



La Cassazione affronta il tema dell'astratta configurabilità della responsabilità penale

## I funzionari dell'ARPA hanno l'obbligo di impedire il "reato ambientale altrui"?

Con la sentenza 1° febbraio 2011, n. 3634, la III sezione penale della Corte di Cassazione ha affrontato il tema dei doveri e poteri impeditivi che gravano sui funzionari dell'Agenzia regionale per l'ambiente in relazione ai reati in tema di rifiuti commessi da altri soggetti. Riconoscendo in capo ai primi una "posizione di garanzia", in base all'art. 196, D.Lgs. n. 152/2006, la Corte ha individuato, a loro carico, un'astratta responsabilità penale per mancato impedimento dell'evento fondata sulla equivalenza che l'art. 40, comma 2, c.p. stabilisce fra il «non impedire un evento, che si l'obbligo giuridico di impedire», e il «cagionarlo».

- di **Angelo Merlin**, avvocato penalista, SINTHEMA Professionisti Associati, vice-presidente ASSORECA



Il testo integrale della sentenza della Cassazione penale, sez. III, 1° febbraio 2011 (c.c. 15 dicembre 2010), n. 3634, è disponibile nella sezione "Documentazione integrativa" del sito

[www.ambientesicurezza.ilsole24ore.com](http://www.ambientesicurezza.ilsole24ore.com)

Con la sentenza 1° febbraio 2011, n. 3634, la III sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato l'**astratta configurabilità della responsabilità penale** in capo a un dirigente e a un funzionario dell'ARPA Friuli Venezia Giulia, ex art. 40 comma 2, c.p., per i reati di gestione illecita di rifiuti e traffico organizzato di rifiuti commessi da altri soggetti.

La decisione attiene a una richiesta formulata dal pubblico ministero, in sede di indagini preliminari, che aveva chiesto per i due funzionari la misura cautelare della sospensione temporanea dal pubblico ufficio in quanto «consapevoli della esistenza di rifiuti ospedalieri sul sito da bonificare, sia perché portati a conoscenza della loro esistenza telefonicamente e tramite comunicazione scritta da parte dell'azienda ospedaliera, sia per averne constatata la presenza in sito e sulla base della documentazione fotografica, non procedevano ad alcun controllo sostanziale sulle operazioni di rimo-

zione e smaltimento dei rifiuti, e, quindi, non impedivano che gli stessi fossero gestiti da semplici terre, consentendone il conferimento con il codice errato in discarica non autorizzata» (si veda l'imputazione contenuta nella parte "In fatto" della sentenza).

Censurando la contraria decisione del Tribunale del riesame la Corte ha individuato nell'art. 196, D.Lgs. n. 152/2006, la norma giuridica che fonda - per i funzionari dell'ARPA - l'obbligo dell'impedimento del reato ambientale commesso da altri soggetti.

È opportuno dire, sin da subito, che la fonte giuridica dell'obbligo potrebbe essere più correttamente radicata nell'art. 197, D.Lgs. n. 152/2006, che assegna alla competenza delle province le funzioni di «controllo periodico su tutte le attività di gestione, intermediazione e di commercio dei rifiuti, ivi compreso l'accertamento delle violazioni di cui alla parte quarta del decreto» e che, per questa attività, si possono avvalere delle Agenzie regionale per la



protezione dell'ambiente (ARPA). Nell'ambito di queste funzioni, i dipendenti dell'ARPA sono, ai sensi del comma 3 del succitato art. 197, «*autorizzati ad effettuare ispezioni, verifiche e prelievi di campioni all'interno di stabilimenti, impianti ed imprese che producono o che svolgono attività di gestione dei rifiuti*».

Nell'esaminare la decisione della Cassazione è necessario, anzitutto, chiedersi se sia ammissibile la configurabilità del reato contestato per il tramite del II capoverso dell'art. 40, c.p., che sancisce la cosiddetta "clausola di equivalenza" («*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*») e, quindi, stabilire se i funzionari dell'ARPA siano titolari, rispetto ai beni giuridici in esame (ambiente), di una posizione di garanzia derivante dalla legge che comporti, per gli stessi, un dovere giuridico di attivarsi.

### La posizione di garanzia

Nel caso di specie, l'accusa formulata con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero è caratterizzata, dal punto di vista oggettivo, dalla condotta omissiva di cui sopra e, quindi, il processo causale è identificato in quella clausola estensiva della tipicità oggettiva costituita dal secondo comma dell'art. 40, c.p. («*reato omissivo improprio*»).

È opportuno, pertanto, ricordare che per attribuire a una condotta omissiva umana una efficacia casuale, è necessario che l'agente abbia in capo a sé la cosiddetta "posizione di garanzia" e che cioè, **in ragione della sua prossimità con il bene da tutelare, sia titolare di poteri e obblighi che gli consentono di attivarsi onde evitare la lesione o messa in pericolo del bene giuridico la cui integrità egli deve garantire** (comma 2 dell'art. 40 c.p.: «*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*»).

