

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

DON'T LOOK UP: LE RISPOSTE DEL DIRITTO PENALE ALLA CRISI CLIMATICA^(*)

di Adán Nieto Martín

Il lavoro affronta la risposta del diritto penale al fenomeno del cambiamento climatico, distinguendo innanzitutto tra clima e ambiente come bene giuridico tutelato. Il diritto penale climatico, ricalcando tale distinzione, presenta una fisionomia diversa e risulta indipendente dal diritto penale ambientale. A partire da questa premessa, si esaminano due possibili modelli per l'elaborazione di un diritto penale del clima. Da una parte, quello che si costruirebbe in maniera accessoria seguendo la legislazione sul clima. Dall'altra, quello formulato sulla base dell'impatto del cambiamento climatico sui diritti umani.

SOMMARIO: 1. I molteplici volti del diritto penale internazionale dell'ambiente. – 2. Ambiente e clima: due beni giuridici differenti. – 3. Regolamentazione giuridica del clima e diritto penale climatico. – 3.1. Il diritto penale del mercato dei gas a effetto serra. – 3.2. Il diritto penale del clima basato sulla neutralità climatica. – 4. Un approccio alternativo: la protezione del clima attraverso il diritto penale economico dei diritti umani. – 4.1. Una via impraticabile: il diritto penale internazionale. – 4.2. Obblighi di *due diligence* e *Greenwashing*. – 5. Conclusioni: il futuro dell'internazionalizzazione del diritto penale ambientale.

1. I molteplici volti del diritto penale internazionale dell'ambiente.

Un decennio fa pubblicavo un articolo a sostegno della creazione di un diritto penale internazionale dell'ambiente¹. Da allora, le prove del cambiamento climatico causato dall'uomo hanno continuato ad aumentare. Ad un ritmo forse minore, ma in ogni caso considerabile, lo ha fatto anche il dibattito giuspenalistico, incentrato principalmente sulla creazione di un crimine di ecicidio².

^(*) Traduzione di Francesco Rossi (ricercatore postdoc, *Universidad Carlos III de Madrid*).

¹ Cfr. Adán NIETO MARTÍN., Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 16, 2012, p. 137 ss. (=Éléments pour un droit international pénal de l'environnement, *Revue du Science Penal et Criminel*, Janvier/Mars 2012, n° 1).

² A partire dalla pubblicazione del mio lavoro citato nella nota precedente, dove si può ritrovare la bibliografia precedente, si vedano i diversi contributi dottrinali per la costruzione di un crimine di ecicidio, Libia ARENAL LORA, El crimen internacional del ecicidio: respuesta normativa al problema global del cambio climático, en Francisco ZAMORA CABOT ET AL. (eds.), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 151-166; Martin CROOK-Damien SHORT, Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus, *International Journal of Human Rights*, 2014, pp. 298-319; Rosario DE VICENTE MARTINEZ, Hacia un Derecho

Sul piano legislativo, la Francia ha introdotto recentemente una fattispecie con tale denominazione nel suo Codice penale, unendosi alla ormai lunga lista di Paesi che pretendono fare un passo avanti nella protezione dell'ambiente³. Nello stesso senso, la UE sta preparando una riforma della sua Direttiva relativa alla protezione penale dell'ambiente, al fine di incrementarne l'efficacia, e il Parlamento Europeo in un recente *policy paper* sollecita l'introduzione di un crimine di ecicidio, nonché l'internazionalizzazione della politica criminale nella materia in questione⁴. Lo scopo del presente lavoro è quello di contribuire ulteriormente allo sviluppo del dibattito per dimostrare la necessità di un diritto penale del clima che integri il diritto penale

penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecicidio, in Eduardo DEMETRIO CRESPO/ Adán NIETO MARTIN, Derecho penal económico y Derechos humanos, Tirant lo Blanch, 201, pp.; Marco Colacurci, Il "Tribunale Monsanto": le imprese transnazionali dinanzi alla responsabilità per ecicidio, *Jus*, 2018, pp. 145-166; Emanuela FRONZA, Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecicidio, *La legislazione penale*, 17 marzo 2021, pp. 1-15; A. GARCIA RUIZ, Del Ecicidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica, *REDPC* 20-11, 2018, p. 8 ss; Anastasia Greene "The campaign to make ecocide an international crime: quixotic quest or moral imperative?", *Fordham Environmental Law Review*, 2019, pp. 1-48; Dominik HOTZ, Gwym MacCarrick/Jackson MAOGOTO, The significance of the International Monsanto Tribunal's Findings with respect to the Nascent Crime of Ecocide, *Texas Environmental Law Journal*, 2018, pp. 217-237; Saloni Malhotra, The international crime that could have been but never was: an English school perspective on the ecocide law, *Amsterdam Law Forum*, 2017, pp. 49-70; Frederic Mégret, The Case for a General International Crime against the Environment", *SSRN Electronic Journal*, 3 aprile 2010, pp. 1-16; Sailesh Mehta/Priscam Merz, Ecocide – a new crime against peace?, *Environmental Law Review*, pp. 3-7; Rosemary Mwanza, Enhancing accountability for environmental damage under international law: ecocide as a legal fulfillment of ecological integrity, *Melbourne Journal of International Law*, 2018, pp. 586-613; Lorenzo Natali/Rob White, The ecocide-genocide nexus: a green criminology perspective, *Rassegna Italiana di Criminologia*, pp. 186-195; Adán NIETO MARTIN, El Derecho penal del cambio climático, in Miguel GARCIA CONLLEDO et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego Luzón Peña*, Editorial Reus, 2021, pp. (= *Jueces Para la Democracia*, n° 98, 2020); Adán NIETO MARTIN La conformación de la clausula umbral en el delito de ecicidio, in Francisco ZAMORA CABOT et al. (eds.), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 131-151; Prokeino, Margita, Blazek, Radovan (2020): "Will Ecocide Become and International Crime?", *Archivio Penale*, 30 aprile 2020, pp. 1-26; P. SERRA PAOLO, Ecicidio: la odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. X, 2019, p. 1 ss; Sieders, Liemertje Julia, "The battle of realities: the case for and against the inclusion of 'Ecocide' in the ICC Rome Statute", in Espinoza de Los Monteros de la Parra, Manuel, Gullo, Antonio, Mazzacava Francesco (eds.), *The Criminal Law Protection of our Common Home. 7th AIDP Symposium for Young Penalists, Rome, Italy, 11-12 November 2019* (Antwerpen, Revue Internationale de Droit Pénal), 2020, pp. 29-51.

In aggiunta alla produzione accademica, sono altresì emerse numerose proposte dottrinali *de lege ferenda*, quali quella di Polly HIGGINS, i cui sviluppi sono rintracciabili in Gauger, Anja, Rabatel-Fernel, Mai Pouye, Kulbicki, Louise, Short, Damien, Higgins, Polly (2013): *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace* (London, Human Rights Consortium); Higgins, Polly, Short, Damien, South, Nigel (2013): "Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide", *Crime, Law and Social Change*, pp. 251-266; quella di Laurent NEYRET e del suo gruppo di lavoro, di cui ho fatto parte. Si veda Neyret, Laurent (ed.), *Des écocrimmes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement* (Bruxelles, Bruylant), 2015); infine, tra le più recenti, la proposta della fondazione STOP ECOCIDE, diretta da Philip SANDS. Cfr. Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary June, 2021 (<https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+F>).

³ Si può trovare una raccolta di testi legislativi in Ecocide Law (<https://ecocidelaw.com>).

⁴ P9_TA (2021) 0259. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2021 sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali, (2020/2027 (INI)).

internazionale dell'ambiente. In altre parole, il dibattito sul reato di ecicidio è assolutamente necessario e pertinente, ma la sua funzione risiede nella protezione degli elementi che compongono l'ambiente di fronte ad attacchi sistematici e generalizzati, non nella protezione del clima. Clima e ambiente rappresentano due beni giuridici differenti, i quali richiedono una tutela giuridica differenziata (v. 2)⁵.

Le differenze tra ambiente e clima risultano particolarmente chiare quando si guarda al modo in cui altre branche del diritto nazionale e internazionale affrontano entrambe le questioni. La regolamentazione globale e domestica del clima è molto diversa da quella dell'ambiente. Essa vede la sua origine nella Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono del 1985 e nel suo Protocollo di Montreal, l'unico strumento delle Nazioni Unite universalmente ratificato⁶, però soprattutto nella Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992, successivamente completata da diversi accordi. In primo luogo, l'accordo di Kyoto del 1997 condusse alla creazione del mercato dei gas a effetto serra, il quale, in seguito alla sua definitiva internazionalizzazione nel 2008, costituisce uno dei mercati globali in maggiore espansione. Attraverso il cosiddetto sistema di *cap and trade*, furono limitate le emissioni di gas degli Stati e delle imprese firmatarie dell'accordo di Kyoto e si crearono le quote di emissione e i crediti di riduzione, che possono essere oggetto di transazioni commerciali ed essere compensati tra loro. La Direttiva 2003/87, che istituisce un regime per il commercio di diritti di emissione di gas a effetto serra nell'Unione, costituisce la pietra angolare della politica climatica UE⁷.

⁵ Su questo punto è stato fondamentale il contributo di Helmuth SATZGER/Nicolai VON MATITZ, *Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft*, ZStW 2021, Band 133, Heft 1, 1-34. In aggiunta, Helmut SATZGER, *La protección del clima: ¿también es tarea del Derecho penal?*, in Rosario de VICENTE MARTÍNEZ et al. LH al Profesor Luis Arroyo Zapatero, *Boletín Oficial del Estados*, Vol. II, 2021, 1731-1748. Risulta altresì interessante, specialmente perché esamina la prospettiva della manipolazione del mercato e delle false comunicazioni, in un modo simile a quello proposto all'interno del presente articolo, il lavoro di Sjoerd LOP/Sepp STAX *Klimaatverandering en strafrecht: een verkenning*, *BSb*, 2020, nr. 3, pp. 117-125.

Precedentemente, anche se a mio parere non con proposte altrettanto elaborate, si veda Matthew HALL, *Climate change and criminal law*, in Daniel FARBER y Marian PEETERS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law. Climate Change Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 103-114; Patrick J. KEENAN, *International Criminal Law and Climate Change*, *Boston University International Law Journal*, Vol. 37, 2019, pp. 89-122; da un punto di vista più criminologico, allineato con la *green criminology*, Rob WHITE/Ronald KRAMER, *Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide*, *Crit Crim* (2015) 23:383-399; a partire dal concetto di criminalità corporativa-statale, si veda Ronald C. KRAMER and Raymond J. MICHALOWSKI, *Is Global Warming a State-Corporate Crime?*, in Rob WHITE (ed), *Climate Change from a Criminological Perspective*, Springer, 2012; Michael J. LYNCH/Ronald G. BURNS/Paul B. STRETESKY *Global warming and state-corporate crime: the politicalization of global warming under the Bush administration*, *Crime Law Soc Change* (2010) 54:213-239.

⁶ La Convenzione di Vienna e il Protocollo di Montreal fanno riferimento a gas molto specifici, i CFC (clorofluorocarburi) e gli HFC (bromuro di metile). Questi tipi di gas sono ormai pressoché desueti nell'industria. Nell'UE, la quale è parte della Convenzione di Vienna, il suo recepimento è stato effettuato mediante il regolamento (CE) n. 1005/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre, relativo alle sostanze che riducono lo strato di ozono, il cui articolo 29 obbliga gli Stati membri a imporre sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate in caso di violazione delle disposizioni del regolamento.

⁷ Sul commercio di emissioni di gas, sia dal punto di vista del diritto amministrativo sia di quello commerciale, v. Iñigo SANZ RUBIALES, *El mercado europeo de derechos de emisión*, Lex Nova, 2010; Isabel

A seguito di una lunga discussione sulla natura giuridica dei diritti di emissione, il Regolamento e la Direttiva sugli abusi di mercato hanno ritenuto che questi fossero strumenti finanziari. Ciò implica che risultano applicabili i reati di *insider trading* e di manipolazione del mercato alle condotte che mettano a rischio l'integrità del mercato dei diritti di emissione. A tali reati devono essere affiancate le sanzioni amministrative previste dalla Direttiva 2003/87 e, in Spagna, quelle contenute nella Legge 1/2005 sul commercio dei diritti di emissione di gas serra. In questo primo scenario o modello di regolamentazione del clima, è già emersa una significativa criminalità climatica transnazionale che ha attirato l'attenzione di organismi internazionali come Interpol⁸ (Cfr. 3.1).

