischio meramente ipotizzato e non ancorato a dati connotati da acclamate conoscenze scientifiche.

Alcuni autori⁵⁶ si sono poi soffermati sulle conseguenze che il ricorso al principio di precauzione può comportare nell'ambito del procedimento amministrativo specificamente ravvisabili:

- 1) nell'inversione dell'onere della prova: l'autorità amministrativa non è tenuta a fornire prova della ritenuta probabilità del verificarsi dell'evento dannoso, essendo sufficiente il mero sospetto del

⁵² F. DE LEONARDIS, *La bonifica ambientale*, in P. DELL'ANNO ed E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II – *Discipline ambientali di settore*, Assago, 2013, p. 312.

⁵³ S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 209, ove l'Autore rappresenta come quasi tutti i procedimenti decisionali in materia ambientale siano ispirati al principio di prevenzione e alla valutazione dei dati scientifici che permettono di stabilire in anticipo se una determinata attività sia in grado di danneggiare o meno le risorse ambientali e i loro equilibri; F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, op. cit., p. 23, in cui l'Autore sottolinea come tutta la sottoposizione a regime autorizzatorio delle principali attività a rilevanza ambientale risulti ispirata al principio di precauzione.

⁵⁴ A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, p. 216, secondo cui "la struttura dell'amministrazione è la precondizione per meglio perseguire l'interesse pubblico (nel caso, ambientale), affidato alla cura del soggetto pubblico. Tale struttura si dovrebbe adeguare alle (e plasmare sulle) peculiarità dell'interesse medesimo".

⁵⁵ P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2018, p. 123; sulla correlazione tra il principio di precauzione e la valutazione di impatto ambientale si veda la pronuncia del TAR Toscana, Firenze, sez. II, 25 maggio 2009, n. 888.

⁵⁶ R. GIOVAGNOLI, *Problematiche giuridiche della protezione dell'ambiente*, op. cit.

- verificarsi dello stesso. L'attività è vietata nonostante l'assenza di prove atte a comprovare la dannosità della condotta; deve essere il privato a dimostrare il contrario; pertanto si capovolge il rapporto tra autorità e libertà di iniziativa economica;
- 2) fisiologica temporaneità del provvedimento e immanente revocabilità in quanto i provvedimenti emessi alla luce del principio di precauzione sono legati all'evoluzione delle conoscenze scientifiche;
 - 3) deficit di legalità sostanziale: nei settori governati dall'incertezza scientifica il legislatore non è in grado di individuare i criteri decisionali che sono così rimessi all'Amministrazione;
 - 4) metodo procedimentale: la fase istruttoria dedicata alla valutazione dei rischi.

La Corte Costituzionale si è occupata soltanto indirettamente del principio di precauzione, pur essendo numerose le sentenze concernenti questioni strettamente connesse con la tematica della precauzione, in peculiari settori quali la tutela della salute, dell'ambiente e dell'ecosistema.

In tali ipotesi tuttavia la Corte ha sovente palesato la propria inclinazione ad adottare una logica precauzionale non appellandosi alla precauzione quale principio cardine del diritto comunitario bensì ancorando la propria decisione al coinvolgimento di valori costituzionali, la cui protezione può risultare vana se non si interviene in via preventiva. Ad esse si aggiungono, il più delle volte in una posizione di conflitto, ulteriori situazioni soggettive di rango costituzionale, suscettibili di esseri comprese dall'applicazione del principio di precauzione (quale la libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*) in tal modo determinando la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali in gioco.

Paradigmatica, al riguardo, è la materia della tutela preventiva contro l'emissione di sostanze pericolose e inquinanti.

La Corte Costituzionale, chiamata a interpretare le norme disciplinanti le suddette emissioni ha fondato le sue ricostruzioni sulla stretta connessione tra tutela dell'ambiente e tutela della salute, quali diritti costituzionalmente garantiti, e ha riconosciuto al diritto di opporsi ad emissioni ritenute intollerabili il carattere di diritto fondamentale, primario ed assoluto, immediatamente azionabile, sia nei confronti dei privati che della Pubblica Amministrazione.

Il problema ruota intorno al concetto di "soglia di tollerabilità" delle emissioni inquinanti, stabilita di volta in volta dal legislatore: la tutela del diritto alla salute giustifica un intervento limitativo della libertà di iniziativa economica privata o dell'erogazione di un servizio nonostante il rispetto dei limiti di emissione stabiliti per legge⁵⁷?

⁵⁷ G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, n.1.