La *ratio* della disposizione va ricercata nell'intenzione dell'ordinamento di assicurare a determinati beni giuridici una tutela rafforzata, attribuendo ad altri soggetti, diversi dall'interessato, l'obbligo di evitarne la lesione e ciò perché il titolare non ha il completo dominio delle situazioni che potrebbero mettere a rischio l'integrità dei suoi beni.

Poiché l'obbligo di impedimento concorre alla individuazione del fatto tipico, la ricerca della posizione di garanzia deve tenere conto

delle esigenze del rispetto del principio di legalità.

Questa esigenza viene talora garantita attraverso il richiamo a norme di contenuto generale, quali ad esempio l'art. 2043, c.c. (che codifica il principio del "*neminem laedere*", ovvero del "non offendere nessuno"), o l'art. 2087 c.c. (che fa gravare sul datore di lavoro il generale obbligo di sicurezza a favore dei lavoratori), lasciando poi al giudice il compito di concretizzare gli obblighi specifici; talvolta, l'individuazione della posizione di garanzia viene affidata alla normazione secondaria, che spesso prevede norme di comportamento contenenti specifici obblighi.

### L'obbligo di impedire l'evento rilevante

Il tema dell'obbligo di impedire l'evento rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p. è oggetto di un dibattito imponente e di lunghissimo corso, nel cui ambito sono state costruite diverse elaborazioni teoriche:

- secondo una teoria cosiddetta "**formale**", la fonte dell'obbligo giuridico andrebbe ricercata nella legge (penale o extrapenale, con l'aggiunta della consuetudine) o nel contratto, ovvero in una precedente azione pericolosa che impone di attivarsi per eliminare la situazione di pericolo creata. Questa teoria, la più antica, costituisce la base della tradizione giuridica italiana ed esprime il punto di vista del liberismo giuridico classico, che concepisce l'ordinamento penale come un sistema fondato, precipuamente, su divieti. Ne consegue che, poiché l'imputazione causale per omissione di una condotta doverosa costituisce una eccezione, è necessario che l'obbligo giuridico di agire trovi fondamento in una fonte giuridica formale. Questa tesi, pur ineccepibile dal punto di vista formale, comporta invero numerosi inconvenienti:

- da un lato, restringe notevolmente il campo di applicabilità dell'obbligo di garanzia, che, secondo la ricostruzione prospettata, può scaturire solo da ben determinate fonti;

- dall'altro, il criterio analizzato risulta addirittura sovrabbondante ogniqualvolta l'obbligo stabilito dalla legge sia posto a tutela di un bene differente da quello concretamente leso; in particolare, in una



fattispecie siffatta verrebbe tradito il principio del diritto penale come *extrema ratio*;

- le insufficienze della teoria formale hanno incoraggiato lo sviluppo di una differente elaborazione sostanzialistico-funzionale che non fa più leva tanto sui profili formali quanto piuttosto sulla funzione dell'imputazione per omissione, connessa all'esigenza di natura solidaristica di tutela di beni giuridici, attraverso l'individuazione di un soggetto gravato dal ruolo di garante della loro protezione.

Secondo questa teoria, cosiddetta "*funzionale*", superando il dogma della giuridicità della fonte degli obblighi di garanzia, vi sarebbero dei criteri di identificazione di natura materiale desumibili dalle specifiche funzioni in concreto svolte dall'agente, titolare di un potere di signoria sulle condizioni essenziali per il verificarsi dell'evento. In questa ipotesi, la "copertura" normativa viene garantita da norme di contenuto generale, quali l'art. 2 («*Doveri di solidarietà sociale*») o l'art. 32, Costituzione («*Tutela della salute*»);

- tuttavia, proprio l'abbandono del criterio formale ha messo in luce una inevitabile vaghezza delle diverse costruzioni, che presentano criteri di individuazione degli obblighi di garanzia assai differenziati. Questa costruzione ha mostrato un rapporto di **tensione con i principi di legalità e di tassatività** a causa dell'inidoneità a circoscrivere l'imputazione per omissione entro confini sufficientemente precisi. Solo una norma di legge può, dunque, prevedere posizioni di garanzia in capo ai consociati, non essendo configurabile un generico obbligo, all'occorrenza, di attivarsi per evitare l'evento. Ha, quindi, preso corpo una concezione che può essere definita "*mista*", oggi prevalente, che, integrando le due precedenti, pretende che:

- la fonte dell'obbligo sia legislativamente determinata, salva la possibilità meramente integrativa della normazione secondaria;

- la fonte possa anche essere rinvenuta nel contratto in ragione del richiamo all'art. 1372, c.c. («*Il contratto ha forza di legge tra le parti*»);

- l'obbligo sia destinato finalisticamente a proteggere e impedire l'evento lesivo.