L'Accordo di Parigi del 2015 rappresenta l'ultimo complemento alla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite. Il suo obiettivo è costituito dalla denominata neutralità climatica, ovvero un saldo netto delle emissioni pari a zero, da ottenere attraverso la compensazione di tutte le emissioni antropogeniche di gas serra con la creazione di serbatoi di carbonio. La denominata legge climatica europea – Regolamento UE 2021/119 del 30 giugno – ha stabilito come obiettivo che l'Unione debba risultare climaticamente neutra nel 2050, e che entro il 2030 le sue emissioni debbano essere ridotte del 55%, al fine di raggiungere i livelli del 1990 (obiettivo intermedio). La normativa europea in questione non contiene alcuna previsione di carattere sanzionatorio, ma vi sono già interessanti proposte dottrinali nella direzione di un Diritto Penale Climatico, improntate al raggiungimento di tale obiettivo (cfr. 3.2)⁹.

Il cambiamento climatico costituisce anche un problema di diritti umani. Le siccità e gli altri fenomeni climatici estremi, oltre a gravi danni per la vita e la salute, hanno un enorme impatto sulla sicurezza alimentare – il diritto umano a essere liberi dalla fame – e stanno causando numerosi eventi migratori¹⁰. Tali risultati sono previsti nella fattispecie basilica del diritto penale internazionale dei diritti umani, quella cioè che punisce i crimini contro l'umanità, di modo che è possibile esaminare, a titolo esemplificativo, in che misura una enorme emissione di gas serra da parte di una multinazionale o l'inattività di un governo possa considerarsi criminosa¹¹. Al di là di ciò,

RODRIGUEZ MATINEZ, *Régimen y transmisión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y créditos del carbono*, Tirant lo Blanch, 2013; Sara GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, Tirant lo Blanch, 2014.

⁸ INTERPOL, *Guide to Carbon Crime Trandin*, Giugno 2013.

⁹ Helmuth SATZGER/Nicolai VON MATITZ, 2021: 1.

¹⁰ Cfr. A. BOYLE, *Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, N. 4 (2018), pp. 759-777; Daniel IGLESIAS MARQUEZ, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática*, *Revista de Direito Internacional*, Vol 16, N. 3 (2019), pp. 51-74; dello stesso autore, *Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol XX, 2020, pp. 85-134; nonché *Litigación climática, derechos humanos y responsabilidad empresarial: Precedentes y tendencias*, in Francisco ZAMORA CABOT et al. (eds.), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 185-211.

¹¹ Cfr. Geoff GILBERT, *International Criminal Law Is not a Panacea – Why Proposed Climate Change Crimes Are Just Another Passenger on an Overcrowded Bandwagon*, *International Criminal Law Review* 14 (2014), pp. 551-587.

negli ultimi anni, il diritto internazionale dei diritti umani si è arricchito attraverso gli obblighi di *due diligence*, la cui origine risiede nei Principi Guida delle Nazioni Unite per le imprese multinazionali. Gli obblighi di *due diligence* vincolano le imprese a valutare l'impatto che le loro attività generano sui diritti umani e ad attuare misure correttive e riparative. Inoltre, quantomeno nell'UE, le imprese devono anche essere trasparenti e rendere pubbliche le misure che adottano a tali fini nei loro bilanci annuali. La recente proposta della Commissione Europea per una Direttiva sulla *due diligence* chiarisce che le imprese devono considerare gli effetti che le loro attività possono generare sul cambiamento climatico, in quanto dannose anche per i diritti umani¹². Ciò apre un'ulteriore possibilità per punire l'emissione di gas serra, indirizzata a tutte quelle compagnie che trasmettano informazioni false riguardo la loro politica ambientale (cfr. 4).

Come si evince, esiste *de lege lata* un diritto sanzionatorio – essenzialmente europeo – contro il cambiamento climatico, il quale si origina sia dalla propria legislazione *ad hoc* sul cambiamento climatico stesso, sia dai recenti obblighi per le imprese che stanno emergendo dal diritto internazionale dei diritti umani. Altra questione è che, allo stato attuale, tali misure non sembrano essere efficaci e che esiste la necessità giuridica di disporre un diritto internazionale penale dell'ambiente, con numerose branche, per contribuire ad attenuare l'urgenza climatica (cfr. 5).

2. Ambiente e clima: due beni giuridici differenti.

La via più immediata di esaminare la rilevanza penale dei comportamenti che stanno causando l'aumento globale delle temperature è quella di analizzare i reati contro l'ambiente. La loro struttura penale, prendendo come riferimento la Direttiva 2008/99 relativa alla protezione dell'ambiente tramite il diritto penale, consiste: (a) nella realizzazione di una serie di comportamenti (scarichi, emissioni ecc.), (b) i quali devono risultare contrari alle norme amministrative e (c) idonei a generare danni sostanziali alla qualità dell'aria, delle-acque, del suolo, o minacciare la vita della flora e della fauna. In conformità con questi elementi tipici, l'applicazione dei reati contro l'ambiente al caso dell'emissione di gas serra, la quale costituisce indubbiamente uno dei comportamenti sopra descritti (emissione di gas nell'atmosfera), richiederebbe la dimostrazione, in primo luogo, che rappresenti una condotta contraria alle disposizioni amministrative e, in secondo luogo, che sia effettivamente idonea a pregiudicare gli elementi che compongono l'ambiente o la salute degli individui. Un'altra via per applicare i reati contro l'ambiente, specialmente nelle loro modalità aggravate, consisterebbe nel correlare le emissioni di gas ai danni concreti che i fenomeni estremi possono arrecare alla salute e alla vita delle persone. È in quest'ultimo ambito che si stanno muovendo alcune dei procedimenti più rilevanti sul clima, nel tentativo di determinare la

¹² Commissione Europea, Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council of Corporate sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, Brussels, 23.2.2022, COM(2022) 71 final.

responsabilità dei governi statali e delle imprese le cui attività hanno un concreto impatto sul cambiamento climatico.

Il crimine di ecocidio appartiene alla stessa famiglia dei reati ambientali¹³. In numerose legislazioni costituisce specificatamente un reato aggravato dalla particolare gravità del suo risultato, il quale richiede la realizzazione di un danno grave, duraturo ed esteso. Tale è altresì la formulazione utilizzata in alcune proposte dottrinali, laddove hanno formulato *de lege desiderata* un tipo di ecocidio destinato ad essere integrato come quinto *core crime* del diritto penale internazionale¹⁴. Per questo motivo, le condotte di ecocidio presentano requisiti fondamentali comuni ai crimini ambientali. Nel dettaglio, tali condotte, da un lato, devono essere considerate anti-giuridiche, vuoi per il diritto nazionale o per quello internazionale, e dall'altro, devono risultare sufficientemente idonee a pregiudicare il clima o a causare un fenomeno climatico estremo. Inoltre, si discute della possibilità di formulare un reato colposo di ecocidio¹⁵, per la sussistenza del quale sarebbe necessario dimostrare che i suoi autori agivano intenzionalmente o, quanto meno, con dolo eventuale in relazione al danno generato.

Gli ostacoli tecnici che si riscontrano nel punire i comportamenti responsabili del cambiamento climatico con la struttura dei reati contro l'ambiente si rivelano pressoché insormontabili¹⁶. In primo luogo, l'ambito del comportamento da analizzare deve essere limitato alle sole emissioni di gas che possono considerarsi anti-giuridiche, cioè che violino disposizioni che regolano l'emissione di gas serra. Nell'UE, ciò implicherebbe circoscrivere il numero di imprese potenzialmente responsabili a quelle soggette alla direttiva 2003/87 sulla creazione del mercato delle emissioni, vale a dire alle imprese operanti nei diversi settori in cui vige un tetto di emissioni e che lo superino¹⁷. Tutte le altre imprese e le imprese soggette alla direttiva qualora non superino il loro tetto o compensino i propri eccessi tramite l'acquisto di quote di emissione non violano alcuna normativa ambientale o, in altre parole, il loro comportamento rappresenta un rischio consentito. Lo stesso vale per le imprese di paesi che non fanno parte di Kyoto (Cina, Stati Uniti...), sebbene teoricamente gli effetti della loro condotta si verificherebbero nel territorio degli stati firmatari, e sebbene invocando il principio di territorialità si possa

¹³ Ravvisa correttamente il bene giuridico nell'ambiente—Dominik HOTZ: 2021, p. 171. Altre proposte definiscono l'ecocidio come un crimine contro la pace e la sicurezza, Hugues HELLIO, *De la valeur patagée de la sûreté de la planète à la répression internationale de l'écocide* una nouvelle quête, in Laurent NEYRET (ed.), *Des écocrimes à l'écocide*, Bruylant, 2015, pp. 110-126.

¹⁴ Tale è la struttura propria della proposta della Fondazione Stop Ecocide; 2021, personalmente, (Adán NIETO MARTIN: 2021), in linea con la proposta di Laurent NEYRET: 2015, considero che oltre al risultato, l'ecocidio richieda che vi sia una connessione ad un attacco generalizzato e sistematico proveniente dalla politica di un'organizzazione.

¹⁵ Sulla conformazione dell'elemento soggettivo, cfr. Dominik HOTZ: 2021 Adán NIETO MARTIN: 2021, p. ibidem 2022, p. 148; in conformità alla posizione sostenuta dell'aprire la strada alla negligenza grave o, quanto meno, al dolo eventuale basato sul suo aspetto cognitivo, Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Los retos del derecho penal en la Amazonia Brasileña*, in ROSARIO DE VICENTE et al. (ed.), *LH al profesor Luis Arroyo Zapatero*, BOE, 2021, pp. 1271 s.

¹⁶ Sugli ostacoli all'imputazione, cfr. Helmut SATZGER/Nicolai VON MALTITZ: 2021, p. 16 ss, Helmut SATZGER: 2021, p. 1738 ss.

¹⁷ Cfr. Iñigo SAINZ RUBIALES: 2010, p. 43 ss.

instaurare la giurisdizione, i loro comportamenti risultano leciti nel luogo in cui si realizzano.

In ogni caso, superato questo primo ostacolo, bisognerebbe considerare fino a che punto l'emissione di ognuna di queste imprese è di per sé suscettibile di incidere sulla qualità dell'aria, dei suoli ecc., sulla vita delle piante, degli animali o sulla salute umana. Effettuare tale giudizio di idoneità è un compito complesso. Il riscaldamento globale è opera di milioni di comportamenti che si sono succeduti nel corso del tempo. Anche se si considerassero solo quelli che si sono posti in essere in seguito all'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto e che contravvengono le normative domestiche che lo incorporano, il numero di condotte illecite risulta talmente grande da rendere impossibile considerare che ogni singola emissione, indipendentemente dalle altre, sia capace *ex ante* di creare un pericolo che possa di per sé alterare la qualità degli elementi naturali o pregiudicare piante e animali, come conseguenza degli effetti del cambiamento climatico.

Si incontrerebbero ancora più difficoltà se si decidesse di intervenire applicando reati ambientali che si incentrano su un risultato dannoso, ad esempio per la vita o la salute umana, o anche se si decidesse di ricorrere ai reati colposi di omicidio e lesioni. È vero che i fenomeni estremi originatisi dal cambiamento climatico hanno causato già migliaia di eventi dannosi per la salute; tuttavia, in questo caso risulterebbe ancor più complesso dimostrare una relazione di causalità conforme ai requisiti della teoria dell'imputazione oggettiva¹⁸. Come noto, tale teoria si snoda in tre passaggi che devono avere luogo consequenzialmente. In primo luogo, è necessario stabilire una relazione causa-effetto secondo la teoria della *conditio sine qua non*. In secondo luogo, il comportamento deve generare un rischio disapprovato. In terzo luogo, il risultato deve essere espressione di tale rischio. Ammettendo la versione più estrema possibile delle teorie della causalità cumulativa, nonché concentrandosi solo sulle condotte illecite su larga scala poste in essere da parte delle imprese più inquinanti, non è possibile affermare che un fenomeno estremo e i pregiudizi per la salute che ne derivano siano opera delle imprese stesse, nel senso di considerare che il rischio materializzatosi deriva dalla loro attività. In conformità al denominato comportamento alternativo lecito, non è possibile dimostrare, con la precisione richiesta dal principio del *in dubio pro reo*, che se l'impresa – si prenda a titolo di esempio la più inquinante a livello globale – si fosse comportata correttamente, l'incremento mondiale delle temperature non si sarebbe prodotto.

