

Note in tema di tecniche investigative e di protocolli di indagine in materia ambientale.

Testo provvisorio

Renato Nitti – Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari

sommario

1	Premessa.....	2
2	L'abbandono di rifiuti	3
2.1	La disciplina penale applicabile.....	3
2.2	Qualificazione della condotta.....	8
2.3	Accertamento dell'abbandono	9
2.3.1	Il problema della prova del tempo dell'abbandono:	9
3	Primo fattore di complessità: l'accertamento sui residui di produzione.....	10
3.1	La ricostruzione del ciclo.....	12
3.2	Accertamenti sul trasporto	13
3.3	Accertamenti analitici e sulle analisi	15
3.3.1	L'accertamento sulle certificazioni periodiche di parte.....	15
3.3.2	Gli illeciti conseguenti	16
3.4	Accertamenti sulla spedizione transfrontaliera.....	17
4	Secondo fattore di complessità: gestione di rifiuti e atti della pubblica amministrazione.....	18
4.1	Premessa.....	18
4.2	Indagini e atto amministrativo in materia ambientale: quando non v'è questione di disapplicazione.....	20
4.2.1	La valutazione della conformità della condotta (anche assentita) allo statuto di settore 20	
4.2.1.1	in materia edilizia e urbanistica	20
4.2.1.2	in materia di disciplina della gestione dei rifiuti.....	21
4.2.2	La valutazione della condotta assentita da atto inesistente per illiceità o carenza di potere 22	
4.2.3	La valutazione dei titoli abilitativi conseguiti mediante mendacio.....	23
4.2.3.1	I reati in tema di rilascio dei titoli abilitativi.....	23
4.2.3.2	Le ricadute del mendacio sul titolo abilitativo.....	25
4.2.4	La valutazione della condotta assentita da atto inefficace	25
4.2.5	La valutazione della condotta assentita da comunicazione di inizio delle attività.26	
4.2.5.1	L'accertamento che i rifiuti vengano destinati in modo effettivo ed oggettivo al recupero 26	
4.2.5.2	La verifica del perfezionamento della prevista comunicazione di inizio di attività 27	
4.3	Indagini e atto amministrativo in materia ambientale: quando v'è questione di disapplicazione.....	28
4.3.1	Atto-presupposto del reato	28
4.3.2	Atto-elemento costitutivo del reato.....	29
4.3.3	Atto elemento integrativo del reato.....	29
4.3.4	Atto elemento estintivo del reato	29

1 Premessa.

La molteplicità di previsioni incriminatrici di illeciti penali ambientali e la diversa fenomenologia di ogni specifica ipotesi di illecito rende impossibile tracciare un unico percorso investigativo o ricostruire un esaustivo quadro dei possibili percorsi nel breve tempo concesso ad una relazione.

Tuttavia è possibile ed utile considerare alcune chiavi di lettura e alcune delle più frequenti variabili avendo riguardo ad uno dei settori centrali del diritto penale dell'ambiente, quello relativo alle violazioni di rilevanza penale della disciplina dei rifiuti.

Accantonando i pur rilevanti profili di complessità delle indagini in materia di gestione di rifiuti che sono tuttavia comuni alle indagini aventi ad oggetto altri reati, in questa sede occorre soffermarsi -per renderli oggetto di proficuo confronto- sugli ordini di fattori da cui può dipendere la speciale complessità dell'indagine ambientale e segnatamente in materia di rifiuti.

Il primo ordine di complessità attiene alla identificazione dell'oggetto della disciplina, identificazione che può non essere agevole, e risultare anzi di difficile attuazione, dubbia, controversa.

In altri termini perché sia contestata una violazione della disciplina della gestione dei rifiuti la sostanza, il materiale oggetto della gestione deve, in primo luogo, essere qualificata come un rifiuto ai sensi dell'art. 183 lett. a) d.lgs. 152/2006¹.

A questa qualificazione devono far seguito (in una scansione logica che non ammette anticipazioni) la classificazione (ai sensi dell'art. 184 t.u.amb) e codificazione

Si intende cioè richiamare il tema -già trattato in altra relazione sul piano teorico e quindi qui richiamato esclusivamente per la rilevanza investigativa e le ricadute che esso ha nella impostazione delle indagini- della nozione di rifiuto.

E' noto che in questa materia particolarmente complesso è stabilire cosa sia rifiuto quando si considerino i casi dei residui riutilizzabili o oggetto di negozi giuridici: un confine difficile da tracciare separa la nozione di rifiuto dalla nozione di sottoprodotto.

Peraltro altrettanto complesso può essere stabilire quando una sostanza - della cui natura di rifiuto non si dubiti - per via dei trattamenti cui è sottoposta cessa di essere rifiuto per diventare materia secondaria.

Si intende cioè richiamare la circostanza che la nozione di rifiuto è per sua stessa natura delimitata dalle nozioni di sottoprodotto e di materia secondaria.

Se quindi è vero che la nozione di rifiuto confina normativamente con le nozioni di sottoprodotto e quelle di materia, sostanza, prodotto secondari, la prima caratteristica della indagini in materia di rifiuti può essere -perché, come si dirà, vi sono casi in cui certamente non è- quella di acquisire elementi che consentano di affermare che le sostanze trattate siano appunto rifiuti e non sottoprodotti o materie prime secondarie.

Il secondo ordine di complessità, comune in generale al tema del diritto penale dell'ambiente ma non estraneo ad altri settori del diritto penale, **è quello della incidenza sulla sussistenza della fattispecie penale ambientale di atti amministrativi:** il giudice penale deve spesso valutare una condotta in relazione alla quale sussiste un titolo abilitativo ovvero altro atto della pubblica amministrazione.

Occorrerà allora - dopo aver dato conto in via del tutto preliminare- di alcune delle problematiche che si pongono in relazione alla più classica delle indagini in materia ambientale (ovvero quella in tema di abbandono di rifiuti), considerare i due ordini di complessità delle indagini ambientali appena citati con specifico riferimento ad alcuni aspetti salienti.

¹ Nel prosieguo, il richiamo ad articoli si intende formulato, se non precisato diversamente, al d.lgs. 152/06, o testo unico ambientale o codice ambientale. A tale ultimo proposito, si evidenzia che l'art. 1 del d.lgs. 4/08, introducendo l'art. 3 quater nel d.lgs. 152/06, espressamente definisce quest'ultimo decreto *codice*

2 L'abbandono di rifiuti

Dalla premessa appena enunciata discende che minore grado di complessità presentano normalmente i casi di violazione della disciplina dei rifiuti in cui non vengano in rilievo né la questione della natura delle sostanze (perché pacificamente rifiuti) né la questione di eventuali titoli abilitativi o atti della p.a.

Ci si riferisce al caso dell'abbandono di rifiuti.

Infatti, in caso di abbandono di sostanze:

- a) non vi è controversia sulla natura poiché l'abbandono è ipotesi in cui un soggetto si disfa della sostanza²;
- b) non vi è questione di titolo abilitativo [perché la disciplina dell'abbandono di rifiuti si risolve in un divieto assoluto (art. 192, 1° comma: «L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati»; così come: «È altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee»)].

Ne discende che i problemi che l'accertamento dell'abbandono pone sono in larga parte comuni ad altri settori investigativi.

2.1 La disciplina penale applicabile

Poiché tuttavia la regolamentazione delle conseguenze della violazione del divieto articola invece una serie di reazioni dell'ordinamento a quella violazione, profili di complessità può presentare l'inquadramento giuridico della fattispecie concreta.

Infatti all'abbandono consegue, in primo luogo, l'obbligo dell'autore dell'abbandono di *«procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo»* (art. 192, 3° comma).

A carico dei soggetti appena indicati deve poi essere adottata dal Sindaco (è ancora oggi prevalente, ma non più granitico, l'orientamento volto a ritenere che nel caso di specie residui la competenza del sindaco in ragione dell'esplicita previsione normativa) una ordinanza che dispone l'effettuazione delle operazioni necessarie al fine di conseguire la rimozione, l'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed il ripristino dello stato dei luoghi ed il termine entro cui provvedere.

Decorso il termine, l'amministrazione comunale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate.

L'abbandono di rifiuti può, altresì, integrare, a seconda del soggetto responsabile, l'illecito amministrativo previsto e sanzionato dall'art. 255, 1° comma, oppure l'illecito penale previsto e punito dall'art. 256, 2° comma.

Invece, l'inottemperanza alla ordinanza sopra richiamata integra gli estremi dell'illecito penale di cui al 3° comma dell'art. 255.

In sostanza potrebbero essere applicate alternativamente le seguenti sanzioni:

- la sanzione di cui all'art. 255, 1° comma;

² E' noto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia per quanto attiene alla definizione comunitaria di rifiuto ha fissato alcuni parametri – in larga parte consolidatisi nel tempo e nelle diverse pronunzie – idonei ad offrire un'indicazione all'interprete. Si tratta di alcuni criteri assoluti e molti criteri relativi. Tra i pochi criteri assoluti vi è l'indicazione secondo cui l'abbandono della sostanza/del materiale, depone sempre per la sua qualificazione come rifiuto. Espongo qui sinteticamente gli esiti di altra riflessione condotta in *Norme in materia di gestione dei rifiuti e Le sanzioni amministrative e penali in materia di rifiuti*, in "Codice dell'ambiente e normativa collegata", collana "Le leggi commentate", Parte seconda, titolo IV, capitoli I e IV, Torino UTET, 2008; *La Gestione dei rifiuti*, in AA.VV., *Diritto Penale dell'Ambiente*, Cacucci Editore, Bari, 2006

-
- la sanzione di cui all'art. 256, 2° comma;
 - la sanzione di cui all'art. 256, 3° comma.