Una importante sentenza della Consulta, la n. 127 del 1990, sembra dare una risposta positiva al quesito sopra delineato: il punto di maggior interesse della pronuncia in esame è invero costituito dall'interpretazione fornita dalla Corte in ordine al concetto di limite di tollerabilità delle emissioni quale presunzione valida fino a prova contraria, consistente in studi scientifici che dimostrino la pericolosità per la salute. Nel caso in specie la Corte ha affermato che anche nelle ipotesi in cui le emissioni inquinanti siano mantenute al di sotto delle soglie di tollerabilità, fissate dal legislatore o dalla Pubblica Amministrazione, ciò nondimeno, qualora sopraggiungano sospetti in merito alla pericolosità per la salute dell'uomo, il giudice può individuare la sussistenza di una violazione del diritto alla salute a fronte di studi scientifici che provino il danno da inquinamento: *"il giudice presume, in linea generale, che i limiti massimi di emissione fissati dall'autorità siano rispettosi della tollerabilità per la salute dell'uomo e per l'ambiente. In ipotesi, però, che seri dubbi sorgano, particolarmente in relazione al verificarsi nella zona di manifestazioni morbose attribuibili all'inquinamento atmosferico, egli ben può disporre indagini scientifiche atte a stabilire la compatibilità del limite massimo delle emissioni con la loro tollerabilità traendone le conseguenze giuridiche del caso"*.

Altro settore in cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto ricorso al principio di precauzione per procedere al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, è rappresentato dall'inquinamento elettromagnetico e la sicurezza alimentare.

In tali ambiti il Giudice amministrativo ha riconosciuto al principio di precauzione il ruolo di strumento volto a garantire maggiore tutela al bene della salute dinanzi all'incertezza che investe la ricostruzione del nesso causale tra il danno alla salute e l'esposizione alle radiazioni elettromagnetiche, assumendo come esistente la situazione più pericolosa per la salute dell'uomo.

L'applicazione del principio di precauzione, pertanto, consente in tale ipotesi di derogare alle previsioni legislative in materia di soglie-limite di emissione, perché ritenute inadeguate rispetto al fine della salvaguardia del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*

Invero, in tutti i settori caratterizzati dall'incessante progresso scientifico-tecnologico, il diritto alla salute è sottoposto ad una minaccia che non è fondata sulla certezza scientifica. In tale prospettiva, una tutela che intervenga prima che si realizzi un danno di grande entità e potenzialmente irreversibile, può essere attuata mediante il principio di precauzione, in virtù del quale sorge in capo alla Pubblica Amministrazione non soltanto un dovere di informazione dei cittadini, diretto a ridurre i rischi legati all'utilizzo del servizio, ma anche un obbligo di predisporre i piani d'azione idonei a riportare le condizioni ambientali e sanitarie nell'ambito delle soglie indicate dal legislatore.

Orbene, se nel nostro ordinamento l'applicabilità del principio di precauzione sembra esigere un previo intervento del legislatore, diversa è la situazione in Francia, laddove la giurisprudenza amministrativa relativa a tale principio risulta interessante sotto diversi profili. In prima luogo, il *Conseil d'Etat* ha

espressamente sancito la sua applicabilità diretta affermando come lo stesso *"si impone ai poteri pubblici e alle autorità amministrative nei rispettivi ambiti di competenza"*.

Tanto nell'ordinamento italiano che in quello francese, il principio di precauzione ha poi una spiccata dimensione pubblicistica e si rivolge principalmente alle autorità amministrative.

In una recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2017, n. 1089, pronunciandosi sul principio di precauzione, afferma come quest'ultimo debba essere applicato a prescindere dall'accertamento del dolo o della colpa: *"se è vero, per un verso, che l'Amministrazione non può imporre, ai privati che non abbiano alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno contestato, lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento, secondo il principio cui si ispira anche la normativa comunitaria — la quale impone al soggetto, che fa correre un rischio di inquinamento, di sostenere i costi della prevenzione o della riparazione — per altro verso la messa in sicurezza del sito costituisce una misura di prevenzione dei danni e rientra, pertanto, nel genus delle precauzioni, unitamente al principio di precauzione vero e proprio e al principio dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente e, non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria, non presuppone affatto l'accertamento del dolo o della colpa"*.

Ancora, secondo TAR Piemonte, sez. I, n. 99 del 22 Gennaio 2018, *"Il principio di precauzione fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione; l'applicazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali. La valutazione di tali rischi deve essere seria e prudentiale, condotta alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, e può anche condurre a non autorizzare l'attività pericolosa nel caso in cui, anche utilizzando le migliori tecniche disponibili, non sia possibile scongiurare con ragionevole certezza l'insorgere di danni per l'ambiente e per la salute umana, soprattutto nei casi in cui sia riscontrabile un'evidente sproporzione tra l'utilità pubblica e privata derivante dall'attività pericolosa e gli effetti potenzialmente disastrosi derivanti dall'ipotetico realizzarsi dei rischi paventati dall'Amministrazione"*.