Al di là però di tali questioni, le quali costituiscono in realtà mere elucubrazioni teoriche, ciò che realmente dimostra la scarsa utilità dei reati contro l'ambiente nella protezione del clima è il fatto che si tratta di due concetti distinti. Per questo motivo, i

¹⁸ Cfr. Frank SALIGER: 2012, p. 105 ss. Anche in ambito civile, nei casi di controversie sul clima, questo aspetto è molto complesso da dimostrare quando si vuole imputare un determinato evento legato al cambiamento climatico a una data azienda. A questo proposito, il caso di *Liluya v. RWE* è senza dubbio paradigmatico. Qui un cittadino peruviano reclamava a un'impresa europea, considerata una delle maggiori produttrici di carbonio, gli ingenti danni subiti presso il suo domicilio a causa della sua attività, considerata responsabile dello scioglimento di un ghiacciaio, a riguardo si veda Sara ORTIZ ARCE VIZCARRO, *Los litigios climáticos: ¿una oportunidad para la UE con impacto global?*, in Francisco ZAMORA CABOT et al. (ed.), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, p. 303 ss.

reati contro l'ambiente in ognuna delle loro modalità tipiche falliscono di fronte al cambiamento climatico¹⁹. Il clima, attendendosi alla definizione dell'Organizzazione Meteorologica Mondiale, costituisce la «statistically significant variation in either the mean state of the climate or in its variability, persisting for an extended period»²⁰.

L'ambiente, al contrario, costituisce l'insieme delle condizioni fisiche che gli esseri viventi, e specialmente l'uomo, necessitano per garantire la propria sopravvivenza²¹. Il clima rappresenta il contesto in cui si trovano gli elementi che compongono l'ambiente, però è da essi distinto. La qualità del suolo, delle acque o dell'aria può mutare con il cambiamento climatico, ma si tratta per l'appunto di piani distinti. Si può supporre che gli scarichi di gas nell'atmosfera siano idonei a contaminare l'aria di una determinata città o area geografica, eppure non si può affermare che ne alterino la climatologia. Tra le ragioni vi è il fatto che il clima, a differenza degli elementi che compongono l'ambiente, possiede una dimensione globale ed è legato a fattori con interrelazioni più complesse di quelle che riguardano i singoli elementi che compongono l'ambiente. Il clima di una determinata regione o paese non viene condizionato da come localmente si comportano le sue imprese. Tale disparità ontologica tra i due concetti implica che la protezione del clima non possa risolversi semplicemente includendo il clima tra gli oggetti di protezione dei reati contro l'ambiente.

È pertanto necessario che il volto esterno dei reati contro il clima, il quale sarà sviluppato in un paragrafo successivo, sia diverso. In primo luogo, si tratterebbe di reati di accumulo²². Come hanno messo in evidenza i casi di giustizia climatica, non è contestata l'esistenza di un nesso causale tra qualunque emissione antropocentrica di gas serra e i livelli di CO₂ nell'atmosfera e nemmeno che ciò contribuisca all'aumento delle temperature²³. Peraltro, attualmente non sussiste nessuna difficoltà nel conoscere il livello di emissioni di ogni compagnia o Stato. Difatti, vi sono studi che indicano le emissioni di gas accumulate da un certo numero di imprese, le cosiddette *carbon majors*, che dagli anni '90 sono responsabili del 71% delle emissioni²⁴. Per questo motivo, il

¹⁹ Cfr. Helmut SATZGER/Nicolai VON MALTITZ: 2021, p. 38 ss.

²⁰ Cfr. <https://public.wmo.int/es/preguntas-frecuentes-clima>.

²¹ Un valido riassunto delle diverse posizioni riguardanti la nozione di *medio ambiente*, in quanto bene giuridico protetto, in Krank SALIGER, Umweltstrafrecht, Franz Vaheln, 2012, p. 12 ss. Per una discussione sul caso spagnolo si veda per tutti Norberto DE LA MATA BARRANCO, en DE LA MATA BARRANCO et al. (eds.), Derecho penal económico y de la empresa, Dyckinson, Madrid, 2018, p. 629 ss.

²² Cfr. Miguel BUSTOS RUBIO, Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal, ADPCP, VOL. LXX, 2017, pp. 293-327.

²³ Uno studio esaustivo delle controversie climatiche in diversi paesi è rintracciabile in Wolfgang KAHL, Marc Philippe WELLER, Climate Change Litigation. A Handbook, Beck, 2021, si veda specialmente p. 25 s. In realtà, la questione non è casuale, bensì fondamentalmente normativa. Dal punto di vista delle scienze naturali, i gas serra si mischiano in maniera diffusa nella stratosfera, per poi agire da lì sul clima del pianeta. La questione è estremamente divergente dalla SO₂ che generava piogge acide, in quanto ivi è possibile rintracciare la relazione tra l'emissione della particella e il punto su cui essa ha agito. Ad esempio, su una zona forestale. Per tale motivo, emissione come quelle di SO₂ possono essere sanzionate con meno difficoltà attraverso i crimini ambientali.

²⁴ Cfr. R. HEEDE, Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Procedures, 1854-2010, Climate Change, Vol. 122, N. 1-22, 2012, pp. 229-241; Daniel MARTINEZ IGLESIAS, 2021: p. 186.

diritto penale climatico non dovrebbe essere composto strettamente da reati di pericolo, bensì dovrebbe basarsi su reati di accumulo. Il problema risiede nel fatto che la variazione del clima deve essere affrontata a partire da un'analisi macro-sociale, piuttosto che individuale, della protezione del bene giuridico. I reati contro l'ambiente, nonostante si considerino spesso il paradigma dei reati di accumulo, continuano a rispondere a un'ottica individuale, caratteristica dei reati di pericolo. Quantomeno nel diritto penale spagnolo e in quello europeo, è necessario dimostrare l'idoneità di un singolo comportamento lesivo ad alterare la qualità degli elementi che compongono l'ambiente, in una determinata zona o area geografica. In altre parole, nel diritto penale climatico il legislatore non ha altra scelta che utilizzare i reati di accumulo, mentre nel caso dell'ambiente esiste sempre l'opzione legislativa di esigere che il comportamento tipico sia sufficientemente offensivo da generare un danno sostanziale. Certo è che il legislatore potrebbe affrancarsi dalla tipologia dei reati di pericolo ipotetico o di idoneità per ricorrere al pericolo astratto, come succede in molti ordinamenti. In tal caso, tuttavia, la presunzione di pericolo continuerebbe a costruirsi da una prospettiva individuale ed, eventualmente, dall'accumulo di un numero finito di casi.

Nel diritto penale del clima, a partire dal modello dei reati di accumulo, il vero problema risiede nell'articolare un intervento penale rispettoso del principio di proporzionalità. Le emissioni ridotte di gas serra non possono essere sanzionate penalmente. In realtà, la meritevolezza e la necessità della pena sussistono soltanto rispetto alle emissioni provenienti dalle imprese appartenenti a settori particolarmente contaminanti²⁵.

Un'ulteriore caratteristica delle violazioni climatiche ha inoltre a che fare con il loro essere necessariamente accessorie alla regolamentazione amministrativa, a differenza di quanto accade con il diritto penale ambientale. Come dimostrano, ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente²⁶ e alcune proposte dottrinali, è possibile – e legittimo – elaborare un diritto penale dell'ambiente prescindendo dal fatto che la condotta violi il diritto amministrativo²⁷. Al contrario, tale configurazione non sembra possibile nel caso della protezione penale del clima. Questa particolarità possiede un rilevante significato politico-criminale, in quanto segnala che la protezione del clima spetta necessariamente al diritto amministrativo, che

²⁵ Helmut SATZGER/Nicolai VON MALTITZ: 2021, p. 17 ss, Helmut SATZGER: 2021, p. 1745 s.

²⁶ SATZGER, H./VON MALTITZ, N., *Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft*, cit.: 2021, p. 26 ss., i quali, sebbene riconoscano che l'atmosfera – il bene giuridico protetto – è un bene globale, nonostante gli eventi dannosi siano localizzabili nel territorio di uno o più Stati (motivo, questo, per cui risulterebbe possibile applicare il principio di territorialità), ritengono che tale applicazione potrebbe essere vista come una sorta di neocolonialismo da parte dei Paesi in via di sviluppo. Tutto ciò potrebbe creare una sorta di distopia che, secondo questi autori, rende consigliabile un'applicazione nazionale del diritto penale del clima, nonostante si tratti di proteggere un bene giuridico globale.

²⁷ È il caso della proposta di una convenzione internazionale sugli ecocrimini, del gruppo di Laurent Neyret, nel cui art. 1. 1 b i) si indica che il comportamento si considera illecito: "los hechos hayan sido cometidos por una persona física o jurídica extranjera en un Estado cuyas disposiciones protectoras del medio ambiente establezcan un nivel de protección manifiestamente inferior al establecido en el Estado de la nacionalidad de la persona física o en el que la persona jurídica tenga su sede social o, incluso, en el Estado de origen del cual procedan los residuos" (Laurent NEYRET: 2021, p. 270). Al riguardo, Adán NIETO MARTIN: 2021.

è la branca intitolata a stabilire, in base al consenso ottenuto nella sfera internazionale, il livello di rischio consentito nei comportamenti individuali e imprenditoriale in relazione al clima.

Sul piano internazionale, la accessorietà al diritto amministrativo si collega altresì alla complessa questione della sovranità sulle proprie risorse. Nella delimitazione del rischio consentito, ogni Stato bilancia il proprio diritto allo sviluppo e ai processi di industrializzazione con il rispetto dell'ambiente. Nel diritto penale internazionale dell'ambiente esistono alcuni indizi, come si è detto, del fatto che non si rispetti la ponderazione effettuata da uno Stato, ad esempio, attraverso un accordo di investimento, e che si consideri come antiggiuridico un comportamento tutelato dalla legislazione statale. Non accade lo stesso con il diritto internazionale del clima, la cui struttura ruota intorno agli impegni di riduzione delle emissioni o di neutralità climatica posti in essere da ciascuno Stato. In altri termini, la sovranità ambientale è leggermente inferiore alla sovranità climatica, la quale purtroppo è ancora più che considerevole. Logicamente, ciò porterà con sé complicazioni quando si tratterà di stabilire criteri di extraterritorialità nel diritto penale del clima.

L'indipendenza tra il diritto penale del clima e quello dell'ambiente implica anche, sebbene soltanto ipoteticamente, la possibilità di applicare congiuntamente entrambe le infrazioni. Un'emissione di gas può ad esempio pregiudicare notevolmente la qualità dell'aria di una determinata area e la salute dei suoi abitanti. Tuttavia, essa può altresì considerarsi come un comportamento penalmente rilevante – probabilmente con una pena minore – a causa del suo impatto sul clima.

Quanto detto finora può applicarsi anche a un futuro crimine di ecocidio. Benché il danno all'ambiente sia qualificato nel crimine di ecocidio come duraturo, costante ed esteso, il medesimo non risulterà sempre correlato al cambiamento climatico. Una massiccia discarica di rifiuti o l'inquinamento del mare costituiscono manifestamente ipotesi di catastrofe ambientale e possono quindi rappresentare una forma iper-aggravata di crimine ambientale, ma il loro impatto sul cambiamento climatico non deve necessariamente essere significativo.

Ciò non esclude che, in determinate occasioni, possano esistere zone di intersezione. È questo il caso della massiccia distruzione dei serbatoi di carbonio, come quella che sta avendo luogo nell'Amazzonia brasiliana a causa della politica di deforestazione posta in essere dall'attuale governo brasiliano. Come noto, è stata presentata una denuncia alla Corte penale internazionale contro il presidente Bolsonaro per crimini di genocidio, includendo l'ecocidio quale una ulteriore modalità in cui si manifesta tale fattispecie. La distruzione massiccia dell'Amazzonia, oltre a costituire un danno esteso, duraturo e grave all'ambiente, prodotto di una politica domestica (ecocidio), è capace di alterare il clima, in quanto l'Amazzonia rappresenta uno dei grandi serbatoi del pianeta²⁸. Detto ciò, dal punto di vista del genocidio (o crimine contro l'umanità), l'alterazione climatica causata dalla politica di Bolsonaro non è rilevante e

²⁸ Sulla distruzione dei serbatoi come potenziale comportamento tipico all'interno del diritto penale climatico, cfr. Helmut SATZGER/Nicolai VON MALTITZ: 2021, p. 13 ss.

non costituisce un aspetto necessario. La prospettiva da adottare deve essere antropocentrica e comprovare se e in che misura gli atti concreti di deforestazione, connessi coscientemente con la politica statale, provocano i risultati tipici previsti dai crimini di genocidio o contro l'umanità e soddisfano gli elementi soggettivi di tali fattispecie²⁹.