E, anche cumulativamente rispetto ad una di esse, la sanzione di cui all'art. 255, 3° comma. Sicchè ne occorre un rapido esame.

a) L'illecito amministrativo di abbandono di rifiuti. Ai sensi del 1° comma dell'art. 255: «1. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 256, comma 2, chiunque, in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 192, commi 1 e 2, 226, comma 2, e 231, commi 1 e 2, abbandona o deposita rifiuti ovvero li immette nelle acque superficiali o sotterranee è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da centocinque euro a seicentoventi euro. Se l'abbandono di rifiuti sul suolo riguarda rifiuti non pericolosi e non ingombranti si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da venticinque euro a centocinquantacinque euro».

La clausola che apre la previsione in esame («Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 256, comma 2») consente di escludere dall'ambito soggettivo della fattispecie i casi (disciplinati appunto dall'art. 256, 2° comma) di titolari di imprese e responsabili di enti: autore dell'illecito amministrativo in esame è la persona fisica che non sia imprenditore o responsabile di enti.

È compreso, pertanto, nell'ambito di applicazione della disposizione in esame il soggetto che non effettua l'abbandono o l'immissione nell'ambito di una attività di gestione di rifiuti, nell'ambito di una attività imprenditoriale ovvero nell'ambito della attività di un ente.

In generale, quanto agli illeciti amministrativi, va precisato che l'art. 262 («Competenza e giurisdizione») individua quale soggetto competente alla irrogazione delle sanzioni è la Provincia, cui sono parimenti devoluti (ai sensi dell'art. 263) i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni (da destinarsi all'esercizio delle funzioni di controllo in materia ambientale).

Unicamente per la violazione del divieto di «smaltimento in discarica degli imballaggi e dei contenitori recuperati, ad eccezione degli scarti derivanti dalle operazioni di selezione, riciclo e recupero dei rifiuti di imballaggio» (illecito amministrativo previsto dall'art. 261, 3° comma, in relazione al divieto di cui all'art. 226, 1° comma) è competente il comune (cui pure saranno devoluti i relativi proventi).

b) L'illecito penale di inottemperanza alla ordinanza del sindaco. Ai sensi dell'art. 255, 3° comma: «3. Chiunque non ottempera all'ordinanza del Sindaco, di cui all'articolo 192, comma 3, (...) è punito con la pena dell'arresto fino ad un anno. Nella sentenza di condanna o nella sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il beneficio della sospensione condizionale della pena può essere subordinato alla esecuzione di quanto disposto nella ordinanza di cui all'articolo 192, comma 3».

Come detto, l'ordinanza citata è quella con la quale il Sindaco – ex art. 192, 2° comma, ultima parte – dispone le operazioni necessarie al fine di procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi allorquando constati casi di abbandono o deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo ovvero casi di immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee.

Destinatari della ordinanza sono gli autori dell'abbandono, del deposito o della immissione, nonché il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa.

Si tratta di reato proprio, il cui soggetto attivo non può che essere il destinatario formale della ordinanza del sindaco. La norma non richiede espressamente che il destinatario dell'ordinanza sia anche soggetto responsabile del fatto.

Deve tuttavia ritenersi (in ciò anticipandosi quanto più avanti oggetto di specifico esame) che il sindaco del giudice penale sull'atto amministrativo non involge un atto-elemento costitutivo del reato, ma un atto presupposto.

Perché pertanto possa affermarsi la penale responsabilità del destinatario inottemperante dovrà preliminarmente essere ravvisata la legittimità dell'atto, con riferimento a tutti e tre i relativi vizi,

con la conseguenza che se il provvedimento è viziato, il giudice dovrà procedere a disapplicazione *in melius* dell'atto.

In senso contrario, in giurisprudenza si è rimarcato che: «In tema di smaltimento dei rifiuti, la sanzione di cui all'art. 50, comma 2, d.lg. 5 febbraio 1997 n. 22, per violazione dell'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti e di ripristino dello stato dei luoghi, va applicata a chiunque non ottemperi a tale ordinanza e che sia stato nella stessa individuato quale responsabile dell'abbandono dei rifiuti o proprietario del terreno, indipendentemente dalla effettività di tale qualifica. Compete in tal caso ai soggetti interessati, al fine di evitare di rendersi responsabili dell'inottemperanza in questione, l'ottenimento dell'annullamento del provvedimento sindacale o da dimostrazione in sede penale dell'assenza della ritenuta condizione soggettiva onde determinare la disapplicazione dell'atto da parte del giudice ordinario» (Cass. pen. sez. III 17 settembre 2002, n. 31003, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 2004, 60; in *Cass. pen.*, 2004, 2301).

Il reato di inottemperanza alla ordinanza del sindaco è reato omissivo puro, di mera condotta, formale.

Quanto al *tempus commissi delicti*, dalla mera inottemperanza dell'ordinanza il reato si perfeziona e permane per tutta la durata dell'inadempimento, essendo consumata la fattispecie soltanto con la revoca della ordinanza, con l'ottemperanza o con l'impossibilità di procedervi (ad es. per avervi proceduto coattivamente il Comune).

In questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. III, 18/05/2006, n.23489, M.P., CED Cassazione, 2006, Riv. Pen., 2007, 5, 570 («*In tema di gestione dei rifiuti, il reato di mancata ottemperanza all'ordine sindacale di rimozione dei rifiuti, di cui all'art. 50, comma secondo, D.Lgs. n. 22 del 1997 (ora sostituito dall'art. 255, comma terzo, D.Lgs. n. 152 del 2006), ha natura di reato permanente, nel quale la scadenza del termine per l'adempimento non indica il momento di esaurimento della fattispecie, bensì l'inizio della fase di consumazione che si protrae sino al momento dell'ottemperanza all'ordine ricevuto.*»)

Sul punto cfr. anche Cass. pen. sez. III (dep. 16 dicembre 2004 – ud. 11 novembre 2004, n. 48402, PG appello Venezia in proc. Brugnolaro e altri, in Guida al Diritto, 2005, 5, 58; Riv. Pen., 2006, 2) ha ritenuto che: «Il reato di cui all'art. 50 comma secondo del d.lgs. 22/97 si perfeziona con la scadenza dei termini previsti nell'ordinanza sindacale e tali termini devono considerarsi perentori in quanto alla scadenza di essi si collega l'obbligo per il Comune di procedere alla esecuzione in danno. Dall'inizio effettivo di tale esecuzione (cui si correla il recupero delle somme anticipate) la condotta dell'agente non è più necessaria affinché venga rimossa la situazione antigiuridica».

c) L'illecito penale di abbandono di rifiuti. Ai sensi del 2° comma dell'art. 51: «Le pene di cui al comma 1 si applicano ai titolari di imprese ed ai responsabili di enti che abbandonano o depositano in modo incontrollato i rifiuti ovvero li immettono nelle acque superficiali o sotterranee in violazione del divieto di cui all'articolo 14, commi 1 e 2».

Come detto pertanto soggetti attivi del reato sono i titolari di imprese e i responsabili di enti.

È controverso se si tratti di reato comune (Così Cass. pen. sez. III 14 luglio 1999, n. 11951) o, come sembra preferibile, di reato proprio³, i cui soggetti *intraanei* possono essere gli imprenditori individuali, la persona o le persone che hanno potere decisionale negli enti di natura pubblica o privata, lucrativa o mutualistica, incluso quindi anche il soggetto responsabile (c.d.a., a.u. ecc.) di imprese collettive.

La norma non richiede che vi sia uno specifico grado di correlazione tra l'impresa e la gestione dei rifiuti, ammettendo quindi che soggetto attivo del reato possa essere anche l'impresa che non svolga professionalmente attività di gestione dei rifiuti, e che quindi svoga attività primaria diversa,

³ Sia consentito il rinvio a R. Nitti, *La Gestione dei rifiuti*, in AA.VV., *Diritto Penale dell'Ambiente*, Bari, 2006, 270 ss.

cui la detenzione di rifiuti si correla in modo secondario e consequenziale (Cass. pen. sez. III 11 febbraio – 8 aprile 2004, n. 16698, in *Ragiusan*, 2005, 253-254, 251).

La fattispecie è integrata anche con un singolo atto di abbandono.

Controverso è invece il significato da attribuire al deposito incontrollato, se cioè si tratti:

a) di tutte le condotte di deposito non autorizzato da parte del gestore o di deposito temporaneo da parte del produttore non conforme ai limiti dettati dall'art. 183;

b) soltanto dei casi di deposito da parte del produttore dei rifiuti e quindi di deposito temporaneo fuori dei limiti previsti ma comunque entro il termine di un anno. Secondo quest'ultimo orientamento [Cass. pen. sez. III 27 gennaio 2004 (ud. 15 gennaio 2004, n. 25), n. 2662, Zanoni, in *Ragiusan*, 2004, 247, 209; *Riv. Pen.*, 2004, 1255] è non controllato il deposito effettuato dal produttore, ove non risponda ai limiti di cui all'art. 183 del c.d. deposito temporaneo; ed invece è sanzionato dal 1° comma dell'art. 256 il deposito del gestore dei rifiuti, sia quale deposito preliminare (operazione di smaltimento) non autorizzato sia quale messa in riserva (operazione di recupero) non autorizzata.

Anche l'ipotesi in esame è di natura contravvenzionale, come tale punita sia a titolo di dolo che a titolo di colpa, potendosi escludere la sussistenza di profili di colpa ove emerga che l'autore non potesse agire diversamente per la presenza di una situazione di caso fortuito o forza maggiore. Ciò comporta ovviamente che anche la mera negligenza, imperizia o imprudenza può fondare lo stato soggettivo necessario.