Riassumendo, affinché nasca una posizione di garanzia, è necessario che:

- vi sia un bene giuridico che necessiti di protezione e che da solo il titolare non è in grado di proteggere;
- una fonte giuridica (anche negoziale) abbia la finalità della sua tutela;
- questo obbligo gravi su una o più specifiche persone;
- queste ultime siano dotate di poteri impeditivi della lesione del bene che hanno «*preso in carico*».

Quindi, i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari **poteri impeditivi** degli eventi dannosi, che, sulla base della specifica situazione concreta, devono essere **concretamente esigibili**.

## La sentenza

1° febbraio 2011, n. 3634

Su questo sopra analizzato, la recente giurisprudenza ha affermato che **un soggetto è titolare di una posizione di garanzia, se ha la possibilità, con la sua condotta attiva di influenzare il decorso degli eventi indirizzandoli verso uno sviluppo atto ad impedire la lesione del bene giuridico da lui preso in carico**<sup>1)</sup>.

Nella sentenza della Cassazione penale n. 3634/2011, i giudici hanno riconosciuto che i due funzionari dell'ARPA disponevano dei poteri impeditivi dell'evento, in quanto non hanno eseguito - durante le operazioni di rimozione dei rifiuti - o non hanno fatto eseguire, il controllo che avevano l'obbligo giuridico di operare (ai sensi dell'art. 197, comma 3, D.Lgs. n. 152/2006), **avendo contezza** (a seguito di segnalazioni telefoniche, comunicazioni scritte e documentazione fotografica) **dell'attività posta in essere dai soggetti che procedevano alla gestione illecita dei rifiuti**. Obbligo giuridico di operare che, se-

1) Si veda la sentenza della Cassazione penale, sez. IV, 3 maggio 2010 (ud. 11 marzo 2010), n. 16761 e Cassazione penale, sez. IV, 4 novembre 2010 (ud. 10 settembre 2010), n. 38991.



guendo il ragionamento della Corte, si potrebbe ricavare anche dalle disposizioni della legge regionale del Friuli Venezia Giulia 3 marzo 1988, n. 6, che, all'art. 2 comma 1, assegna all'agenzia regionale per la protezione dell'ambiente «l'esercizio delle funzioni e delle attività tecniche per la vigilanza e il controllo ambientale» e, all'art. 16, ne specifica i poteri anche in relazione alla eventuale qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria dei relativi funzionari.

La sentenza, però, non ha affrontato il tema in relazione alla eventuale qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria dei funzionari ARPA che, se investiti di questa funzione, avrebbero i poteri e i doveri previsti dall'art. 55 c.p.p., tra i quali:

- l'impedimento delle conseguenze ulteriori dei reati di cui siano venuti a conoscenza;
- la ricerca dei relativi autori;
- il compimento degli atti necessari per assicurare le fonti di prova.

Si segnala, sempre in relazione a ipotesi di responsabilità omissiva nel campo della tutela ambientale, che qualche mese prima della decisione in commento, la Suprema Corte<sup>2)</sup> aveva confermato la correttezza della decisione della Corte d'Appello che configurava una specifica posizione di garanzia nella figura del vicepresidente di una delle sezioni regionali dell'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti, il quale, pur nella consapevole situazione di totale illegalità in cui versava una azienda, non era intervenuto per sospendere o revocare l'iscrizione all'Albo della medesima.

Secondo la Suprema Corte, una corretta valutazione delle risultanze processuali attestava che la condotta omissiva del suddetto vicepresidente ebbe una incidenza determi-

nante per consentire all'azienda di gestire abusivamente ingenti quantità di rifiuti.

## Conclusioni

Le questioni affrontate dalla sentenza in commento sono estremamente delicate e, seppur tentino di raggiungere sul piano concettuale un equilibrio fra le ragioni formali della legalità e quelle funzionali della solidarietà<sup>3)</sup>, rimane sempre critica l'applicazione della clausola di equivalenza quando, come nel caso di specie, viene citata una generica norma extrapenale (l'art. 196 o, meglio, l'art. 197 del D.Lgs. n. 152/2006) che, però, **non contiene** la «finalizzazione impeditiva penalmente rilevante» con un evidente limite rispetto alle esigenze di tassatività e determinatezza della fattispecie contestata.

Il problema di una costruzione dei doveri di garanzia conforme ai principi costituzionali di legalità e di personalità della responsabilità penale è stato, peraltro, denunciato con vigore dalla dottrina italiana<sup>4)</sup>.