3. Regolamentazione giuridica del clima e diritto penale climatico.

L'intervento del diritto penale (o di quello amministrativo sanzionatorio) nell'ambito del clima non può che essere accessorio alla regolamentazione amministrativa derivante dal diritto internazionale. Come si è detto, la Convenzione delle Nazioni Unite ha sostanzialmente dato vita a due modelli normativi successivi ma complementari, quello basato sulla regolamentazione del mercato dei diritti di emissione (Kyoto) e quello volto a raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica (Parigi). In mancanza di una loro cognizione pur sommaria, non è possibile approcciarsi né *de lege lata* né *de lege ferenda* al diritto penale climatico e alle forme di criminalità che stanno emergendo.

3.1. Il diritto penale del mercato dei gas serra.

Il Protocollo di Kyoto ha come destinatari gli stati, i quali sono tenuti a non superare un tetto massimo nell'emissione di gas serra³⁰. Sebbene conceda una certa discrezionalità nel raggiungere tale obiettivo, tale Protocollo stabilisce tre meccanismi che possono essere sfruttati in maniera flessibile. Attraverso gli Accordi di Marrakech³¹ si è concesso alle compagnie di partecipare a questi tre meccanismi, a seconda dei casi su base vincolante o volontaria, per raggiungere i limiti di emissione che ogni Stato può imporre a determinate imprese in modo da rispettare il tetto di emissioni al quale obbliga Kyoto. In quest'ultimo caso, gli obblighi che le imprese assumono dal punto di vista del diritto internazionale sono di natura derivata, aiutano gli Stati a rispettare i loro impegni, ma operano solo nel diritto nazionale o, nel nostro caso, nel diritto dell'UE.

Il primo meccanismo stabilito dal Protocollo di Kyoto riguarda la creazione del mercato dei diritti di emissione. L'idea di convertire la contaminazione in un diritto disponibile in un mercato stabilito a tale fine nasce negli Stati Uniti negli anni Ottanta con l'obiettivo di ridurre le emissioni di SO₂ che causa la denominata pioggia acida³². Il

²⁹ Diffusamente, sulla rilevanza della distruzione dell'Amazzonia per il diritto penale internazionale, si veda IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: 2021, *passim*.

³⁰ Una valida spiegazione è rintracciabile nel lavoro di Isabel RODRIGUEZ MARTINEZ: 2013, p. 31 ss; Sara GONZALEZ SÁNCHEZ: 2014, p. 25 ss.

³¹ Cfr. Sara GONZALEZ SÁNCHEZ: 2014, p. 25 ss.

³² Sui fondamenti dottrinali di tale regolamento si veda Iñigo SAINZ RUBIELES, *El mercado de los derechos a contaminar*, Lex Nova, 2007, p. 35 ss, 77 ss.

fatto che, sotto la gestione della potente agenzia ambientale statunitense – EPA – i suoi risultati siano stati positivi, ha contribuito alla sua adozione come primo meccanismo dall'accordo di Kyoto, malgrado gli Stati Uniti non abbiano firmato l'accordo. Esiste un mercato dei diritti di emissione per gli Stati e un altro per le imprese, anche se ai fini della determinazione della responsabilità penale, in questa sede risulta di interesse solamente il secondo, il quale fu introdotto nell'UE con la Direttiva 2003/87.

La creazione di un mercato richiede due passaggi. Il primo consiste nel convertire la contaminazione da emissione di gas serra in un bene scarso. A tale fine, similmente a quanto fatto dal Protocollo di Kyoto con gli Stati, si stabilisce per le imprese obbligate – quelle che svolgono attività particolarmente inquinanti – un tetto annuale (*cap*) per le emissioni consentite. In secondo luogo, al fine di non essere sanzionate, le imprese sono tenute a compensare le proprie emissioni con un numero equivalente di diritti di emissione. Se un'impresa, ad esempio, dispone dell'autorizzazione ad emettere 6 tonnellate di CO₂, al termine dell'attività deve detenere 6 unità di conto (AAUS, *Assigned Amounts Units*). Convenzionalmente, ogni unità di conto equivale a una tonnellata di CO₂. Tali unità possono essere acquisite tramite due mercati diversi (*trade*). Il primo costituisce un mercato cd. primario. Gli Stati o l'UE immettono annualmente sul mercato un certo numero di quote di emissione attraverso un'asta pubblica³³. A tale asta possono partecipare le aziende interessate dalla normativa, ma altresì tutte le altre imprese o i cittadini. In alternativa, le imprese interessate possono acquisire i diritti di emissione nel mercato cd. secondario. Qui, similmente a qualunque altro mercato finanziario, si acquisiscono e si cedono diritti di emissione, in modo individuale (faccia a faccia), attraverso piattaforme di negoziato o con la mediazione di *brokers*. In questo modo, le aziende interessate che siano state efficienti dal punto di vista ambientale, o che per qualunque altra ragione dispongano di diritti di emissione in eccesso, possono venderli in tale mercato secondario a quelle aziende meno efficienti o le quali, per qualunque altro motivo (ad esempio, un aumento inaspettato della produzione), necessitano di più diritti di emissione per rispettare il tetto di emissioni che gli era stato assegnato. Per tutti gli altri partecipanti, i diritti di emissione costituiscono un'ulteriore merce di scambio oppure, concretamente nell'UE, uno strumento finanziario su cui investire. La ragione per la quale il mercato in questione è aperto, e per la quale dunque chiunque può parteciparvi, è da ravvisarsi nell'ottenimento di maggiore liquidità.

Il mercato dei diritti di emissione è integrato nel Protocollo di Kyoto da altri due meccanismi, denominati meccanismi basati su progetti di sviluppo pulito, i quali rispondono a principi di sviluppo sostenibile e solidarietà stabiliti nelle Convenzioni quadro delle Nazioni Unite. In sintesi, i progetti di sviluppo pulito perseguono

³³ Inizialmente, gli Stati assegnavano un quantitativo ad ogni azienda. In seguito, questo sistema, che generava deficit nel mercato (un eccesso di quote di emissione), è stato sostituito da un meccanismo più efficiente quale l'asta pubblica. Logicamente, come si vedrà nel prosieguo, dal punto di vista penale ciò non è esente da implicazioni. L'asta pubblica costituisce un mercato primario dove è possibile che abbiano luogo condotte criminose, tra cui la manipolazione del mercato o l'abuso di informazione privilegiata. L'asta dei diritti di emissione è regolata dal Regolamento 1031/2010 del 12 novembre sui tempi, sull'amministrazione e su altri aspetti della vendita all'asta delle quote di emissione dei gas serra. Più dettagli sul tema in Sara GÓNZALEZ SÁNCHEZ: 2014, p 75 ss.

l'obiettivo di incoraggiare gli investimenti, da parte degli stati o delle aziende, nei paesi in via di sviluppo o sottosviluppati, così da consentire la creazione di pozzi di assorbimento o l'implementazione di tecnologie che riducano efficacemente i diritti di emissione. L'investimento in tali progetti, parallelamente ai diritti di emissione, fornisce alle compagnie (e agli Stati) le unità di Kyoto – CER e ERU –, le quali si quantificano anch'esse in tonnellate di CO₂. In questo modo, se un'azienda investe in un progetto di riforestazione e si calcola che ciò compenserà due tonnellate di CO₂, le vengono concesse due unità CER. Queste ultime le serviranno a compensare le sue emissioni in eccesso oppure per effettuare una vendita nel mercato dei diritti di emissione. Come si può notare, il sistema delineato da Kyoto è flessibile e prevedendo alternative diverse affinché Stati e imprese adempiano i loro obblighi³⁴.

Altro elemento chiave è costituito dai registri pubblici dei diritti di emissione e dell'insieme delle unità di Kyoto. Senza la certezza della registrazione dei vari documenti elettronici e delle transazioni, il mercato non attirerebbe gli investitori e sarebbe possibile commettere ogni tipo di frode (per esempio, la doppia vendita di quote, l'emissione di diritti di emissione fittizi, ecc.). Esiste un registro centralizzato, alle dipendenze delle Nazioni Unite e con sede a Bonn, nonché diversi registri nazionali³⁵.

Il diritto penale e il diritto sanzionatorio amministrativo intervengono per proteggere l'integrità del mercato dei diritti di emissione e per sanzionare l'inottemperanza agli obblighi che gli Stati impongono alle imprese a cui sono assegnati tali diritti. Una delle caratteristiche più significative del mercato europeo consiste nel fatto che dal 2014, con il regolamento 596/2014 sugli abusi di mercato, le quote di emissione vengono considerate strumenti finanziari³⁶, il che implica che questi ultimi sono sottoposti alla supervisione delle rispettive autorità del mercato dei titoli e che l'abuso di informazioni privilegiate o la manipolazione del mercato possono essere soggetti a sanzioni penali negli Stati membri in conformità con le disposizioni della direttiva 2014/57 sulle sanzioni penali applicabili agli abusi di mercato. Il regolamento sugli abusi di mercato contiene disposizioni esplicite che adattano le nozioni di *insider trading*³⁷ e l'abuso di mercato³⁸ ai diritti di emissione. Allo stesso modo, tale regolamento impone l'adozione di controlli interni alle aziende interessate e agli intermediari finanziari al fine di rilevare casi sospettosi. In tali situazioni, oltre a quello di sospendere la transazione, esiste il dovere di comunicarlo immediatamente ai supervisori di ogni

³⁴ Al riguardo, si veda Iñigo SANZ RUBIALES:2010, p. 160 ss.; Sara GÓNZALEZ SÁNCHEZ: 2014, p. 48 ss.

³⁵ Riguardo al funzionamento del registro, si veda diffusamente Isabel RODRÍGUEZ MARTINEZ: 2013, p. 251 ss.

³⁶ A questo proposito è utile la consultazione del primo rapporto dell'ESMA, in cui si chiarisce il regime giuridico del mercato e la sua relazione con il regolamento sugli abusi di mercato, *Preliminary report Emission Allowances and derivatives thereof*, 15 November 2021 ESMA 70-445-7. Anche se precedente all'entrata in vigore del Regolamento, sulla considerazione dei diritti di emissione come strumenti finanziari, si veda nuovamente Sara GÓNZALEZ SÁNCHEZ: 2014, p. 223 ss; *ibidem*, Un nuevo instrumento financiero: el derecho de emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Anno n° 32, N° 131, 2013, pp. 121-154

³⁷ Art. 7 1 (c) Regolamento 596/2014.

³⁸ Si vedano l'art. 12 e l'art. 12.2 (e) Regolamento 596/2014, sulla manipolazione del mercato che può avere luogo in quello primario o, in altre parole, contestualmente all'asta pubblica.

paese. Il mercato dei diritti di emissione dal 2018, anno in cui entrò in vigore la normativa in questione, risulta regolamentato in maniera identica al resto dei mercati di strumenti finanziari, essendo altresì soggetto alla supervisione delle autorità del mercato dei valori³⁹.

In seguito alla trasposizione della Direttiva in tema di abuso di mercato, per mezzo della *Ley Orgánica 1/2019*, risultano interamente applicabili gli articoli 284 e 285 CP. In effetti, è perfettamente possibile pensare a comportamenti come la simulazione di una moltitudine di transazioni per l'acquisto e la vendita di quote di emissione, per esempio, attraverso una condotta di *circular trading*⁴⁰. Particolarmente pericoloso risulta il fatto che molte società di servizi finanziari abbiano investito in progetti di energia pulita o di rigenerazione forestale e che abbiano in proprio potere, quindi, diritti di decontaminazione – unità di ERU e CER. In queste circostanze, tali società possono realizzare una manipolazione del mercato simile a quella che una impresa può porre in essere attraverso l'acquisto delle proprie azioni.