Va considerata in questa sede tuttavia anche la possibilità che atti di abbandono di rifiuti determinino la realizzazione di una discarica

d) La contravvenzione di cui all'art. 256, 3° comma: discarica abusiva. Il 3° comma dell'art. 256 prevede che: «3. *Chiunque realizza o gestisce una discarica non autorizzata è punito con la pena dell'arresto da sei mesi a due anni e con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro*».

La discarica è, secondo l'allegato B alla parte IV del d.l.g. n. 152/2006 una forma di smaltimento mediante deposito di rifiuti su/nel suolo. Non ogni forma di deposito o di abbandono su suolo costituisce, tuttavia, discarica. Se nel t.u., così come nel decreto Ronchi, non è dettata una nozione specifica di discarica da cui poter poi desumere elementi utili per definire la “discarica abusiva” (ma certamente può dirsi che la parola discarica è impiegata sia in senso statico che in senso dinamico: avendo riguardo cioè sia alle operazioni di gestione che al luogo in cui le operazioni sono poste in essere) il d.l.g. n. 36/2003, invece, espressamente considera la prospettiva statica definendo la discarica come «g) (...) area adibita a smaltimento dei rifiuti mediante operazioni di deposito sul suolo o nel suolo» aggiungendo ed escludendo poi da tale definizione specifici casi. Prescindendo da questi ultimi casi, appunto, per la propria specificità, v'è che la discarica ne risulta definita come particolare operazione di deposito su/nel suolo su area che risulti a tanto adibita.

La norma incriminatrice non distingue tra la condotta di “adibizione” consistente nella previa predisposizione e la sostanziale “adibizione” conseguente alle condotte di deposito/abbandono.

La giurisprudenza non può dirsi aver elaborato una definizione omogenea di discarica, essendo in taluni casi (*ex plurimis* [Cass. pen. sez. III 10 gennaio 2002, n. 6796](#), in *Cass. pen.*, 2003, 1633, s.m.) messo in rilievo il degrado del territorio (che tuttavia non è indicato espressamente come elemento costitutivo dalla fattispecie legale, ancorché possa essere indicativo della “adibizione” dell'area di fatto adibita a discarica), in altri (cfr. *Cass. pen. sez. III 28 novembre 1997, n. 1654*, in *Cass. pen.*, 1999, 268, *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, 1089, s.m.; *Ragiusan*, 1998, f. 7-8, 137, s.m.) la reiterazione di atti di abbandono o di deposito (ma la legge non quantifica un numero minimo di operazioni occorrenti, e – sebbene la reiterazione degli atti può lasciar desumere che l'area sia di fatto adibita a discarica – nulla esclude che la mera predisposizione sia già di per sé sufficiente a denunciare in modo inequivoco la destinazione dell'area a discarica e parimenti nulla esclude che un singolo atto di abbandono per la quantità dei rifiuti possa di fatto adibire l'area a discarica), in

altri ancora si valorizza la clandestinità della realizzazione o della gestione (dato per vero in nessun modo richiamato dalla norma).

Neppure dal t.u. (così come, prima, dal decreto Ronchi) sono definite le condotte (alternative secondo la previsione normativa) di realizzazione e gestione.

Ancora attuale è il richiamo della descrizione di tali condotte elaborata dalle sezioni unite della Suprema Corte (Cass. s. u. 5 ottobre 1994, n. 13, vedi Cass.: Sez. Unite 28.12.1994, Zaccarelli (RV. 199385): in riv.pen.2/1995 pag.161 pronunziatesi a proposito delle analoghe previsioni degli artt. 16, 2° comma, e 25, 2° comma, d.p.r. n. 915/1982. Da ultimo cfr. Cass. pen. sez. III 11 novembre – 12 dicembre 2004, n. 48402, in *www.lexambiente.it*):

a) la realizzazione di discarica senza autorizzazione consiste nella destinazione ed allestimento a discarica di una determinata area, con la effettuazione, di norma, di opere a tal fine occorrenti;

b) la gestione di discarica senza autorizzazione presuppone che un sito sia stato già apprestato per raccogliervi rifiuti e consiste nell'attivazione di una organizzazione anche rudimentale, di persone, cose e/o macchine diretta al funzionamento della discarica stessa.

La nozione di gestione di discarica include non soltanto la gestione operativa ma anche la c.d. gestione post-operativa.

La gestione c.d. post-operativa della discarica è obbligo che grava su chi gestisce la discarica ed oggetto di specifici adempimenti ai sensi del d.lg. n. 36/2003.

Questa ricostruzione incide anche sul *tempus commissi delicti*, poiché, se la realizzazione di discarica permane fino alla ultimazione dell'opera (o al conseguimento di autorizzazione) la gestione di discarica include non soltanto la gestione operativa ma anche la gestione post-operativa, la cui durata non va predeterminata ma correlata a tutto il tempo durante il quale la discarica può comportare rischi per l'ambiente.

Deve tuttavia prendersi atto che l'orientamento giurisprudenziale prevalente è di segno diverso, ritenendosi in sostanza che il reato di discarica abusiva sia normalmente reato commissivo. Ciò non esclude che –ove sussistano specifici obblighi di fare a carico di un soggetto (p.es. di recintare un'area)- si possa configurare il concorso per omissione nel reato commissivo, anche quando quest'ultimo sia commesso in ipotesi da persone ignote.

La abusività può consistere sia nella radicale ed assoluta mancanza di autorizzazione sia nella violazione della localizzazione o tipologia di rifiuti previste dalla autorizzazione (cfr. Cass. pen. sez. III 9 febbraio – 1 aprile 2005, n. 12349, in Riv. Pen., 2006, 3, 355).

La sanzione indicata dal 3° comma si applica non soltanto alle condotte espressamente previste dallo stesso 3° comma, ma anche alle condotte per le quali l'art. 16 d.lg. n. 36/2003 espressamente prevede che siano «punite con la sanzione prevista dall'articolo 51, comma 3, del decreto legislativo n. 22 del 1997».

Si tratta delle condotte di violazione dei «divieti di cui all'articolo 7, commi 1, 2 e 3, e delle procedure di ammissione dei rifiuti in discarica di cui all'articolo 11»:

- 1) collocazione in discarica senza trattamento di rifiuti utilmente trattabili;
- 2) illecita ammissione in “discarica per rifiuti inerti” di rifiuti diversi dagli inerti che soddisfano i criteri della normativa vigente;
- 3) illecita ammissione in discarica per rifiuti non pericolosi di rifiuti diversi da rifiuti urbani; rifiuti non pericolosi di qualsiasi altra origine che soddisfano i criteri di ammissione dei rifiuti previsti dalla normativa vigente; rifiuti pericolosi stabili e non reattivi che soddisfano i criteri di ammissione previsti con decreto;
- 4) ammissione in discarica in violazione delle procedure di ammissione (violazione degli obblighi a carico sia del detentore che del gestore dei rifiuti, quali, ad es. controllo della documentazione relativa ai rifiuti; verifica della conformità delle caratteristiche dei rifiuti indicate nel f.i.r. ai criteri di ammissibilità previsti; ispezione visiva di ogni carico di rifiuti; verifica della conformità del rifiuto alle caratteristiche indicate nel formulario di identificazione; annotazione nel registro di carico e scarico dei rifiuti tutte le tipologie e le informazioni relative alle caratteristiche e ai

quantitativi dei rifiuti depositati, sottoscrizione delle copie del f.i.r., verifiche analitiche periodiche; comunicazione alla regione ed alla provincia territorialmente competenti la eventuale mancata ammissione dei rifiuti in discarica).

2.2 Qualificazione della condotta

La condotta di abbandono differisce da simili operazioni relative ai rifiuti ed, in particolare - ancorché essa può risolversi p.es. nell'atto di depositare una sostanza su suolo- non può essere classificata come deposito su suolo.

Uno dei ricorrenti problemi affrontati già in fase di prima applicazione del decreto Ronchi è stato quello della distinzione tra alcune categorie solo apparentemente comparabili ma normativamente diverse l'una dell'altra.

Si tratta delle categorie dello stoccaggio, messa in riserva, deposito preliminare e deposito temporaneo.

Il dato normativo, agevolmente consente di svolgere una prima distinzione tecnica.

L'allegato B, che considera tutte le ipotesi di attività di smaltimento di rifiuti, include sotto la categoria D 15 il "**deposito preliminare** prima di una delle operazioni di cui ai punti da D1 a D14 (escluso il deposito temporaneo, prima della raccolta, nel luogo in cui sono prodotti)".

Ovviamente, in base ai principi generali, la attività di deposito preliminare in quanto attività di smaltimento richiede in ogni caso la espressa autorizzazione.

L'allegato C, che, come si è detto, raggruppa tutte le attività di recupero dei rifiuti, include sotto la voce R13, la "**messa in riserva** di rifiuti per sottoporli a una delle operazioni indicate nei punti da R1 a R12 (escluso il deposito temporaneo, prima della raccolta, nel luogo in cui sono prodotti)".

La messa in riserva potrà essere oggetto di procedura semplificata e potrà in alcuni casi richiedere anche specifiche attività di preparazione al successivo trattamento.

Resta chiaro che tuttavia la attività di messa in riserva può essere svolta in regime ordinario, chiedendo e conseguendo quindi una espressa autorizzazione.

Entrambe le attività sopra menzionate (R13 e D15, normalmente quindi sottoposte ad un regime giuridico chiaramente diverso) costituiscono il *genus* dello *stoccaggio*, così come definito dall'art. 183

"le attività di smaltimento consistenti nelle operazioni di deposito preliminare di rifiuti di cui al punto D15 dell'allegato B....., nonché le attività di recupero consistenti nelle operazioni di messa in riserva di materiali di cui al punto R13 dell'allegato C.....".