5. Conclusioni

A fronte delle argomentazioni sopra illustrate, è evidente come l'applicazione del principio di precauzione ponga particolari problemi in materia penale in punto di compatibilità con i principi di offensività e di colpevolezza.

Proprio al fine di ovviare a tali criticità parte della dottrina ritiene che il principio di precauzione possa trovare accoglimento solo nella branca civilistica del nostro ordinamento e non già in quella penalistica

governata dal principio di legalità secondo cui le condotte individuali dalle quali astenersi in quanto idonee a cagionare la lesione del bene giuridico tutelato devono comunque essere definite prima che vengano poste in essere⁵⁸.

Ecco che allora potrebbe essere ritenuto preferibile concepire il principio in esame quale fonte di obbligazioni ed oneri in capo ai soli detentori del potere esecutivo e legislativo.

Sul punto sia sufficiente rappresentare che la natura programmatica dei principi generali impone un'opera di frapposizione normativa del legislatore ovvero della pubblica amministrazione.

Precipuamente, il meccanismo di formazione delle BAT non è rimesso all'auto-normazione dei soggetti privati ma avviene comunque in una sede pubblica e istituzionale, quale è quella della procedura di comitato dell'Unione europea, che si conclude con un atto comunitario.

A fronte della necessaria *interpositio legislatoris* anche un immediato, spontaneo e unilaterale adeguamento degli impianti da parte del gestore deve comunque passare attraverso un procedimento amministrativo di aggiornamento dell'autorizzazione.

Tornando alle pronunce in materia di inquinamento ambientale in cui la giurisprudenza ha ritenuto sussistente la fattispecie di reato sotto il profilo dell'abusività della condotta atteso che l'AIA di cui il gestore era in possesso risultava non aggiornata alle BAT di settore, occorre chiedersi fino a che punto sia possibile considerare le BAT un parametro diretto nel dato normativo extra-penale per la conformazione del comportamento dell'operatore⁵⁹.

L'operazione ermeneutica posta in essere dalla giurisprudenza a sostegno della configurabilità del delitto di inquinamento ambientale, pur quando l'attività esercitata dal gestore sia rispettosa delle prescrizioni indicate nell'AIA, a sua volta conforme alla legge, suscita non poche perplessità ponendosi in contrasto con il principio di legalità sotto il duplice profilo della riserva di legge e di colpevolezza.

Sul punto, potrebbe invero non essere sufficiente richiamare la *"rilevanza primaria dei beni giuridici quali vita, salute e ambiente"* atteso che, secondo il *dictum* della Corte Costituzionale - di recente ribadito nell'ambito della nota vicenda giudiziaria afferente allo stabilimento Ilva - *"Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica. Ciò vale anche con riguardo a valori definiti primari, come l'ambiente e la salute. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi ... Il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato — dal legislatore nella statuizione*

⁵⁸ C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nella società del rischio*, op. cit., p. 1697.

⁵⁹ Basti al riguardo evidenziare come l'art. 29 *nonies* TUA, rubricato *"Modifica degli impianti o variazione del gestore"* preveda espressamente che spetta all'Autorità competente modificare, ove lo ritenga necessario, l'AIA.

delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo — secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Circa il delicato rapporto tra AIA e BAT di settore la Corte Costituzionale ha poi chiarito che le BAT devono essere «disponibili» anche dal punto di vista della loro sostenibilità economica, evidenziando come queste ultime non debbano necessariamente perseguire il massimo risultato ottenibile bensì quello «raggiungibile» in base allo stato di avanzamento tecnico-scientifico e alla «ragionevolezza» economica delle soluzioni da adottarsi.

Con specifico riferimento poi alla tendenza evidenziata della Suprema Corte di ancorare il concetto di abusività della condotta alla violazione non soltanto di precipue regole di diritto positivo bensì al più generico principio di precauzione giova quantomeno interrogarsi sull’opportunità di tale operazione ermeneutica.

Consentire una diretta applicazione giudiziale, facendone addirittura discendere l’abusività della condotta dalla sua inosservanza, implicherebbe l’imprevedibilità del divieto: per definire una condotta abusiva, per affermare cioè che un soggetto stia agendo *contra ius* è necessario che sia configurabile la violazione di una precipua regola cautelare posta a presidio del bene giuridico che la norma violata tende a preservare.