Il diritto penale del mercato dei diritti di emissione è integrato da una serie di sanzioni amministrative. La Direttiva 2003/87 obbliga gli Stati a sanzionare le imprese che superano il tetto di emissione di gas serra assegnatogli, senza averlo compensato con l'acquisizione di altri diritti. La Direttiva indica che tale sanzione deve tradursi in una multa di 100€ per ogni tonnellata di diossido di carbonio emesso e non compensato. Per ovviare al rischio che tale multa si trasformi in uno strumento per regolarizzare le emissioni non compensate, il trasgressore è tenuto nell'esercizio successivo a elargire una quantità equivalente ai suoi diritti di emissione in eccesso. La Direttiva stabilisce inoltre come sanzione la pubblicazione dei nomi delle imprese inadempienti, pensando probabilmente al danno alla reputazione che ne deriverebbe. Il regime sanzionatorio previsto nella Legge 1/2005 che traspone la Direttiva 2003/87 è significativamente più rigido di quello imposto dalla normativa europea, in quanto determina, oltre alle multe per eccesso di emissioni, la chiusura totale o parziale degli stabilimenti fino a un massimo di due anni. La Legge 1/2005 punisce altresì, con sanzioni pecuniarie che possono raggiungere i due milioni di euro, l'esercizio di un'attività soggetta al regime obbligatorio del diritto di emissione senza autorizzazione, l'intralcio alle ispezioni amministrative e la mancata presentazione o disposizione della documentazione e dei registri richiesti per comprovare il rispetto dei limiti di emissione⁴¹.

Le sanzioni amministrative e i reati di manipolazione del mercato e di *insider trading* proteggono in realtà il medesimo bene giuridico. Il mercato dei permessi di

³⁹ Anche *de lege ferenda*, proponendo tale supervisione, Sara GÓNZALEZ SÁNCHEZ, *Propuesta de supervisión de los mercados secundarios de derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Anno n° 33, N° 134, 2014, pp. 147-174

⁴⁰ Cfr. Adán NIETO MARTIN, in Norberto DE LA MATA BARRANCO et al. (eds.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 382 ss.

⁴¹ Segnalando la severità e perfino la sproporzione del regime sanzionatorio che permette la chiusura dei locali o degli stabilimenti, si veda Gabriel DOMENECH PASCUAL, *¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracciones a la Ley de mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?*, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n° 9, 2006, pp. 77-95; dello stesso autore, *Aspectos problemáticos del régimen sancionador del mercado de CO2*, *Noticias de la Unión Europea*, n° 311, 2010, pp. 49-57.

emissione e dei “diritti di decontaminazione” non funzionerebbe correttamente se non esistesse una supervisione amministrativa efficace delle imprese più inquinanti e, soprattutto, se non si sanzionasse il mancato rispetto dei limiti di emissione. Le sanzioni per le imprese inottemperanti assolvono la funzione di sostenere e garantire la domanda di quote di emissione. Se tali imprese non fossero obbligate ad acquistare quote sul mercato per compensare le proprie mancanze, il mercato dei diritti di emissione non costituirebbe altro che un ulteriore mercato finanziario che riguarderebbe un prodotto per nulla appetibile. Ciò che lo rende attraente è proprio il fatto che la normativa sanzionatoria amministrativa garantisce sempre una certa domanda. Da questa concezione, e basandosi su ragioni di meritevolezza e necessità della pena, una buona domanda da porre è perché il superamento della quantità di emissioni non può essere considerato un fatto costitutivo di reato. L’impresa che non acquista quote di emissione o di decontaminazione produce di fatto un’alterazione dell’offerta, e quindi del suo prezzo, simile a quella che può essere prodotta attraverso i comportamenti di manipolazione del mercato previsti dall’art. 284 CP⁴². Non è facile intuire perché le due tipologie di condotta risultino di diversa gravità.

La nascita di un nuovo mercato, qualunque esso sia, genera inevitabilmente forme di criminalità che si adattano al medesimo. Ciò si è verificato anche con il mercato del carbone. Alcune di queste forme di criminalità non incidono sull’integrità del mercato. Nell’UE destò particolare preoccupazione la frode IVA che si realizzò nel trasferimento di quote di emissione, che nel nostro paese ha dato origine a importanti procedimenti giudiziari. Si trattava di un caso paradigmatico di frode carosello, simile a ciò che accade nel commercio intracomunitario di beni. Allo stesso modo, i registri pubblici, che attestano i diritti di emissione e le transazioni, sono stati oggetto di attacchi informatici, mediante i quali si sono creati nuovi diritti o si è alterato il registro delle transazioni; vale a dire, condotte che possono considerarsi costitutive di reati di falso in documento pubblico – la cui rilevanza è aumentata anni fa con il carattere elettronico del documento – in concorso mediale (*concurso medial*) con un reato di hacking o pirateria informatica. Naturalmente vi sono stati anche casi di truffe, sfruttando la novità di questi nuovi strumenti negoziabili e l’inesperienza di molti investitori⁴³.

In ogni caso, in aggiunta a tali comportamenti, ne sono emersi altri che alterano direttamente l’integrità del mercato. Questi ultimi non sono stati posti in essere attraverso operazioni lesive per i diritti di emissione, bensì operando su quelli che, graficamente e per semplificare, denominerò diritti di contaminazione (EUR e CER), i quali sono quelli che si ottengono attraverso l’investimento in progetti *green* e in energie rinnovabili in paesi del terzo mondo o in via di sviluppo. Il denominatore comune di tali condotte consiste nella creazione di diritti di emissione inesistenti che si collocano poi nel mercato⁴⁴.

⁴² A favore di un maggiore intervento penale, con considerazioni simili, si veda Matthew HALL: 2016.

⁴³ Cfr. INTERPOL: 2013, pp. 18 ss.

⁴⁴ Si vedano le analisi dell’ INTERPOL: 2013, pp. 11 ss; v. altresì GLOBAL WITNESS, *Forest Carbon & Cash Crime*, September, 2011; DELOITTE, *Carbon credit fraud: The white collar crime of the future*, november, 2009.

Tale condotta genera un incremento irregolare della sua offerta che, logicamente, determina un calo dei prezzi e provoca l'inefficienza del mercato. Ciò pregiudica gli investitori da un punto di vista puramente finanziario, ma ostacola altresì il conseguimento degli obiettivi climatici. Un eccesso di offerta nei diritti di decontaminazione, insieme al conseguente calo dei prezzi, permette alle imprese con eccessi di gas di emissione di acquistarli a prezzi insolitamente bassi. In tale scenario, gli incentivi a diminuire le proprie emissioni sono limitati, poiché il meccanismo di Kyoto funziona solo se risulta più conveniente ridurre le proprie emissioni piuttosto che comprare quote per compensarle.

Esistono diversi fattori che provocano questo tipo di irregolarità. Le condotte in questione si sono verificate in paesi del terzo mondo o in via di sviluppo, nei quali esistono alti indici di corruzione e non si riscontra la capacità tecnica per creare registri affidabili che garantiscano l'autenticità dei documenti elettronici dei crediti Kyoto. Neppure esiste, in virtù della debolezza di questi stati, un sistema di supervisione capace di assicurare che i progetti vengano portati a termine e possiedano le dimensioni e le caratteristiche tecniche previste. Si tenta di far fronte a questa debolezza mediante un sistema di certificazione indipendente (*Third Party Validation*), ma ancora una volta sono emersi casi di corruzione e conflitto d'interessi. Ad esempio, tali organismi di certificazione possono ricevere il pagamento in prima istanza dai promotori del progetto.

A questo si somma una debolezza intrinseca dei diritti conseguiti tramite investimenti *green*. Il loro calcolo si basa su un complesso giudizio ipotetico. Per esempio, se in un progetto ARU un governo o una impresa di un paese sviluppato investe in un progetto di energia pulita, il calcolo dei crediti concessi deriva dalla differenza tra la riduzione effettiva delle emissioni di gas e quelle che avrebbero avuto luogo in assenza del progetto. Il calcolo richiede di escludere quegli investimenti che si sarebbero effettuati in ogni caso, vista l'obsolescenza dei mezzi di produzione. Lo stesso avviene quando si investe in progetti finalizzati non al disboscamento, bensì ad evitare la deforestazione o la degradazione delle masse verdi. In tale contesto, non desta stupore il fatto che si sia coniato il termine *carbon crime* per descrivere pratiche come la certificazione irregolare di quote ERU o CER, attraverso il sovradimensionamento dei progetti o dei loro rendimenti; la creazione di quote senza alcuna corrispondenza con i progetti in essere; ipotesi di doppia vendita, e via dicendo.

Tali comportamenti possono ovviamente essere sanzionati mediante diverse fattispecie incriminatrici (falsità, corruzione, ecc.), ma nessuna di esse coglie il danno che i comportamenti in questione arrecano al mercato dei gas serra e, di conseguenza, alla lotta contro il cambiamento climatico. L'emissione di diritti di decontaminazione inesistenti causa un eccesso di offerta, che riduce i prezzi e gli incentivi affinché le imprese limitino le proprie emissioni. In altre parole, inquinare diviene più economico.

Ciò, peraltro, mina anche il principio del *polluter pays*, che costituisce la pietra miliare del diritto ambientale europeo. Ancora una volta, e come si è già segnalato in

relazione alla condotta di eccesso di emissioni non compensata, il problema risiede nel fatto che i reati di *insider trading* e, specialmente nel caso in questione, di manipolazione del mercato sono costruiti sulla base dell'esperienza storica di mercati profondamente differenti. Nonostante gli sforzi realizzati dal suddetto Regolamento sull'abuso di mercato, la realtà dimostra come le condotte criminose in tali mercati presentino fisionomie differenti.

Alla luce di quanto si è detto, sarebbe conveniente aprire un dibattito riguardo alla criminalizzazione di tre condotte. In primo luogo, come abbiamo segnalato, la mancata compensazione dei gas serra da parte delle imprese obbligate. Questa prima condotta genera distorsioni nel mercato dovute ad una contrazione della domanda. In secondo luogo, l'immissione nel mercato di diritti di emissione ERU o CER inesistenti, vuoi perché sono stati simulati nella loro totalità, vuoi perché derivano da un sovradimensionamento della capacità di ridurre efficientemente le emissioni nei progetti *green*. In terzo luogo, i casi di vendite multiple dei medesimi diritti. Le due ultime condotte producono l'effetto inverso, alterando l'integrità del mercato nella misura in cui accrescono illecitamente l'offerta.

Logicamente, se ogni emissione non compensata o la messa in circolazione di un numero insignificante di diritti di decontaminazione fossero considerate condotte criminose, il principio di proporzionalità risulterebbe violato. Similmente al caso dei reati di abuso di mercato, è necessario stabilire una soglia di gravità che separi le sanzioni penali da quelle amministrative. Tuttavia, quando si deve tracciare detta linea di demarcazione, occorre tenere in considerazione che il bene giuridico in gioco in questo caso non è puramente finanziario o di protezione di un mercato, bensì è legato alla lotta contro il cambiamento climatico e dunque la sopravvivenza del pianeta. In altri termini, sarebbe possibile intervenire a partire da una soglia notevolmente più bassa di quella – peraltro assurda – prevista dall'art. 284 CP.

3.2. Il diritto penale del clima basato sulla neutralità climatica.

Il Regolamento UE 2021/119 del 30 giugno, con il quale si stabilisce la disciplina quadro per raggiungere la neutralità climatica, possiede un valore simbolico, programmatico e costituzionale. Simbolico perché, con chiari riferimenti al *New Deal* di Roosevelt, sembra auspicare un cambiamento del modello economico dell'UE. Se il *New Deal* degli anni Trenta del secolo scorso condusse alla realizzazione dello stato sociale, attraverso un deciso intervento dello Stato nella sfera economica, si promuove oggi un analogo intervento al fine di realizzare uno stato *green*. Infatti, il pacchetto di aiuti, misure di impulso e così via adottato dall'UE in vista del raggiungimento del nuovo traguardo in questione, in base a quanto dichiarato dalla Presidente della Commissione, ammonterà al 30% del bilancio pluriennale⁴⁵. Si tratta di una

⁴⁵ Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, il Green Deal Europeo*, COM/2019/640 final, del 11 Dicembre 2019.

dichiarazione programmatica, in quanto fissa irreversibilmente l'obiettivo della neutralità climatica per il 2050 nell'Art. 1. Ciò significa che il totale delle emissioni di gas prodotte nell'UE in quel momento dovrà essere completamente compensato, ricavando una somma zero, mediante la creazione di pozzi di assorbimento. Questo obiettivo finale è completato da una sorta di "traguardo mobile", secondo il quale entro il 2030 si dovrà ottenere una riduzione del 50% dei gas rispetto ai livelli del 1990. Da ultimo, la dichiarazione assume anche una valenza di impegno costituzionale: se si considera l'obiettivo in questione vincolante, tale dichiarazione sembra voler segnalare che in futuro qualunque norma giuridica dell'UE, nonché soprattutto degli Stati, che contravvenga a questo obiettivo non potrà essere applicata, in virtù del primato del diritto UE.