Non rientra, invece, in tale categoria (ed è, peraltro, espressamente esclusa dall'ambito di quelle sub D15 ed R13) l'attività di *deposito temporaneo* che la lettera m) dello stesso art. 6 definisce come *il raggruppamento dei rifiuti effettuato, prima della raccolta, nel luogo in cui sono prodotti alle seguenti condizioni*, facendo quindi seguire un elenco delle condizioni in presenza delle quali il deposito temporaneo può essere effettuato peraltro in un regime giuridico di eccezione.

Ovviamente nessuna delle tre attività menzionate, essenzialmente dirette a precedere una fase di gestione di rifiuti (essendo già gestione nel caso dello stoccaggio) determina una variazione nella natura giuridica del rifiuto che resta tale e non diviene pertanto mai, all'esito di esse sole, prodotto. Ciò ovviamente vale anche se la messa in riserva o il deposito preliminare richiedono una attività "qualificata"⁴. Ne discende che non rientra nella nozione di alcuna delle categorie sopra menzionate la "*definitività*", trattandosi in ogni caso di operazioni provvisorie, preliminari ad altre operazioni, connotate invece da *definitività*.

⁴ Ovviamente il termine cernita non è qui usato (come del resto avviene persino nell'ambito dello stesso decreto Ronchi, cfr. lettera h) dell'art.22) con riferimento ad una delle fasi della attività di raccolta, come definita dall'art. 6, lett. E.

Va ovviamente elevata la soglia di attenzione rispetto a tali tipologie di depositi ed alla rispettiva disciplina, esposta a possibili strumentalizzazioni. Infatti, non essendo normalmente identificato il rifiuto nella sua individualità fisica, ma nella sua natura e quantità, il carattere temporaneo della presenza di accumuli di rifiuti si presta ad essere agevolmente sottratto alla effettiva cognizione di chi deve controllare e che svolge una attività che non è, né può essere per sua stessa natura, di carattere permanente, poiché si risolve in singoli atti di accertamenti.

Il deposito temporaneo presso il produttore è consentito e non è soggetto ad autorizzazione ove siano rispettate le qualitative, quantitative, di tempo e di condizioni di deposito indicate dall'art. 183 lett. m).

La messa in riserva ed il deposito preliminare sono soggetti rispettivamente alla disciplina del recupero e dello smaltimento alla quale si rinvia.

2.3 Accertamento dell'abbandono

Si è detto che le indagini relative a questa tipologia di illecito sono quelle più diffuse, di più agevole avvio (si fondano spesso su rinvenimenti casuali, talora su controlli anche di carattere sistematico, in alcuni casi con l'utilizzo di particolare strumentazione tecnica) e di immediata – talvolta comunque precoce – conclusione, poiché normalmente si limitano a dare contezza dell'esistenza di un accumulo di rifiuti su un suolo senza neppure porsi il problema, se non della corretta classificazione, certamente della precisa codificazione, della articolata enunciazione della condotta (abbandono? deposito su suolo? discarica?) e della corretta identificazione del soggetto responsabile.

Evidenziato che il fatto che vi sia un deposito su suolo non consente di qualificare le sostanze oggetto di deposito come abbandonate, alcuni problemi tuttavia richiedono anche in questi casi un diverso sforzo investigativo.

2.3.1 Il problema della prova del tempo dell'abbandono:

Se si esclude l'orientamento riferibile alla articolata sentenza 15.1.2004, Zanoni in tema di discarica, (secondo la quale la gestione di discarica include non soltanto la gestione operativa ma anche la gestione post-operativa, la cui durata non va predeterminata ma correlata a *tutto il tempo durante il quale la discarica può comportare rischi per l'ambiente*) l'orientamento giurisprudenziale prevalente è di segno diverso, ritenendosi in sostanza che il reato di discarica abusiva sia reato commissivo.

L'accertamento della data dell'ultimo atto di abbandono diventa così questione di particolare rilevanza pratica ove il fatto non sia accertato nella flagranza.

La prassi ha dimostrato l'utilità in concreto di:

- a) rilievi aerofotogrammetrici che consentano di stabilire e datare le variazioni morfologiche della superficie ;
- b) accertamenti sulla specie vegetali esistenti con particolare riferimento alle specie stagionali, consentendo cioè di escludere p.es. che vi siano tracce di specie stagionali risalenti a oltre una stagione precedente;
- c) accertamenti sulle caratteristiche dei rifiuti, con specifico riferimento a quelle che consentano di stabilire che il fatto non può essersi verificato prima di una determinata data.
P.es.: data di produzione di un stock di beni
 - a. specifici perché non prodotti affatto prima, o
 - b. specifici perché prodotti prima con caratteristiche diverse,
 - c. recanti data di produzione
 - d. o recanti data di scadenza da cui sia possibile desumere quella di produzione
 - e. recanti codici a barre,

f. recanti comunque indicazioni dalle quale sia possibile risalire all'acquirente all'ingrosso

3 Primo fattore di complessità: l'accertamento sui residui di produzione.

Si è detto che in assenza di un criterio decisivo per stabilire quando una sostanza è un rifiuto e quindi ci si disfa di una sostanza, «l'effettiva esistenza di un rifiuto ai sensi della direttiva va accertata alla luce del complesso delle circostanze, tenuto conto della finalità della direttiva ed in modo da non pregiudicare l'efficacia» (C. giust. CE 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-342/94 e C224/95 e 15/06/2000, n. 419, *ARCO Chemie Nederland Ltd. e altri*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 691).⁵

Parimenti si è evidenziato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha fissato alcuni parametri⁶ idonei ad offrire un'indicazione all'interprete e che di essi soltanto alcuni veicolano con certezza la scelta dell'interprete, quali, appunto, quello secondo cui l'abbandono della sostanza/del materiale, depone sempre per la sua qualificazione come rifiuto; e quello - per i casi in cui il disfarsi non comporta abbandono- secondo cui la circostanza che una sostanza o un materiale sia un residuo di consumo depone in maniera assoluta ed insuperabile nel senso che si tratti di un rifiuto (C. giust. CE 11 novembre 2004 cit., n. 48, in *Ragiusan*, 2005, 251/252, 150).

I criteri formulati in tema di residui di produzione sono, invece, normalmente di carattere relativo, e quindi soltanto tendenzialmente deponenti nel senso che una sostanza sia o piuttosto non sia un rifiuto⁷.

⁵ E' appena il caso di evidenziare che sino al testo unico - del quale si dirà più avanti- la definizione di rifiuto sia comunitaria che nazionale non consentiva di risolvere il problema in via generale ed astratta. La nozione di rifiuto, espressamente dettata dalla direttiva di cui la normativa italiana è attuazione, viene riportata dall'art. 183 («Definizioni») d.lg. n. 152/2006: «1. Ai fini del presente decreto si intende per: (a) rifiuto: qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi».

Anche per la definizione italiana come per quella comunitaria, apparentemente, per riconoscersi qualità di rifiuto ad una sostanza o ad un oggetto è necessario che concorra sia l'inclusione in una delle categorie riportate nell'allegato A alla parte IV, sia l'azione oppure l'intenzione oppure l'obbligo di "disfarsi" di essi da parte del detentore.

Ed anche per la normativa nazionale il primo requisito (inclusione in una delle categorie riportate nell'allegato A) è ininfluenza, mentre il secondo pone l'interrogativo del significato del termine disfarsi.

⁶ Il quadro comunitario impone di considerare ulteriori successive direttive, tra cui, in particolare, la direttiva 2006/12/CE, la cui nozione di rifiuto peraltro è direttamente applicabile in ambito nazionale quanto meno perché (e nei limiti in cui) è espressamente richiamata dal reg. n. 1013/2006 in materia proprio di spedizione transfrontaliera e regolamenti successivi, e la 98/08.

In presenza di un livello di coerenza del quadro normativo comunitario obiettivamente, in sede di applicazione nazionale, molto differenziato, dovrà aversi riguardo - ovviamente in misura diversa - non soltanto ai regolamenti e alle direttive, ma anche alle linee evolutive del sistema, che le istituzioni comunitarie hanno cura di tracciare anche grazie ai cc.dd. "programmi di azione". Assumono così rilevanza anche le Comunicazioni della Commissione nonché Decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio, quali ed es. la Decisione 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente (G.U. 10 settembre 2002, n. L 242) - ove peraltro è posto il problema della «precisazione della distinzione tra ciò che è rifiuto e ciò che non lo è».

La piena consapevolezza che «l'interpretazione di questa definizione ha sollevato non poche questioni» ha indotto la Commissione delle Comunità europee «per rafforzare la certezza del diritto e per facilitare la comprensione l'applicazione della definizione di rifiuto» ad adottare la Comunicazione 21 febbraio 2007, COM (2007)59 def. al Consiglio ed al Parlamento europeo relativo alla comunicazione interpretativa sui rifiuti e sui sottoprodotti.

⁷ Quali:

Ne discende che quando un residuo di produzione non è abbandonato ma è oggetto di trattamento ovvero di utilizzazione in un ciclo produttivo ovvero oggetto di negozi giuridici occorrerà stabilire, in primo luogo, se quel residuo è un rifiuto (e quale ne sia la classificazione e la codificazione) oppure se è un sottoprodotto o, ancora, se è una materia, sostanza, prodotto secondario.

In sostanza l'accertamento del reato passa in questi casi attraverso l'accertamento della effettiva natura delle sostanze.

La propensione naturale di chi produce e gestisce sostanze qualificabili come rifiuti è quella di qualificare le sostanze e le operazioni cui sono stati e sono sottoposti in modo tale da evitare l'applicazione della disciplina dei rifiuti o quanto meno evitare di applicarne le disposizioni più rigorose.