Il disvalore della condotta, ciò che rende disapprovabile un comportamento, è invero la violazione di una regola imposta dal sistema giuridico.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha precisato che *“La regola cautelare, fondata sulla prevedibilità ed evitabilità dell’evento, ha riguardo ai casi in cui la verifica di questo, in presenza della condotta colposa, può ritenersi, se non certa, quanto meno possibile sulla base di elementi di indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità, sia pure solo di consistenza empirica e non scientifica. Essa, invece, non può essere individuata sulla scorta del principio di precauzione, che ha riguardo ai casi per i quali si è rimasti al livello del “sospetto” che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi (in particolare sulla salute dell’uomo) e dunque quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti elementi d’indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare attendibili e concrete previsioni circa il ricorso di eventuali connessioni causali tra la condotta sospetta e gli eventi lesivi”⁶⁰.*

Il principio di precauzione non può fondare un’autonoma posizione di garanzia in capo ai privati né tanto meno può concorrere a fondare un rimprovero a titolo di colpa.

L’unica declinazione specifica che può essere riconosciuta ai sensi dell’art. 301 TUA è l’obbligo di informativa di cui al comma 3 della suddetta disposizione previsto per l’adozione di eventuali misure

⁶⁰ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, n. 12478 del 2015.

ministeriali di prevenzione allorché si riscontri un rischio che comunque deve essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva.

Più precisamente, l'unico contenuto positivo che può essere riconosciuto al principio di precauzione è quello di introdurre in capo ai privati l'onere di sollecitare le Autorità Pubbliche competenti ove ravvisino l'esigenza di regolamentare un rischio non ancora disciplinato da disposizioni normative: dare impulso alle Autorità Pubbliche competenti di introdurre, ad esempio, precise disposizioni in seno all'AIA volte a contenere le emissioni diffuse di sostanze non normate.

Parte della dottrina evidenzia l'opportunità di accogliere il principio di precauzione nella sola braca civilistica e ciò nonostante la possibilità di configurare una responsabilità in assenza della prevedibilità del danno e dunque della effettiva rimproverabilità da un punto di vista soggettivo dell'agente⁶¹.

Viceversa in materia penale, il principio di precauzione potrebbe risultare strutturalmente incompatibile: il principio di legalità impone che le condotte individuali dalle quali astenersi siano definite prima che esse vengano poste in essere. La responsabilità per il rischio, al contrario, richiederebbe ai soggetti agenti di rispondere per tutte e conseguenze lesive ascrivibili al generico obbligo di contenimento del rischio.

Siffatta logica si attaglia, probabilmente, al diritto civile, ma non certamente a quello penale: Autorevole dottrina, invero, ha evidenziato la peculiarità del diritto penale rispetto a quello civile e la compatibilità con quest'ultimo di una responsabilità "senza colpa" viceversa contrastante con i principi in materia penale⁶².

Sotto altro pregnante profilo, è stato altresì criticata la possibilità di ricavare dal principio di precauzione una regola cautelare la cui violazione sarebbe riconducibile allo schema della "colpa per assunzione": il soggetto avrebbe l'obbligo di astenersi dallo svolgimento di una determinata attività ogni qual volta sussista il sospetto del rischio di lesione di un bene giuridico primario non altrimenti gestibile da parte dell'agente. In tal modo la colpa per assunzione verrebbe ridotta ad un'ipotesi di colpa generica legata ad un concetto di pericolo troppo esteso con tutte le criticità ravvisabili in un modello della responsabilità per rischio⁶³.

In tale ottica è oggi imprescindibile l'intervento del legislatore il quale dovrà declinare il principio di prevenzione in regole cautelari di volta in volta elaborate in relazione ai singoli beni giuridici e alle reali esigenze degli operatori, unitamente all'analisi della gestione del rischio.

⁶¹ I. SALVEMME, *Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente*, op. cit.

⁶² G. FORTE, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006.

⁶³ MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in F. DASSANO e S. VINCIGUERRA (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, op.cit., p. 513.



Un prezioso ausilio per procedere alla formulazione di nuove regole a presidio dei beni fondamentali può di certo essere rinvenuto nella Comunicazione della Commissione europea del 2000 summenzionata ove la Commissione palesa la sua volontà di *“seguire procedure quanto più possibile trasparenti e di coinvolgere, in una fase quanto più possibile precoce, tutte le parti interessate [3]. Ciò consentirà ai responsabili di adottare misure legittime in grado di realizzare il livello prescelto di protezione sanitaria o ambientale”*.

Presupposto imprescindibile di uno Stato di diritto è invero la democratizzazione nella costruzione delle regole cautelari sulle quali ancorare un eventuale giudizio di colpevolezza in ottemperanza ai principi costituzionali che governano la materia penale.