La Legge climatica europea, dato il suo carattere programmatico e costituzionale, non stabilisce misure legislative concrete. Essa indica semplicemente che l'UE e gli Stati membri adotteranno le misure pertinenti per raggiungere gli obiettivi delineati, stabilendo una serie di meccanismi di valutazione e un quadro istituzionale (Consiglio Europeo del Clima). Ai fini del presente lavoro, non si stabilisce che le imprese, o perfino i cittadini europei, siano destinatari di un obbligo di neutralità climatica. Per questo motivo, un diritto penale climatico articolato a partire dall'obbligo di neutralità climatica resta una pura speculazione. Tuttavia, come ha recentemente sottolineato Helmut Satzger⁴⁶, ciò non impedisce certo che si inizi a scorgerlo.

In linea con quanto affermato sopra, il diritto penale climatico dovrebbe configurarsi attraverso reati di accumulo, i quali punirebbero le emissioni di gas non compensate. Allo stesso modo, al fine di rispettare il principio di proporzionalità, il diritto penale dovrebbe intervenire a partire da una soglia determinata. Ciò implicherebbe, fondamentalmente, circoscrivere tale intervento alle imprese, le quali, a causa delle loro attività sono le principali produttrici di grandi emissioni di gas serra.

La condotta tipica essenziale del futuro diritto penale del clima risulterebbe sostanzialmente diversa da quella attualmente criminalizzata. Se oggi la condotta di base è l'emissione di gas serra in assenza di compensazione attraverso i corrispondenti diritti di emissione, nel futuro diritto penale del clima, la violazione fondamentale consisterebbe nel non essere climaticamente neutrali, ovvero, avere un saldo netto di emissioni positivo, superiore a zero⁴⁷. La differenza è considerevole. Attraverso la regolamentazione attuale è consentita l'emissione di gas sotto una specifica soglia, sempre che la si compensi vuoi mediante l'acquisto di ulteriori diritti di emissione (vale a dire, di diritti a inquinare ancora di più), vuoi attraverso quelli che sopra ho denominato diritti di decontaminazione. La neutralità climatica esige emissioni zero, con la conseguenza che le emissioni si possono compensare solo attraverso l'investimento in serbatoi, progetti *green* oppure l'acquisto di diritti URE e CER.

Esisterà pertanto un mercato climatico, ma in esso si scambieranno esclusivamente diritti di decontaminazione, la cui rilevanza risulterebbe ancora

⁴⁶ Cfr. Helmut SATZGER e Nicolai VON MALTITZ: 2021 y Helmut SATZGER: 2021.

⁴⁷ Cfr. Helmut SATZGER/Nicolai VON MALTITZ: 2021, p. 23 ss.

maggiore. La neutralità climatica implica che i diritti di emissione – ovvero, i diritti ad inquinare ulteriormente – scompaiano in quanto strumenti finanziari, così che i diritti di decontaminazione resterebbero gli unici titoli negoziabili. In tale scenario, urge assicurare l'integrità di questa sezione del mercato che, come abbiamo segnalato, si mostra particolarmente debole – significativamente più debole di quella parte di mercato costituita dai diritti di emissione⁴⁸. Perciò, in linea con quanto si è proposto sopra, sarebbe necessario non solo introdurre alcune modifiche al reato di manipolazione del mercato, ma altresì potenziare la cooperazione giudiziaria e la supervisione sulla concessione di diritti di decontaminazione incentrate sulla creazione di serbatoi o sull'investimento in progetti *green*. Nella misura in cui la supervisione e la certificazione di tali diritti dovranno in molti casi essere affidate a imprese private di certificazione, sarebbe inoltre opportuno riflettere sulla responsabilità in cui incorrono e, soprattutto, sulla possibilità di estendere il reato di corruzione tra privati agli organi direttivi e ai dipendenti che svolgono questo tipo di attività o, meglio ancora, di assimilarli ai pubblici ufficiali, in modo simile, per esempio, a quanto dispone la clausola di assimilazione contenuta nell'art. 423 del CP.

A questa condotta di base sarebbe opportuno aggiungere altre che garantiscano, per esempio, l'affidabilità dei registri contabili che le imprese devono conservare per comprobare la loro neutralità climatica. Così come la contabilità mercantile, anche quella climatica dovrebbe costituire oggetto di tutela penale. Converrebbe inoltre assicurare che la responsabilità individuale per violazione degli obblighi climatici venisse situata al vertice dell'organizzazione. A questo scopo, come avviene già, ad esempio, nell'ambito dell'adempimento degli obblighi fiscali o della revisione dei bilanci annuali, un membro del consiglio di amministrazione dovrebbe essere ritenuto individualmente responsabile del raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica da parte dell'impresa. Tale responsabilità dovrebbe essere considerata indelegabile.

La proposta di Helmut Satzger contiene un'interessante proposta riguardo alle sanzioni da applicare, con un particolare riferimento al ricorso alle *smart sanctions*⁴⁹. A prescindere da queste proposte, per quanto riguarda le sanzioni da applicare alle persone giuridiche, occorre tenere in considerazione che la sanzione pecuniaria in questo ambito risulta particolarmente inefficiente, poiché, ammesso che sia sempre agevole, nel caso specifico è facile si finisca per assimilarla a un costo addizionale. Se il mercato climatico non funziona correttamente ed è soggetto ad un'elevata volatilità, proprio come succede al giorno d'oggi⁵⁰, può garantire maggiore sicurezza sopportare il costo di una multa, piuttosto che avventurarsi nell'acquisto di attivi finanziari dal prezzo incerto. Una sanzione come l'intervento climatico dell'azienda, consistente ad esempio nell'obbligo di includere un membro indipendente del consiglio di amministrazione il

⁴⁸ Si veda, in aggiunta a quanto precedentemente suggerito, Iñigo SAIN RUBIALES: 2010, p. 170 ss, manifestando la debolezza dei meccanismi basati su progetti.

⁴⁹ Helmut SATZGER: 2021, p. 1746

⁵⁰ Come evidenzia ESMA: 2021, il mercato dei diritti di emissione presenta profili di maggiore somiglianza rispetto al mercato delle materie prime, ad esempio a quello dell'oro, a causa delle fluttuazioni che lo interessano, piuttosto che ad un mercato finanziario convenzionale.

cui unico obiettivo sia quello di tutelare il clima, al fine di attuare misure volte a garantire la neutralità climatica, potrebbe risultare ben più adeguata.

4. Un approccio alternativo: la protezione del clima attraverso il diritto penale economico dei diritti umani.

Lo sviluppo di un diritto penale del clima sulla base della neutralità climatica è, evidentemente, un possibile scenario futuro. Risulta invece un po' più realistica la possibilità di affrontare la criminalità climatica dalla prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani. Come si è accennato nell'introduzione, si aprono a questo punto due possibilità. Da un lato, quella di ricorrere ai crimini tradizionali del diritto penale internazionale, il cui fine consiste nella protezione dei diritti umani. Dall'altro, quella di utilizzare una via, sì indiretta ma forse più efficace, quella cioè di ricorrere agli obblighi di *due diligence* che oggi gravano le grandi imprese europee.

4.1. Una via impraticabile: il diritto penale internazionale.

Mettendo da parte il dibattito relativo alla introduzione di un crimine di ecocidio, del quale si è già discusso, la via convenzionale per sviluppare questo approccio al tema sarebbe quella di ricorrere alle attuali fattispecie del diritto penale internazionale e, specificatamente, a quella che punisce i crimini contro l'umanità. In quest'ottica, il cambiamento climatico dovrebbe essere interpretato come un attacco generalizzato e sistematico contro la popolazione civile, frutto della politica di un'organizzazione (elemento di contesto), che si materializza in alcuno dei comportamenti ai quali fa riferimento l'art. 7 dello Statuto di Roma. A tal fine, risulterebbero particolarmente rilevanti le migrazioni forzate di una popolazione (art. 7 1. A) o la realizzazione di qualunque altro atto che provochi intenzionalmente grandi sofferenze o che minacci gravemente l'integrità fisica quanto la salute, mentale o fisica⁵¹.

Sebbene non si possa dubitare che il cambiamento climatico stia producendo migrazioni climatiche, né che fenomeni come la siccità e le inondazioni provochino grandi sofferenze che minano l'integrità fisica o la salute, mentale o fisica, a causa ad esempio di carestie, le possibilità di applicare la fattispecie che punisce i crimini contro l'umanità al fenomeno del cambiamento climatico rappresentano un esercizio puramente teorico. In primo luogo, si discute ampiamente sulla possibilità che la politica dell'organizzazione, che integra l'elemento di contesto del crimine contro l'umanità, possa consistere in una politica impresariale, quale quella di una grande multinazionale

⁵¹ Diffusamente Geoff GILBERT: 2014.

estrattiva⁵². Se si pensa a casi emblematici come quello di Texaco in Ecuador⁵³, risulta possibile constatare come un'impresa sia capace di attuare nel corso del tempo una politica duratura di aggressione all'ambiente, distruggendo masse forestali che costituiscono serbatoi naturali utili all'assorbimento di CO₂. Lo stesso si potrebbe dire, per esempio, rispetto al caso Volkswagen, che per mezzo di un dispositivo fraudolento ha fatto sì che i suoi veicoli emettessero gas di scarico nell'atmosfera per anni. Nonostante ciò, come noto, la dottrina maggioritaria al giorno d'oggi non ritiene possibile che la politica costitutiva dell'elemento di contesto venga posta in essere da un attore non statale, specialmente da un'impresa.

In secondo luogo, bisognerebbe dimostrare il nesso di causalità tra l'emissione di gas o la distruzione di serbatoi naturali (masse forestali ecc.) e i concreti effetti prodotti dal cambiamento climatico che hanno provocato morti, lesioni, migrazioni ecc. Nel caso del *Dieselegate*, gli ostacoli nel dimostrare il nesso causale risultano evidentemente insormontabili per le medesime ragioni esposte nei paragrafi precedenti. Nel caso di Texaco, la soluzione potrebbe essere diversa, però unicamente alla condizione di mettere da parte la variabile dell'impatto climatico e concentrandosi sul danno che la sua condotta di inquinamento e di devastazione di massa della foresta pluviale ha generato sulle popolazioni indigene. La fattispecie di lesa umanità esige l'adozione di una prospettiva assolutamente antropocentrica, nella quale l'ambiente, e ancor più il clima, svolgono un ruolo irrilevante.

In terzo luogo, infine, per quanto riguarda l'elemento soggettivo della fattispecie, i comportamenti a cui si fa riferimento richiedono per lo più la sussistenza di un dolo diretto. Anche ammettendo, in alcuni casi, la responsabilità a titolo di dolo eventuale, ipotesi discussa nel diritto internazionale, la sua prova risulterebbe complessa, quantomeno se si intende analizzare la fattispecie di lesa umanità a partire dagli effetti prodotti dall'alterazione del clima sulla vita umana come conseguenza delle emissioni di gas a effetto serra.

⁵² Si tratta di un aspetto cruciale nella struttura del crimine in questione e nella discussione attuale riguardo ai denominati crimini economici contro l'umanità, all'ecicidio o al diritto penale internazionale economico. Sul tema, si veda Adán NIETO MARTIN: 2021; imprescindibile Libia ARENAL LORA, *Crímenes económicos en Derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes internacionales*, Aranzadi, 2019. Una possibilità interessante, al momento di attribuire significato all'elemento costitutivo della politica nel crimine contro l'umanità e, in generale, nel contesto di questi nuovi terreni del diritto penale internazionale, è quella di utilizzare il concetto di criminalità corporativa statale. Difatti, il riscaldamento globale va di pari passo con quegli stati che non regolano tale fenomeno al servizio, in larga misura, anche se non esclusivamente interessi economici privati. Tale approccio è molto diffuso quando si tratta di qualificare il riscaldamento climatico come un caso di ecicidio, si veda al riguardo Ronald C. KRAMER and Raymond J. MICHALOWSKI: 2012.