Questa propensione –che non necessariamente si traduce in *intenzione* di violare la disciplina- si traduce in una serie di possibili condotte rispetto alle quali possono essere adottate idonee strategie e protocolli investigativi.

Fatto rinvio per ciò che attiene alla disciplina dettata in tema di sottoprodotti e materie secondarie ad altra specifica relazione, occorre qui evidenziare che l'indagine sulla effettiva natura delle sostanze non è semplicemente nè necessariamente una indagine sulle caratteristiche chimiche e fisiche della sostanza.

La disciplina della gestione di rifiuti, infatti, consente p.es. che una sostanza sia qualificata come rifiuto per la stessa intenzione della parte di disfarsene, ammette che la medesima sostanza sia diversamente codificata a seconda della attività dalla quale proviene, conosce forme di classificazione che considerano non la natura della sostanza ma ancora una volta la attività dalla quale essa proviene.

Si può, pertanto, dire che è piuttosto vero il contrario: soltanto in casi specifici in cui è il legislatore primario o secondario a indicare precisi parametri o dati qualitativi a rilevanza analitica (p.es. fissandone consequenzialmente il divieto di commercializzazione, ovvero correlandovi la possibilità che quella sostanza, già qualificata rifiuto, sia invece qualificata come prodotto secondario, etc) la verifica analitica può assumere rilevanza dirimente.

-
- a) il fatto che una sostanza possa avere una utilizzazione economica non esclude in assoluto che sia un rifiuto: cfr. C. giust. CE 10 maggio 1995, n. 422, *Commiss. Cee C. Rep. federale Germania*, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, 653;
 - b) una sostanza/un materiale può essere rifiuto anche se inserita in un processo produttivo industriale (C. giust. CE 10 18 dicembre 1997, n. 129, *Inter Environnement Wallonie ASBL e altri*, in *Cons. Stato*, 1998, II, 895);
 - c) non esclude la natura di rifiuto la circostanza che materiali o sostanze abbiano un valore commerciale o siano «oggetto di un negozio giuridico, ovvero di una quotazione in listini commerciali pubblici o privati» (C. giust. CE 10 sez. VI 25 giugno 1997, n. 304, *Tombesi e altri*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, 55; *Dir. pen. e processo*, 1998, 444);
 - d) la circostanza che una sostanza o un materiale sia un residuo di produzione depone presuntivamente nel senso della natura di rifiuto (v. sentenza C. giust. CE 25 giugno 1997, cit., punto 84);
 - e) il riutilizzo dei residui senza alcun trattamento preliminare depone nel senso della natura di sottoprodotto;
 - f) il conseguimento di vantaggi dal riutilizzo dei residui depone altresì nel senso della natura di sottoprodotto e non di rifiuto (sentenza C. giust. CE 18 aprile 2002, causa C-9/00, *Palin Granit e Vehmassalon kansanterveysystyön kuntayhtymän hallitus*, in *Racc*, I-3533);
 - g) se il riutilizzo non è certo, ma meramente eventuale, la sostanza va qualificata come rifiuto;
 - h) il riutilizzo in altro processo di produzione depone per la natura di rifiuto della sostanza;
 - i) la sostanza va qualificata come rifiuto se il trattamento del quale si parla è una modalità corrente di trattamento dei rifiuti (v. sentenza C. giust. CE 25 giugno 1997, cit.);
 - j) la sostanza va qualificata come rifiuto se la società stessa che lo produce lo considera proprio come un rifiuto (v. sentenza C. giust. CE 25 giugno 1997, cit.);
 - k) la sostanza va qualificata come rifiuto se, ove si tratti di residuo di produzione, può essere sottoposta soltanto ad un utilizzo che ne comporti la sua scomparsa o deve essere utilizzato nel rispetto di particolari precauzioni per l'ambiente.

La diffusa opinione per cui le indagini in materia di rifiuti richiedano necessariamente l'apporto di un chimico è pertanto erronea, potendosi rivelare anzi l'approccio analitico del tutto inconcludente se non rischioso per la complessità della disciplina che viene seguita.

Vero è invece che proprio tra i chimici vi sono professionalità ormai formate allo svolgimento di accertamenti in materia ambientale che comprendono anche profili non strettamente chimici.

Nei successivi paragrafi saranno pertanto considerate alcune delle tecniche investigative in materia ambientale connotate da caratteristiche di specificità.

Non saranno invece trattate tecniche e strumenti di ricerca della prova che –pur essendosi rivelati, in particolare negli ultimi anni, di straordinaria utilità- tuttavia appaiono comuni ad altri settori investigativi.

L'esempio più significativo è senza dubbio quello delle intercettazioni ambientali e telefoniche, disposte generalmente in relazione alla fattispecie di cui all'art. 260 t.u.amb. e rivelatesi utilissime per provare la preordinata distruzione dei f.i.r. o la alterazione successiva, la rielaborazione di certificati di analisi, le richieste di smistamento dei rifiuti, il cd giro-bolla etc.

3.1 La ricostruzione del ciclo

Al fine di correttamente qualificare una sostanza come rifiuto e quindi classificarla e codificarla è centrale che sia curata:

- a) la ricostruzione del ciclo produttivo dal quale il residuo deriva e,
- b) ove si assuma che esso sia riutilizzato tal quale (quindi quale sottoprodotto),
 - del ciclo di riutilizzo
 - e dell'eventuale fase intercorrente tra la produzione del residuo ed il suo riutilizzo trattamento all'esito del au
- c) ove si assuma che esso sia oggetto di una operazione di recupero e che sia esitato in materia prodotto e sostanza secondari,
 - del ciclo di recupero, incluse le fasi intermedie che possono essere di raccolta, di trasporto, di recupero non definitivo;
 - della successiva fase di utilizzazione, poichè, come si dirà, ove anche un rifiuto sia effettivamente sottoposto a efficace trattamento di recupero, l'eventuale difetto di obiettiva destinazione al recupero dell'intero ciclo assume rilevanza ai fini della applicazione della clausola di cui al comma 11 dell'art. 216.

La ricostruzione del ciclo con l'accertamento dell'intera filiera con le apparecchiature che la compongono consente di stabilire, una volta date le caratteristiche delle sostanze in ingresso (se del caso accertandole ancora a monte), la natura della sostanza in uscita.

Si consideri ad esempio il tema di residui di produzione dei quali debba stabilirsi se si tratta di sottoprodotti o rifiuti: la ricostruzione del ciclo può consentire di stabilire in quale stato, dimensioni, quantità e, in definitiva, caratteristiche essi siano esitati dal processo di produzione. Occorrerà poi conoscere il contesto in cui si assume che debbano essere riutilizzate per stabilire se il riutilizzo nello stesso (o in altro) processo produttivo sia possibile soltanto a condizione di ulteriori trattamenti: se essi necessitano di ulteriori trattamenti per essere riutilizzati, si tratta quindi di rifiuti.

La apparente complessità del tema viene così a risolversi ove metodicamente siano individuati i temi di approfondimento e resi oggetto di accertamento, se del caso anche mediante consulenza tecnica.

A volte la ricostruzione può essere condotta alla luce delle eventuali certificazioni attinenti le materie ambientali ovvero altri protocolli interni adottati dal produttore o dal gestore: esse infatti

presuppongono la valutazione- talora condotta a monte sulla carta e a impianto fermo- dell'intero ciclo aziendale.⁸

3.2 Accertamenti sul trasporto

Il sistema, pur affidato alla spontanea osservanza da parte dei soggetti coinvolti nel ciclo di gestione dei rifiuti, consente una serie di verifiche anche incrociate, sulle quali le indagini in materia ambientale per violazione del testo unico ambientale tradizionalmente si incentrano.

Esse possono consistere nel **raffronto tra situazione di fatto e situazione riprodotta nei documenti**: è questo il caso della verifica della rispondenza del f.i.r. rispetto a carico del veicolo e percorso seguito; o della verifica della rispondenza tra la presenza di annotazioni in carico sul registro (non seguite da annotazioni di scarico del medesimo rifiuto) e l'esistenza dei rifiuti in carico presso la sede del gestore ovvero il significativo mancato rinvenimento dei rifiuti⁹.

Possono ancora consistere **nella verifica della corrispondenza reciproca tra documenti di eguale natura**: esempio classico è quello della corrispondenza tra copia del fir detenuto dal produttore e copia del fir detenuto dal destinatario, su cui ci si soffermerà più avanti

Di particolare utilità nell'accertamento dei reati è altresì il **raffronto tra documenti diversi, ancorché tutti previsti dal Testo unico ambientale**, come avviene quando si accerti se ad un fir in cui Tizio è indicato come destinatario (fir nel quale il riquadro riservato al destinatario sia già compilato e sottoscritto da quest'ultimo, essendo già avvenuta la consegna) corrisponda una annotazione sul registro di carico.

E' infine possibile **la comparazione tra dati emergenti dalla documentazione "ambientale" e dati aliunde emergenti**. E' il caso frequente del raffronto tra la apparente ricostruzione dell'iter del trasporto desumibile dai fir e la consultazione del disco cronotachigrafico

Talora gli accertamenti sopra indicati si combinano: ciò avviene in particolare in relazione all'accertamento del c.d. Giro Bolla

Si consideri il seguente esempio.

Il *produttore o detentore* "A" conferisce mediante il trasportatore "B" dei rifiuti al destinatario "C".

"A" compilerà quattro fir affidandone tre copie al trasportatore "B" che alla consegna dei rifiuti al destinatario "C" farà compilare l'apposito riquadro per poi consegnargli una copia, trattenerne un'altra e restituire l'ultima al produttore "A".