L'analisi della disciplina italiana del reato omissivo improprio pone «un'alternativa inquietante: o la posizione di garanzia, che è elemento costitutivo dei reati omissivi impropri, non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio di riserva di legge, o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione, e allora è violato il principio di determinatezza», tanto più se si considera che la norma penalistica di riferimento, l'art. 40, II capoverso, c.p., «sorgola del tutto sulla tipologia delle fonti rilevanti per la nascita della posizione di garante». La regolamentazione attuale «non consente alcuna certezza» e rappresenta «uno dei casi più clamorosi di creazione giudiziale delle fattispecie penali»<sup>5)</sup>.

Questo andrà tenuto costantemente in considerazione dalla giurisprudenza, che dovrà,

2) Si veda la sentenza della Cassazione penale, sez. III, 19 ottobre 2010, n. 37194.

3) Si veda la sentenza della Cassazione penale, sez. III, 16 dicembre 2009, n. 2390 la quale ha affermato «a fondamento del meccanismo di responsabilità ex art. 40 cpv. cp., sta la necessità, riconosciuta dall'ordinamento, di assicurare a determinati beni una tutela rafforzata, in considerazione della incapacità - totale o parziale - dei rispettivi titolari di proteggerli adeguatamente, cosicché l'attribuzione della specifica posizione di garanzia a taluni soggetti, diversi dai titolari, ha come scopo quello di riequilibrare la situazione di inferiorità di questi ultimi».

4) Si veda G. Marini, Lineamenti del sistema penale, Torino, 1993, pag. 349 che così conclude: «unico dato sul quale fondare l'individuazione di un'omissione idonea a costituire il primo termine di un rapporto causale sboccante nell'evento dannoso o pericolo è quello costituito dalla pregressa esistenza di un dovere di attivarsi, per impedire la verifica, discendente da una fonte ammessa dai principi di riserva di legge e di stretta legalità e solo da questa. In mancanza di tale requisito la condotta omissiva del soggetto deve ritenersi irrilevante».

5) M. Romano, Commentario sistematico del codice penale, I, Art. 1-84, Giuffrè, 1987, pag. 340.



pertanto, ispirarsi, in questi casi, a grande cautela mentre, sul terreno di una possibile riforma normativa, è certamente condivisibile l'auspicio di chi propone una regolamentazione espressa delle singole posizioni di garanzia, mediante l'applicazione dei beni tutelabili e del tipo di offese al cui impedimento il garante è tenuto<sup>[6]</sup>.

L'esigenza di un maggior radicamento formale dei presupposti fondanti la penale rilevanza dell'omissione è stata elevata a specifico obiettivo da parte delle Commissioni ministeriali di riforma del codice penale, il

cui proposito, per diffuso riconoscimento, è di assicurare un «forte recupero di tassatività nell'individuazione degli obblighi impeditivi», procedendo, tra l'altro, alla «tipizzazione delle singole posizioni di garanzia ed all'indicazione, in relazione a ciascuna di esse, dei beni da proteggere e, conseguentemente, degli eventi da impedire», al fine di attribuire «alla legge penale il ruolo esclusivo di fonte costitutiva degli obblighi impeditivi, lasciandosi invece alla legge extrapenale la veste residua di fonte di disciplina delle singole posizioni di garanzia tipizzate»<sup>[7]</sup>. ●

- 6) Si veda Annalisa Boido, Le posizioni di garanzia, in Commentario sistematico al codice penale, tomo primo, Zanichelli, 2007, pag. 318 e Francesco Centonze, Controlli societari e responsabilità penale, Giuffrè, 2009, pag. 447.  
7) Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale - Parte generale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, pag. 592.

## PROFESSIONI TECNICHE

# NUOVA EDIZIONE

# RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI PREVENZIONE E PROTEZIONE

autore: P. Masciocchi

Il Testo Unico della sicurezza sul lavoro, ha introdotto, per gli addetti e i responsabili del sistema della sicurezza, una serie di compiti di natura organizzativa, gestionale, informativa e formativa con l'obiettivo di coadiuvare il datore di lavoro nell'assolvimento dei propri obblighi. Il Software book Responsabile del servizio prevenzione e protezione, per ogni adempimento previsto dalla legge in materia di sicurezza sul lavoro, mette a disposizione una scheda di sintesi che indica cosa fare, i soggetti aziendali coinvolti, la modulistica per operare e indica le sanzioni previste dalla legge in caso di inadempimento. Iperlink ad approfondimenti chiariranno gli aspetti più controversi di ciascun punto. Completano la banca dati una check-list di verifica, il corso di formazione (con i test di entrata e di verifica) e un software per il calcolo del compenso professionale per la valutazione del rischio.

Pagg. 280 – € 79,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.  
Trova quella più vicina all'indirizzo [www.librerie.ilssole24ore.com](http://www.librerie.ilssole24ore.com)

GRUPPO24ORE