⁵³ Si veda lo studio del caso in questione di Libia ARENAL LORA, *Las graves formas contemporáneas de victimización. Los crímenes económicos contra la humanidad*, Fundación para la Cooperación Solidaridad en Acción, 2017, p. 165 ss.

4.2. *Obblighi di due diligence e Greenwashing.*

Il dibattito sulla relazione tra imprese e diritti umani risale agli anni Settanta del secolo scorso. In via di estrema sintesi, è possibile affermare che a partire dall'introduzione dei Principi Guida delle Nazioni Unite per le imprese si è iniziato a percorrere la via del compromesso tra due tendenze opposte. Da un lato, quella che tenta di collocare le imprese in una posizione simile a quella degli Stati in relazione ai diritti umani, con l'aspirazione di introdurre una convenzione internazionale (strumento vincolante). Dall'altro, quella che equipara le imprese alle persone fisiche e che sostiene, di conseguenza, che la responsabilità delle prime nei confronti dei diritti umani si fonda su una base volontaria, vale a dire, tramite il meccanismo della Responsabilità Sociale Corporativa. Il *Global Compact* costituisce un esempio della tendenza in questione. I Principi Guida costituiscono, invece, una via intermedia. Essi si articolano sul presupposto secondo il quale gli Stati sono gli unici attori vincolati, però obbligano questi ultimi ad assicurare il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese con sede legale stabilita nel loro territorio nazionale⁵⁴. Al di là di tale presa di posizione, peraltro non innovativa, ciò che caratterizza i Principi Guida è il fatto di sancire un obbligo di *due diligence* nei confronti delle imprese. Gli Stati devono quindi esigere che le imprese ivi stabilitesi rispettino i diritti umani implementando nella loro organizzazione un sistema di *compliance* che prevenga o minimizzi il rischio che l'attività dell'impresa violi i diritti umani e che istituisca, ove opportuno, meccanismi riparativi. A differenza del sistema tradizionale di *compliance*, gli obblighi di *due diligence* in questione si estendono alle filiali e alla catena di approvvigionamento⁵⁵.

I Principi Guida delle Nazioni Unite collegano tali obblighi di *due diligence* esclusivamente ai diritti umani contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nei principali strumenti in cui essa è stata "codificata" (la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici e la Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali), includendo inoltre le otto convenzioni fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Sebbene a causa della rigida limitazione del termine "diritti umani" l'ambiente non sia compreso, così come non emerge alcun riferimento al cambiamento climatico, il rispetto della normativa ambientale di ogni Stato da parte delle imprese è già contemplato nei Principi Guida come un elemento integrante degli obblighi delle imprese stesse⁵⁶. Allo stesso modo, e nonostante anche

⁵⁴ Per una accurata analisi in materia, si veda Ignacio FORCADA BARONA, *Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y Derechos humanos*, in Eduardo DEMETRIO CRESPO/Adán NIETO MARTIN, *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 53-86.

⁵⁵ Per un'analisi esaustiva sul tema in questione, cfr. Adoración GUAMÁN, *La Unión europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del soft al hard law*, in Francisco ZAMORA CABOT et al. (dir.), *La lucha en clave judicial frente al cambio Climático*, Aranzadi, 2022, pp. 93-114.

⁵⁶ I Principi Guida non contemplano l'ambiente né il cambiamento climatico, nonostante nessuno metta in discussione che il cambiamento climatico sia anche una questione di diritti umani. Si veda al riguardo l'*Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General*, UN Doc. A/HRC/10/61, 15 gennaio 2009. Allo stesso modo, si vedano i dossier del Relatore Speciale John KNOX, *Report of the Special Rapporteur on the issue of Human Rights*

l'Accordo di Parigi nulla dica sull'argomento, la relazione tra ambiente, cambiamento climatico e obblighi di *due diligence* è sempre più tangibile, tanto nelle diverse dichiarazioni degli organismi internazionali quanto nelle legislazioni nazionali che disciplinano gli obblighi di *due diligence*. Tant'è che esiste già un accordo generalizzato sul fatto che il cambiamento climatico costituisce altresì un problema per la tutela dei diritti umani.

Esistono essenzialmente due famiglie normative che stabiliscono gli obblighi di *due diligence*⁵⁷. La prima vincola le aziende a stabilire programmi di *compliance* normativa in tema di diritti umani. Con un metodo di intervento di derivazione amministrativa basato sull'auto-regolamentazione vincolata, la legge francese di *due diligence* del 2017⁵⁸ e, più recentemente, quella tedesca⁵⁹ esigono che le imprese – di grandi dimensioni – attuino misure di *due diligence*. Il Parlamento Europeo⁶⁰ e la Commissione⁶¹ hanno pubblicato recentemente un progetto di Direttiva con caratteristiche simili a queste due leggi nazionali, con l'obiettivo di armonizzare le legislazioni dei Paesi membri. Mentre la legge francese di *due diligence*, contrariamente all'intenzione iniziale dei suoi redattori, da luogo esclusivamente ad una responsabilità civile, la legge tedesca prevede la possibilità di irrogare sanzioni amministrative; percorso, questo, che segue altresì il progetto di Direttiva dell'Unione.

Il secondo filone della *due diligence*, complementare al precedente, riguarda gli obblighi di trasparenza. Questi ultimi si articolano in due modalità. In California (*Global Supply Chain Act*) e nel Regno Unito (*Modern Slavery Act*) le imprese sono tenute a divulgare nelle proprie pagine *web* le misure adottate per prevenire il lavoro minorile e i lavori forzati nella loro catena di distribuzione. Ai fini del presente lavoro, di maggiore interesse risulta la normativa UE contenuta nella Direttiva 2014/95 sulle informazioni di carattere non finanziario, la quale impone altresì alle imprese di una certa dimensione – le quali in futuro includeranno tutte le società quotate – di pubblicare nei loro bilanci annuali – nella relazione sulla gestione – le misure di *due diligence* adottate⁶².

Obligations relating to the enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, UN Doc. A/HRC/31/52, 1 febbraio 2016; *Human Rights Obligations relating to the enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, Note by Secretary-General, UN Doc. A/74/161, 15 luglio 2019.

⁵⁷ Al riguardo Marta MUÑOZ de MORALES, *Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos*, *Polit. Crim.* Vol. 15, N° 30 (Dicembre 2020), Art. 14, pp. 948-992; Adán NIETO MARTIN, *Towards a European Economic Criminal Law of Human Rights*, *EuCLR*, 2021, n° 1 (= *Indret Penal 4/2020*), Rosella SABIA, *The Accountability of Multinational Companies for Human Rights Violations-Regulatory Trends a New Punitive Approaches Across Europe*, *EuCLR*, n° 1, 2021, pp. 36-62.

⁵⁸ Art. L 225-102-4 *Code du commerce*.

⁵⁹ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferkarte*, Vol 16 luglio 2021.

⁶⁰ Parlamento Europeo, P9_TA (2021) *Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese*. Risoluzione del Parlamento Europeo del 10 de marzo 2021, con differenti raccomandazioni alla Commissione sulla *due diligence* delle aziende e la responsabilità corporativa, 2020/2129 (INL).

⁶¹ Commissione Europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (EU) 2019/1937*, Bruxelles, 23.2.2022, COM (2022) 71 finale. 2022/0051 (COD).

⁶² Si veda Lorena SALES PALLARÉS/Maria Chiara MARULLO, *Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial*, Cuadernos de Derecho Europeo de Deusto, n° 63/2020, pp. 207-235.

L'evoluzione della normativa di *due diligence*, almeno nell'UE, evidenzia che gli obblighi ambientali e, in particolare, quelli relativi al cambiamento climatico formano parte integrante della *due diligence*. Infatti, la legge tedesca di *due diligence* nella catena di distribuzione contiene un riferimento espresso ai rischi ambientali. Tale legge menziona la maggior parte delle convenzioni internazionali, in forma separata e autonoma rispetto agli altri diritti umani. Nella normativa UE, la proposta di direttiva in tema di *due diligence* richiede agli Stati membri (art. 15) di garantire che le imprese vincolate al rispetto dei relativi obblighi "adotti[no] un piano atto a garantire che il modello di business e la strategia aziendale perseguiti siano compatibili con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C in conformità dell'accordo di Parigi". L'importanza del cambiamento climatico nella normativa in tema di *due diligence* risulta centrale e, nelle intenzioni della Commissione europea, tale normativa si iscrive nel summenzionato *Green Deal* europeo⁶³.

Il riferimento all'ambiente e al cambiamento climatico viene esplicitamente inserita anche negli standard europei che promuovono la *due diligence* delle imprese attraverso misure di trasparenza. La direttiva 2014/95 fa esplicita menzione della necessità che le imprese forniscano informazioni riguardo alle proprie politiche in materia di protezione ambientale. Lo stesso vale per le informazioni sulla responsabilità sociale (Direttiva 2004/109, Direttiva 2006/43 e Regolamento 537/2014). Negli emendamenti attualmente in discussione in materia, la Commissione prevede l'inclusione di misure di prevenzione dei danni ambientali. Le proposte di riforma delle direttive 2014/95 e 2013/34 sulla rendicontazione della responsabilità sociale richiederebbero a tutte le società quotate di divulgare i loro programmi per garantire che il loro modello di *business* sia compatibile con la transizione verso un'economia sostenibile e in particolare con il rispetto dell'Accordo di Parigi⁶⁴. Il processo di riforma risulta altresì innovativo nello stabilire il modello di informativa da adottare, aumentando la standardizzazione e autorizzando la Commissione a pubblicare modelli di riferimento. Risulta inoltre significativa la previsione di un regime di *audit* maggiormente rigoroso per accertare la veridicità dei rapporti di *due diligence*.

La modalità mediante la quale risulta possibile sanzionare l'inosservanza degli obblighi di *due diligence* e di quelli di trasparenza ad essi associati è attualmente oggetto di dibattito. Da un lato, sia la normativa tedesca che il progetto di direttiva della Commissione prevedono chiaramente che, ad esempio, un'impresa con elevate emissioni di rifiuti, che non abbia adottato misure per mitigarle e ridurre così il loro impatto sui diritti umani, potrebbe essere soggetta a sanzioni amministrative. Nei casi di inadempimento grave, laddove l'impresa non abbia adottato misure correttive, le sanzioni previste potrebbero persino essere di natura penale, come propone l'art. 20.2 della proposta di direttiva in tema di *due diligence* presentata dalla Commissione. Risulta

⁶³ Commissione Europea: 64, p. 1 y 8 ss., con esplicito riferimento al mercato dei gas serra.

⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2013/34/UE, la Direttiva 2004/109/CE, la Direttiva 2006/43/CE e il Regolamento (UE) n.º 537/2014, per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, COM(2021) 189 final.

peraltro interessante vagliare la possibilità di sanzionare il *greenwashing* come un'ipotesi di falso in bilancio (art. 290) o, in altri casi, di illecito pubblicitario⁶⁵.

Il punto debole maggiormente significativo della trasparenza in materia di ambiente, di sostenibilità o, nel nostro caso, riguardo alle misure adottate per lottare contro il riscaldamento globale, è ravvisabile nel fatto che essa non può evitare che le informazioni rese finiscano per trasformarsi in una mera forma di pubblicità, priva di alcuna attendibilità. Ciò condurrebbe al fallimento della trasparenza come strumento di controllo sociale del comportamento delle imprese, sul quale si basa l'intero apparato normativo in questione. La sua finalità ultima è che gli investitori, ma altresì le ONG e altri *stakeholders* esercitino pressione sull'ente, costringendolo a migliorare gradualmente le sue misure di controllo o, se si preferisce, il suo sistema di autoregolamentazione. La disciplina basata sulla trasparenza, la quale risale a Brandais (*sunlight is the best disinfectant*), persegue lo scopo di assicurare una migliore regolamentazione, concedendo un margine di discrezionalità alle imprese affinché individuino la via più efficiente per raggiungere un determinato obiettivo. A tal fine, la trasparenza si avvale degli incentivi che offre il mercato (investitori), ma altresì della pressione che può provenire da altri attori della società civile. L'efficacia di tale forma di regolamentazione risulta frustrata quando esiste, a causa del *Greenwashing*, una discordanza tra un'attuazione deficitaria – o inesistente – delle politiche ambientali e un'implementazione ben più efficace delle misure di comunicazione.