⁸ Si tratta di una ricostruzione spesso sottovalutata dagli stessi produttori e gestori: avviene così che essi talvolta producano nel corso dei processi certificazioni (p.es. iso9000) ritenendo così di provare la correttezza del loro operatore, senza neppure rendersi conto che l'attenta analisi delle condizioni di rilascio della certificazione può espressamente affermare che si tratti di certificazione condizionata al rispetto di un determinato protocollo di lavoro, protocollo di lavoro spesso del tutto ignorato da chi organizza materialmente l'attività. Così risolvendosi un preteso vantaggio per la difesa in grave elemento a carico, poichè spesso i protocolli di lavoro finiscono per fissare regole ben più gravose di quelle della disciplina di settore.

⁹ In presenza di un obbligo a carico del detentore di effettiva ed oggettiva destinazione al recupero dei rifiuti, appare evidente che ove un rifiuto effettivamente prodotto ed esistente risulti trasportato dal produttore all'impresa di recupero con fir regolarmente compilato e risulti altresì preso in carico, il mancato rinvenimento dello stesso senza che risulti formalmente lo scarico (la formazione di ulteriore fir che indichi la cessione ad altri) mplicherà profili di responsabilità in termini di illecito smaltimento anche in virtù del corollario al principio di effettività sopra enunciato.

Effettuata, p.es., una operazione di recupero “C” potrà poi conferire i rifiuti trattati (ma per ipotesi non ancora del tutto recuperati) ad un ulteriore destinatario “D”, magari avvalendosi nuovamente del trasportatore “B”.

Anche in questo caso, saranno emessi nuovamente quattro fir e ai fini della loro compilazione “C” (già destinatario) assumerà il ruolo di “(produttore o) detentore”.

Nuovamente il trasportatore “B” avrà cura, alla consegna dei rifiuti al destinatario “D”, di far compilare l’apposito riquadro, consegnargli una copia, trattenerne un’altra e restituire al “produttore/detentore” “C” l’ultima.

Avviene sovente che il rifiuto così come si presenta all’origine non possa essere conferito da “A” direttamente a “D” perché, ad esempio, richieda di essere trattato e non possa essere impiegato tal quale nell’impianto di “D”. Il trattamento presso “C” si rende allora necessario perché il rifiuto possa essere destinato a “D”. Tecnicamente questo generalmente comporta la modifica del codice CER del rifiuto e/o più frequentemente, della tipologia di operazione cui il rifiuto è destinato, p. es. quando venga sottoposto ad operazioni di pretrattamento.

E’ in questo passaggio che si annida un’agevole occasione per eludere la normativa. Il transito del rifiuto presso “C” e la effettuazione della operazione intermedia potrebbe illecitamente avvenire soltanto sulla carta emettendo una prima serie di fir che attestino che il rifiuto, con un determinato codice o una determinata destinazione, è stato trasportato da “A” a “C” e quindi, senza alcun transito ed alcuna effettuazione di operazioni presso “C”, emettendo una seconda serie di FIR che attestino che il rifiuto, con diverso codice o diversa destinazione di recupero (compatibili con la destinazione “D”), viene poi trasferito da “C” a “D”. Ove il controllo venisse effettuato nel corso del trasporto da “A” a “C” oppure da “C” a “D” non sarebbe affatto agevole scoprire l’inganno.

Può soccorrere in questi casi il raffronto tra le due serie di fir “conseguenziali”, cronologicamente strettamente connesse, cioè, l’una serie all’altra.

Sotto il profilo dei tempi

Emergerà p.es. che il secondo trasporto, spesso mediante il medesimo trasportatore (come nell’esempio), ha inizio poco dopo la fine del primo trasporto: il tempo intercorrente tra la fine del primo e l’inizio del secondo potrà essere già oggettivamente incompatibile non soltanto con la effettuazione di alcuna operazione di trattamento ma anche solo per il materiale conferimento con scarico dal veicolo

Sotto il profilo del profilo ponderale del rifiuto

Potrà ancora emergere che il rifiuto sottoposto ad operazioni di cernita, pulitura etc ha esattamente il medesimo peso del rifiuto pervenuto: ovviamente ciò è incompatibile con l’effettuazione della operazione

Può soccorrere ancora il raffronto con lo stato dei luoghi

Ove “C” non sia affatto dotato di macchinari/apparecchiature che consentano il trattamento del rifiuto e la trasformazione dello stesso in altra categoria, evidentemente la modifica di codice o di operazione di destinazione non potrà essere considerata rispondente al vero.

Potrà altresì ricorrersi a dati aliunde emergenti.

Il disco cronotachigrafico dell’unico trasportatore consentirà p.es. di accertare la compatibilità con le annotazioni di percorso e distanza riportate sui fir o dare conferma p.es. della brevità della sosta effettuata presso il primo destinatario.

Gli appostamenti (altrimenti definiti servizi di o.c.p.) potranno consentire di evidenziare che il carico di rifiuti non ha neppure avuto ingresso nella sede dell’impianto del primo destinatario.

L’effettiva esecuzione di un trasporto di rifiuti ovvero la reiterazione con un unico formulario del medesimo trasporto nella stessa giornata può essere oggetto di accertamento mediante

l'acquisizione quindi dei dischi cronotachigrafici relativi al mezzo che il fir indica essere stato utilizzato.

Si tratta tuttavia di accertamento comune (come le verifiche sulla localizzazione dei cellulari dell'autista, oppure gli appostamenti, oppure il posizionamento di gps etc) alle tecniche investigative di ulteriori diversi settori, sicchè ne appare superflua la trattazione in questa sede.

3.3 Accertamenti analitici e sulle analisi

Allorquando invece possano assumere rilevanza anche i profili analitici delle sostanze (ad esempio nei casi in cui sia espressamente posto l'obbligo di predisposizione di certificati di analisi legislativamente¹⁰ ovvero dal provvedimento autorizzatorio o in relazione alle cd voci specchio) si porrà in concreto non soltanto il problema dell'accertamento in positivo di essi da parte del P.M., ma anche quello in negativo della eventuale falsità dei periodici certificati di parte.

Lasciando l'approfondimento del tema dei prelievi e delle analisi in materia ambientale, oggetto di altra specifica relazione sull'accertamento dei crimini ambientali, occorre qui invece soffermarsi sulla possibilità di includere nei protocolli investigativi anche l'accertamento relativo ai profili di falso dei certificati periodici di parte.

L'esistenza di precedenti certificati periodici di analisi elaborati da un chimico apparentemente terzo rispetto al gestore dei rifiuti (ma il problema si pone nei medesimi termini anche per gli altri settori del diritto penale dell'ambiente) non è in sè – per le ragioni già esposte- normalmente idonea a confutare la affermazione della natura del rifiuto basata sulla ricostruzione dell'intero ciclo dalla produzione al trattamento allo smaltimento o recupero con successivo utilizzo.

Si consideri ,per esempio, l'utilizzo di fanghi di depurazione in agricoltura: sin dalla disciplina del 1992 (d.lgs. n.99) si sono fissati alcuni parametri cui deve rispondere il fango che provenga dalla depurazione di reflui civili o assimilati affinché possa essere utilizzato in agricoltura, dopo essere stato trattato come rifiuto e recuperato.

Tuttavia tra i parametri indicati non ve ne sono alcuni (p.es. la diossina) che ovviamente il legislatore non ha considerato per la semplice ragione che vi è già la delimitazione iniziale della provenienza del refluo. Ove il fango derivi dalla depurazione di un refluo industriale non assimilabile, nessuna analisi che pure genuinamente dimostri la rispondenza ai parametri previsti a valle per la sostanza da utilizzare in agricoltura, può superare il non emendabile peccato originale della provenienza del rifiuto

L'accertamento tuttavia della falsità dei certificati periodici costituirà invece un importante elemento di riscontro, se non addirittura, come si dirà, di prova di ulteriori reati.

3.3.1 L'accertamento sulle certificazioni periodiche di parte

A questo proposito occorre richiamare, tra le metodologie di indagine sperimentate con successo, la verifica diretta presso il laboratorio di analisi nel quale le certificazioni di parte appaiono formate.

Il presupposto dal quale si parte è che le analisi richiedono differenti, spesso complesse e comunque costose apparecchiature¹¹ e che queste ultime richiedono per il relativo funzionamento specifico materiale di consumo.

¹⁰ Ciò che, si precisa, avviene soltanto in specifici casi non sussistendo di contro un obbligo generalizzato che i rifiuti siano "accompagnati" da certificato di analisi

¹¹ La facoltà di Chimica di Bari, nella persona del prof. Francesco Fracassi, ha segnalato p.es. la necessità di specifiche apparecchiature per indagini su rifiuti (Assorbimento atomico per la determinazione dei metalli e relativi standard puri dei metalli stessi; Gascromatografo con rivelatore a ionizzazione di fiamma, colonna specifica e standard per il dosaggio dei solventi non clorurati; Gascromatografo con rivelatore a cattura di elettroni, colonna specifica e standard per il dosaggio dei solventi clorurati; Gas cromatografo con rivelatore a spettrometria di massa con colonne dedicate e standard opportuni per il dosaggio degli Idrocarburi Policiclici Aromatici (IPA), evidenziandosi peraltro che

L'accreditamento a specifiche attività dei laboratori di analisi può dipendere proprio dalla disponibilità di determinate apparecchiature.

Ne discende che -ove vi sia motivo di dubitare che le certificazioni di parte periodiche (magari perchè contrarie con gli esiti dell'attività svolta dal PM) siano veridiche- l'ispezione del laboratorio di analisi con l'accertamento sia delle apparecchiature in dotazione e funzionanti, sia dell'effettivo funzionamento delle apparecchiature mediante la verifica del materiale di consumo (del quale il laboratorio mantiene traccia ai fini della gestione fiscale del relativo costo).

Sorvolo in questa sede sulla circostanza che questo accertamento ha consentito in alcuni casi -oltre che di verificare che il laboratorio non avrebbe mai potuto effettuare alcune delle analisi i cui esiti erano riportati nei certificati non avendo le apparecchiature nè potendone disporre diversamente- anche di accertare l'esistenza di brogliacci di analisi (corrispondenti per date ed altri elementi ai certificati periodicamente prodotti dalla parte), in cui gli esiti cd fuori specifica erano affiancati da valori entro specifica, questi ultimi corrispondenti a quelli riportati nelle certificazioni. Ulteriori reati sono poi emersi in sede di analisi della documentazione fiscale ove i costi di gestione erano dichiarati.

3.3.2 Gli illeciti conseguenti

Ovviamente la formazione di certificati falsi può assumere diversa rilevanza:

- a) in primo luogo, è ulteriore elemento di riscontro in relazione ai reati ambientali (nonchè di prova ove sia acquisito, come nel caso del brogliaccio sopra citato, anche la prova degli effettivi valori rilevati con le analisi di parte;
- b) in secondo luogo, ove abbia consentito (come nel caso delle certificazioni periodiche disposte con il provvedimento di autorizzazione) la prosecuzione della condotta illecita (p.es. gestione illecita di rifiuti), costituisce condotta di concorso di colui che ha formato il certificato falso nel citato reato ambientale;
- c) può integrare la fattispecie delittuosa di cui all'art. 258.

Ribadito che nella disciplina documentale relativa alla gestione dei rifiuti non rientra tra gli obblighi generali (che sono comunicazione al Catasto, tenuta e conservazione del registro carico e scarico, compilazione, utilizzo e conservazione del f.i.r.) quello relativo alla predisposizione di certificazioni analitiche (che sono invece oggetto eventualmente di obblighi specifici) la individuazione delle sanzioni per il caso di violazione della disciplina documentale è comunque tutta contenuta nell'art. 258 recante appunto rubrica «Violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari»¹². Soffermandoci in questa sede sui reati (le violazioni dell'obbligo di comunicazione al Catasto da parte dei soggetti che vi sono tenuti sono illeciti amministrativi e così i casi di omissione o incompleta tenuta del registro di carico e scarico e l'omessa, incompleta o

gas cromatografi e assorbimento atomico necessitano di gas puri in bombole per il funzionamento a seconda delle condizioni d'analisi prescelte) su acque (Assorbimento atomico speciale per la determinazione dei metalli e relativi standard puri dei metalli stessi; Gascromatografo con rivelatore a ionizzazione di fiamma, colonna specifica e standard per il dosaggio dei solventi non clorurati; Gascromatografo con rivelatore a cattura di elettroni con speciale apparecchiatura per aumentarne la sensibilità, colonna specifica e standard per il dosaggio dei solventi clorurati; Apparecchio per la determinazione del TOC -carbonio organico totale) su inquinamento atmosferico (speciale sistema con sonda di campionamento in isocinetismo per il dosaggio delle polveri; speciale sistema con sonda di campionamento riscaldata per analisi di NOx, Sox; Cromatografo ionico per analisi di Fluoruri, NOx, SOx, etc.; Gascromatografo con sistema di introduzione gas, rivelatore a termocoducibilità e standard per la determinazione di ossigeno, azoto, anidride carbonica).

¹² In via generale, introducendo numerose modifiche al più rigoroso regime normativo precedente al decreto Ronchi, tutti i casi di violazione della disciplina della documentazione integrano soltanto illeciti amministrativi, ad eccezione dei quattro casi previsti dalla seconda e terza parte del quarto comma.

L'attenuazione del regime precedente è stata anche sottoposta, invano, al vaglio della Corte costituzionale (Corte cost. 16-30 dicembre 1998 n. 456, in *Foro it.*, 1999, I, 744; in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 212; in *Dir. pen. e processo*, 1999, 186, con nota di Amendola; in *Giust. pen.*, 1999, I, 177; in *Raiusan*, 1999, f. 2, 142).

inesatta compilazione ed utilizzazione per il trasporto di rifiuti non pericolosi del f.i.r.), sulla base del combinato disposto del quarto comma dell'art. 258 e dell'art. 483, 1° comma, c.p., può sinteticamente dirsi che le fattispecie incriminatrici previste dalla seconda e terza parte del 4° comma dell'art. 258 sono in realtà quattro:

- a) effettuazione del trasporto di rifiuti pericolosi senza il prescritto formulario;
- b) indicazione nel formulario stesso dati incompleti o inesatti in relazione a rifiuti pericolosi, in caso di trasporto;
- c) predisposizione di un certificato di analisi di rifiuti, false indicazioni sulla natura, sulla composizione e sulle caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti;
- d) uso di un certificato falso durante il trasporto di rifiuti.

Oggetto del delitto di predisposizione ed uso di certificato di analisi di rifiuti con falso contenuto sono le indicazioni che riguardano qualsiasi tipologia di rifiuti, senza delimitazione alcuna, ed, in particolare, senza la delimitazione ai soli rifiuti pericolosi richiamata dalle ulteriori ipotesi di reato appena descritte (Conforme, Cass. III, 3 marzo 2000 n.1040, cit.).

In particolare, non è necessario che la certificazione qualifichi le sostanze come rifiuti, ancorché di diversa classificazione, essendo, anzi, di maggiore rilevanza applicativa proprio i casi in cui la falsità sia finalizzata ad evitare del tutto la applicazione della disciplina dei rifiuti.

Quanto alle indicazioni rilevanti, va evidenziato che esse non sono delimitate a quelle sulla composizione e sulla natura chimico fisica, ma comprendono anche quelle sulla natura dei rifiuti, in particolare la formulazione di "conclusioni" da parte del certificatore che investono la natura giuridica del rifiuto e che nella prassi si rivelano particolarmente idonee a sviare gli accertamenti della Polizia Giudiziaria. Il contesto nel quale la certificazione deve essere predisposta non è necessariamente quello del trasporto ma può afferire a qualsiasi fase della produzione o gestione del rifiuto.

L'ultima delle fattispecie di illeciti penali documentali previste dall'art. 258 è l'uso di certificato falso.

Il contesto nel quale l'uso della certificazione falsa assume rilevanza è soltanto quello del trasporto, come espressamente richiesto dalla lettera della disposizione.

Deve intendersi per uso qualsiasi utilizzazione del certificato, ivi inclusa la mera allegazione al fir, anche quando non ne sia effettuata, per mancanza di controllo, la esibizione agli organi di controllo.

3.4 Accertamenti sulla spedizione transfrontaliera

Uno dei settori nei quali più frequente è la elusione della applicazione della disciplina dei rifiuti è quello della spedizione transfrontaliera.

Rinviano all'allegato approfondimento i temi della nozione, delle disciplina sostanziale comunitaria e nazionale applicabile e della disciplina sanzionatrice, occorre qui rilevare come a seguito di specifici studi di settore¹³ è emersa la radicale inattendibilità dei dati statistici relativi alle spedizioni transfrontaliere di rifiuti. E' emerso in sostanza come importanti realtà portuali apparentemente non siano state interessate affatto anche per periodi di oltre un anno da alcuna movimentazione di rifiuti.

In concreto, si è poi rilevata la significativa probabilità che nessuno dei controlli previsti in area portuale o comunque in ambito doganale fosse idoneo a rivelare il passaggio di rifiuti come merci.

¹³ Sia consentito il rinvio a AA.VV. *Traffico transfrontaliero di rifiuti, istituti strumentali, spunti metodologici e operativi*, Bari, 2008. Con riguardo alla disciplina della spedizione transfrontaliera dei rifiuti, mi permetto di formulare rinvio ai seguenti approfondimenti: "Spedizione transfrontaliera di rifiuti. Disciplina sostanziale", "Spedizione transfrontaliera di rifiuti. Disciplina nazionale" "Illeciti penali in materia di spedizione transfrontaliera di rifiuti", in Bollettino di informazione normativa Rifiuti, rispettivamente nn. 155 (10/08), ottobre 2008, n. 156 (11/08), novembre 2008, n. 158, Edizioni Ambiente, Milano.

Il controllo doganale è tendenzialmente impostato su mera base cartolare e comunque orientato da finalità soprattutto di carattere fiscale.

I controlli delle altre forze di polizia scontano comunque la difficoltà oggettiva di poter valutare anche con il semplice esame visivo se una sostanza sia rifiuto o mps o sottoprodotto.

Allo stato, le tecniche attraverso le quali può essere accertata la spedizione illegale che abbia ad oggetto rifiuti non dichiarati come tali si fondano:

- a) sull'approfondimento a valle o a monte presso soggetto di spedizione e soggetto di destinazione della effettiva natura delle sostanze, che consenta poi di stabilire l'illiceità della loro spedizione;
- b) sulla elaborazione di protocolli di accertamento per gli organi di controllo che, partendo dalle categorie di merci più esposte a celare in realtà rifiuti, ne individui le caratteristiche e soprattutto fornisca indicatori di agevole applicazione che consenta di affermare almeno il *fumus delicti* utile per la adozione del sequestro e per i successivi accertamenti.

4 Secondo fattore di complessità: gestione di rifiuti e atti della pubblica amministrazione

4.1 Premessa

Ulteriore elemento di complessità delle indagini in materia di rifiuti è costituito dalla circostanza che sotto il profilo formale l'agente svolga la attività di gestione di rifiuti sulla base di un titolo abilitativo. Che si tratti di autorizzazione nelle due forme del regime ordinario (autorizzazione unica o autorizzazione integrata ambientale), ovvero di comunicazione di inizio di attività (ordinaria o aggravata) ovvero di iscrizione (nelle tre forme ordinaria, light e superlight), il tema che si pone -in particolare allorché questa attività pur abilitata risulti in contrasto con altra specifica previsione- è se la valutazione della condotta incontri dei limiti (e debba persino essere considerata sostanzialmente insindacabile), se, in sostanza, si ponga in questo caso un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo e se e quali ulteriori accertamenti occorra in questi casi effettuare.