La proposta di direttiva della Commissione europea sull'informazione di impresa in materia di sostenibilità accoglie molti degli spunti elaborati riguardo al fenomeno in questione: migliora il sistema di *auditing*, promuove modelli di informazione sempre più standardizzati, la cui scelta non viene rimessa nelle mani dell'impresa, precisa che le informazioni in questione devono formare parte dei bilanci annuali e così via. La miglioria della qualità delle informazioni non finanziarie, da realizzarsi attraverso una maggiore regolamentazione, va di pari passo all'importanza che assume il bene giuridico tutelato: l'immagine fedele dell'impresa riguardo alle sue misure di sostenibilità fa sì che si possa avviare già ora un dibattito attento riguardo all'opportunità di assoggettare a sanzioni penali il "lavaggio verde" o, in altri termini, le falsità o irregolarità in questo tipo di informazioni. La proposta di direttiva della Commissione europea (art. 1) modifica l'art. 51 della direttiva 2013/34 richiedendo agli Stati membri che prevedano sanzioni per le irregolarità (falsità) più gravi all'interno dei resoconti in tema di sostenibilità. La proposta annovera una serie di fattispecie aggravate (art. 51.3) rispetto alle quali si potrebbe persino ipotizzare una responsabilità di carattere penale⁶⁶. Su questa linea, alcuni paesi dell'Unione europea, tra cui la Germania (para. 334. 3 (a) HGB), puniscono espressamente questo tipo di falsità.

⁶⁵ Sulla nozione di *greenwashing*, DE FREITAS NETTO S., et al., Concepts and forms of greenwashing: a systematic review, *Environmental Sciences Europe*, (2020), 32:19; William LAUFER, Responsabilidad social y Greenwashing Corporativo. en Pablo GALAIN/Eduardo SAAD DINIZ (eds.) *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 193-206.

⁶⁶ Commissione europea, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per

In Spagna, *de lege lata*, sanzionare le falsità nelle informazioni in tema di sostenibilità e, in generale, delle altre pratiche di *greenwashing* risulta quantomeno complesso. In linea di principio, un reato pubblicitario potrebbe essere la figura da utilizzare quando l'informazione di carattere non finanziario è presentata in forma simile alla pubblicità. Si pensi ad esempio al caso di una compagnia aerea che, nel momento dell'acquisto di un biglietto *online*, pubblicizzi che la compagnia stessa è climaticamente neutra. Non si può mettere in dubbio che questo tipo di informazione sia di natura pubblicitaria, in quanto destinata ad incentivare l'acquisto. Il problema risiede nella possibilità o meno di affermare che le informazioni false generino un danno grave e manifesto ai consumatori, nonché di ritenere che esse incidano su aspetti essenziali del prodotto o servizio, come richiede la dottrina.

Se si intende che fattispecie del reato pubblicitario è volta a criminalizzare condotte in un ambito previo a quello della truffa, e se il danno deve essere interpretato in un'ottica patrimoniale⁶⁷, l'affermazione del pregiudizio patrimoniale grave dipende dal concetto di patrimonio che si privilegia⁶⁸. Se si adotta un concetto personale e si considera che proteggere il patrimonio significhi proteggere la libera disposizione del suo titolare, rispettando i suoi fini, si può sostenere l'esistenza di un reato pubblicitario. Tale concezione del patrimonio non apre le porte all'incertezza giuridica, attribuendo rilevanza a qualunque tipo di finalità per quanto singolare questa sia. Non tutti gli scopi perseguiti dal titolare del patrimonio possiedono la medesima rilevanza dal punto di vista dell'ordinamento giuridico. Esistono finalità irrilevanti o stravaganti che non meritano di essere tutelate penalmente. Tuttavia, quando è l'ordinamento stesso a esigere trasparenza climatica e, in generale, in materia di diritti umani alle imprese, ciò implica che tale finalità riceve un importante riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico e che, di conseguenza, possa essere presa in considerazione tra quelle rilevanti nell'ambito della tutela del patrimonio.

Tale ragionamento può altresì estendersi all'art. 290 CP, nelle ipotesi in cui si considera la possibile sussistenza di falsità dell'informazione di carattere non finanziario. In modo più chiaro del reato pubblicitario, l'art. 290 CP annovera altresì il

quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, art. 1, modifica dell'art. 51.3 della direttiva 2013/34/UE: «Gli Stati membri provvedono affinché, nel determinare il tipo e l'entità delle sanzioni o delle misure amministrative di cui al paragrafo 2, si tenga conto di tutte le circostanze pertinenti, ossia: a) la gravità e la durata della violazione; b) il grado di responsabilità della persona fisica o giuridica responsabile; c) la solidità finanziaria della persona fisica o giuridica responsabile; d) l'entità dei profitti realizzati o delle perdite evitate dalla persona fisica o giuridica responsabile, nella misura in cui tali profitti e perdite possano essere determinati; e) le perdite subite da terzi a causa della violazione, nella misura in cui tali perdite possano essere determinate; f) il livello di cooperazione della persona fisica o giuridica responsabile con l'autorità competente; g) le precedenti violazioni da parte della persona fisica o giuridica responsabile».

⁶⁷ Cfr. Juan Antonio LASCURAIN SANCHEZ, *Delitos contra los consumidores*, in Norberto DE LA MATA et al.: 2018, p. 451.

⁶⁸ Sulla nozione di patrimonio, per tutti, si veda Adela ASUA BATARRITA, *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales*, *ADPCP*, 1993, p. 57 ss; Norberto DE LA MATA BARRANCO, *El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa*, in Luis ARROYO ZAPATERO/Adán NIETO MARTIN, *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2006, pp. 205-230.

patrimonio tra i beni giuridici tutelati, congiuntamente alle funzioni che le rendicontazioni annuali svolgono a livello sociale⁶⁹. Se ci si attiene a quest'ultimo bene giuridico, che dovrebbe in realtà essere l'unico tutelato dall'art. 290, risulta chiaro che i bilanci annuali sono oggi destinati a svolgere una funzione sociale più importante di quella volta a garantire la correttezza delle decisioni patrimoniali. La direttiva 2014/95 precisa chiaramente che i bilanci annuali sono altresì volti a fornire al pubblico informazioni sulle prestazioni ambientali o sull'impegno delle grandi imprese nei confronti della tutela dei diritti umani⁷⁰. Ciò che interessa all'ordinamento è l'utilizzo dell'informazione come strumento di controllo sociale delle *corporations* e non vi è nulla di illegittimo nel fatto che il diritto penale tuteli tale funzione moderna dell'informazione societaria. Sebbene l'art. 290 sembri precludere qualunque tipo di velleità nei confronti dell'applicazione di un concetto personale di patrimonio, laddove esso prevede espressamente il requisito della sussistenza di un "pregiudizio economico", si deve tenere conto dell'importanza che oggi attribuiscono gli investitori, sia privati che istituzionali, ai profili in tema di RSC, alle politiche ambientali o ai diritti umani al momento di canalizzare i loro investimenti. Le informazioni in questione costituiscono sempre di più una delle basi essenziali quando si tratta di prendere decisioni di carattere patrimoniale.

5. Conclusioni: il futuro dell'internazionalizzazione del diritto penale dell'ambiente.

La lotta contro il cambiamento climatico è solo uno dei volti del processo di internazionalizzazione del diritto penale dell'ambiente. Nel corso del presente lavoro si è messo in evidenza come la tutela dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico richiedano due modelli di intervento penale differenziati e che i crimini ambientali, inclusa una futura figura di ecicidio, risultino strumenti utili per la lotta al cambiamento climatico solo in forma mediata e incidentale. La protezione penale del clima coinvolge piani diversi e forse per alcuni insospettabili fino ad oggi: quello dei reati contro il mercato dei valori, quello dei reati pubblicitari e quello dei reati di falso nei bilanci annuali. Le soluzioni proposte potrebbero rendere maggiormente efficace la protezione penale di un bene giuridico, il clima, che possiede una rilevanza cruciale non soltanto per il diritto penale, ma altresì per la vita di tutti. Altra questione è che, certamente, le sanzioni debbano essere proporzionate e tenere in considerazione che il cambiamento climatico è dovuto all'accumulo di migliaia di condotte, anche solo limitandosi alla considerazione di quelle illecite. L'attuazione efficace del diritto penale esigerebbe, come spesso accade, l'adozione di misure extrapenali che incrementino la supervisione dei progetti volti a creare serbatoi e migliorare l'efficienza energetica. Allo stesso modo, risulta poi imprescindibile un miglioramento nella cooperazione giudiziaria con paesi con i quali essa non si è affatto rivelata una pratica semplice.

⁶⁹ Adan NIETO MARTIN, *Falsedades documentales en la empresa*, en Norberto DE LA MATA et al.: 2018, p. 715.

⁷⁰ DO C 215, 7.5.2017, p. 5.

Al di là del diritto penale climatico, il percorso verso la costruzione di un diritto penale ambientale possiede oggi dei contorni più definiti di quanto non fosse un decennio fa, quando scrissi il mio primo contributo sul tema. La creazione del crimine di ecicidio come quinto *core crime*, auspicata anche da Papa Francesco, è certamente una questione di grande rilevanza⁷¹, ma occorre fare attenzione nel costruire una fattispecie incriminatrice che potrebbe avere un forte carattere simbolico sulla sua capacità di fornire una tutela efficace. Ciò alimenterebbe ulteriormente le critiche all'inefficacia e alla natura simbolica del diritto penale internazionale, nonché sull'operato della Corte penale internazionale⁷². Nel frattempo, risulterebbe di estremo interesse, nonché più efficace e realistico, fare progressi nell'elaborazione di uno strumento internazionale che, utilizzando la formula della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione nelle transazioni economiche internazionali, sanzioni le condotte inquinanti attribuibili ad imprese e vertici di paesi sviluppati realizzate in Paesi caratterizzati da sistemi giuridici deboli⁷³. Nel valutare la praticabilità di detta convenzione, si deve considerare, da un lato, lo stato dell'arte del diritto internazionale dell'ambiente, in cui le convenzioni internazionali⁷⁴ stabiliscono principalmente una cornice per la cooperazione, promuovendo la trasparenza tra gli Stati e l'adozione di meccanismi frutto dell'esercizio di *soft power*. Dall'altro lato, a livello nazionale, il diritto penale ambientale possiede tuttora in molti sistemi giuridici un carattere accessorio alla normativa amministrativa, a metà strada tra il diritto penale e il diritto amministrativo sanzionatorio, condizione questa che non sembra rappresentare il quadro ideale per un "assalto al cielo" del diritto penale convenzionale o transnazionale.

Si dovrebbe inoltre verificare l'adeguatezza degli strumenti attualmente in vigore volti a sanzionare il traffico di specie protette, di scorie ecc. Sono questi gli ambiti in cui si registra una maggiore densità di convenzioni internazionali, a prescindere dal fatto che tali comportamenti siano spesso perpetrati da organizzazioni criminali, nel qual caso la Convenzione di Palermo funge già da base giuridica per la loro criminalizzazione⁷⁵.

⁷¹ Discorso del Papa ai partecipanti al Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, in Muñoz de Morales (ed.), *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente. Proposta de una convención internacional sull'ecicidio e gli eco-crimini* (<https://blog.uclm.es/repmult/publicaciones/>)

⁷² Cfr. Frédéric MEGRET, *The problem of an International Law on the Environment*, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 36, 2, 2011, pp. 195-257.

⁷³ Adán NIETO MARTIN: 2020, p. 1819 s.

⁷⁴ Una rassegna completa delle convenzioni internazionali in tema di ambiente volta ad analizzare gli obblighi di incriminazione che possono derivare da esse si trova in Dominik HOTZ: 2021, p. 151 e seguenti.

⁷⁵ In merito alle interrelazioni tra criminalità organizzata e criminalità ambientale, si veda Teresa FAJARDO, *Organised Crime and Environmental Crime: Analysis of EU Legal Instruments. Study in the framework of the EFFACE research project*, Granada: University of Granada, 2015; M. L. GORE, M.L., P. BRASZAK, J. BROWN et al. *Transnational environmental crime threatens sustainable development*. *Nat Sustain* 2, 784–786 (2019). Nello stesso senso, EUROPOL, *Report on Environmental Crime in Europe*, 2016.