Ove infatti si ponesse un problema di disapplicazione¹⁴, dovrebbe tenersi conto dei limiti entro i quali la disapplicazione è ammessa in sede di accertamento della responsabilità penale.

¹⁴È noo che la materia della disapplicazione del provvedimento amministrativo trova la sua fondamentale disciplina negli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865 n.2248 all.E cd. legge sul contenzioso amministrativo. La prima disposizione, regolando i poteri che il GO esercita nei confronti della PA, recita:” *Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.* “ “*L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso* “.

La seconda norma, invece, conferisce in generale al GO un potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi, prevedendo che:” *In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi* “.

Il GO può applicare l'atto amministrativo che concorre alla definizione della controversia oggetto della sua deliberazione a condizione che esso sia ritenuto conforme alla legge, diversamente lo disapplica ovvero non lo applica, considerandolo *tamquam non esset*.

L'esercizio del potere di disapplicazione, dunque, presuppone un preventivo sindacato sulla legittimità del provvedimento che il GO svolge in via incidentale ossia limitatamente al caso oggetto di esame (sicché non è preclusa la libera ed eventuale diversa valutazione dello stesso provvedimento ad opera di altro giudice in caso analogo cfr. in tal senso Cass. pen., Sez. I, 03/07/2001, n.29453) e per quanto sia strettamente funzionale alla risoluzione della stessa controversia: un sindacato principale è, infatti, precluso al GO, essendo di regola rimesso alla cognizione del GA.

Invero, l'estensione del potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi nel campo penale sembra collidere con il principio di tassatività vigente in subiecta materia, poiché consentirebbe di ravvisare reati, connotati dall'assenza di provvedimenti, anche in ipotesi in cui vi sono provvedimenti amministrativi, sebbene questi siano illegittimi e pertanto suscettibili di disapplicazione.

D'altro canto, non sfugge che una tale estensione, consentendo una disapplicazione in peius, finirebbe per tradire l'originaria ratio garantistica dell'art. 5 che nasce quale norma volta a disciplinare l'estensione (cd. limiti interni) dei poteri che il GO gode nei confronti della Pa, quale titolare della funzione amministrativa.

Non potendosi in questa sede sviscerare il tema, si assumono per la successiva analisi i seguenti principi (espressi dalla notissima sentenza Giordano, n. 3 del 17.2.1987, cui si ispirano le molteplici pronunce successivamente assunte dalle sezioni semplici, ma superata per alcuni aspetti da successive pronunzie anche delle Sezioni unite)¹⁵:

a) il giudice penale, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge 20.3.1865 n. 2248 All. E), sull'abolizione del contenzioso amministrativo, ha il potere di disapplicare solo gli atti amministrativi illegittimi che comportano una lesione di diritti soggettivi;

b) invece, gli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al libero esercizio dei diritti (nulla osta, autorizzazioni) o che costituiscono diritti in capo a soggetti privati (concessioni), se illegittimi, non possono essere disapplicati dal giudice penale, a meno che la disapplicazione non trovi fondamento in una esplicita previsione legislativa ovvero nel generale potere del giudice di interpretare la norma penale nei casi in cui l'illegittimità dell'atto amministrativo si configuri essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa.

c) per conseguenza, il reato di costruzione edilizia senza concessione non è configurabile quando questa sia stata rilasciata illegittimamente; mentre è configurabile quando questa sia stata rilasciata da organo assolutamente privo del potere di provvedere oppure sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la acquisisce, giacché in questi ultimi casi l'atto amministrativo è giuridicamente inesistente o illecito, e quindi non è oggettivamente riferibile alla sfera del lecito giuridico.

Le note che seguono, si ripete, mirano esclusivamente a proporre il tema del rapporto tra giurisdizione e atto amministrativo nella misura in cui ciò sia rilevante nella determinazione dell'ambito della attività di indagine.

Ancora una volta, esemplificativamente si considera l'attività di gestione di rifiuti: la circostanza che essa sia svolta in presenza di un titolo abilitativo non soltanto non conferisce affatto

Quanto alla portata del sindacato in questione, esso comprende tutti vizi di legittimità (violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza), atteso che l'apprezzamento del merito amministrativo è riservato in via esclusiva alla Pa che ha assunto il provvedimento (Cass. civ., Sez. lavoro, 14/01/2002, n.332).

¹⁵ Per vero deve riconoscersi che si tratta di limiti non chiaramente definiti, essendo controverso persino il fondamento normativo.

L'esistenza di plurime -e tra loro non per ogni aspetto concordi- pronunzie delle sezioni unite della Suprema Corte non ha determinato di fatto monoliticità di sorta della giurisprudenza di legittimità successiva.

Sotto il profilo della illegittimità alcune sentenze hanno sostenuto che l'illegittimità dell'atto amministrativo può essere sindacata dal giudice penale solo se sia "macroscopica" (ex plurimis Sez. Ili, n. 4421 del 3.5.1996) o "eclatante" (Sez.III, n. 11988 del 23.12.1997), in tal modo introducendo un nuovo parametro di controllo di tipo più quantitativo che qualitativo.

Sotto il profilo della natura dell'atto oggetto di sindacato, v'è che sebbene, la Suprema Corte abbia tradizionalmente affermato che il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo è volto alla tutela non già del diritto oggettivo, bensì del diritto soggettivo che sia inciso in concreto negativamente dall'attività provvedimentale della p.a.. (Cass. civ., Sez. III, 14/01/2002, n.348), tuttavia, si rinvencono pronunce (Cass. pen., Sez. III, 24/02/2001) ad avviso delle quali sono suscettibili di disapplicazione sia i provvedimenti restrittivi (della sfera giuridica del titolare del diritto soggettivo) sia i provvedimenti ampliativi giacché ogni differenziazione a riguardo non troverebbe conforto nel tenore letterale del combinato disposto dei cit. artt. 4 e 5.

automaticamente crisma di liceità della attività stessa, ma impone di contro una più articolata e complessa attività di indagine.

4.2 Indagini e atto amministrativo in materia ambientale: quando non v'è questione di disapplicazione

Vi sono in primo luogo una serie di ipotesi in cui non si pone affatto un problema di disapplicazione sicchè non hanno ragione di porsi neppure astrattamente le perplessità sul tema nutrite e sopra riassuntivamente richiamate.

4.2.1 La valutazione della conformità della condotta (anche assentita) allo statuto di settore

Vengono in rilievo, anzitutto, le ipotesi in cui la norma penale attribuisce direttamente al giudice penale il potere di sindacare la condotta tenuta dal soggetto attivo del reato in relazione non già (e non solo) al provvedimento amministrativo emanato, bensì allo statuto di settore in cui si colloca lo stesso provvedimento.

4.2.1.1 in materia edilizia e urbanistica

Il tema –come è noto- è stato oggetto di particolare approfondimento in relazione al caso di costruzione con concessione edilizia/permesso di costruire, ma in contrasto con altre disposizioni (di seguito, per semplicità, in contrasto con la pianificazione), così come per la lottizzazione autorizzata ma parimenti in contrasto con altre disposizioni (di seguito, per semplicità, in contrasto con la pianificazione).

Occorre allora preliminarmente riportarsi agli arresti sul tema della giurisprudenza di legittimità in materia edilizia e urbanistica.

Illuminanti, in proposito, sono le considerazioni svolte dal cit. Cass. pen., Sez. Unite, 21/12/1993 secondo cui nell'ipotesi in cui si edifichi con concessione edilizia illegittima, deve discutersi non già di disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo e dei relativi poteri del giudice penale, ma di potere accertativo di detto magistrato: l'esame deve riguardare l'integrazione o meno della fattispecie penale "*in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela (nella specie l'interesse sostanziale alla tutela del territorio), nella quale gli elementi di natura extrapenale... convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo*".

Le considerazioni appena svolte conservano la loro validità anche alla luce del dato normativo di cui al vigente art. 44 a) e b) TU edilizia giacché la lett.b) sanziona i lavori svolti in assenza o in totale difformità del permesso, laddove la lett.a) punisce i casi di esecuzione di lavori effettuati in violazione non solo del titolo edilizio rilasciato (ove non integrino totale difformità), ma anche dello statuto urbanistico complessivo comprensivo (in disparte il permesso edilizio).

La contravvenzione di cui alla cit. lett.a è configurabile, quindi, anche nell'ipotesi di esecuzione di lavori che, seppure conformi al titolo edilizio, siano in contrasto con le altre fonti di natura normative e non regolanti la fattispecie concreta oggetto di assenso: la contestazione di un addebito penale in tali casi non implica la disapplicazione del titolo edilizio, ma l'esercizio del potere di accertamento peculiare riconosciuto al giudice penale e consistente nella verifica della sussumibilità della fattispecie concreta nell'ambito di quella astratta così come delineata dal precetto.

Analogamente, l'ipotesi criminosa di lottizzazione abusiva ricorre sia nell'ipotesi in cui l'attività di trasformazione è stata posta in essere in assenza della prescritta autorizzazione sia nell'ipotesi in cui, pur ricorrendo quest'ultima, tuttavia l'attività è stata posta in essere in contrasto con lo statuto urbanistico costituito dalle prescrizioni specifiche imposte dagli strumenti urbanistici e dalle leggi statali o regionali.

4.2.1.2 in materia di disciplina della gestione dei rifiuti

E' possibile trasporre le medesime coordinate ermeneutiche appena riferite nel campo dei rifiuti, conseguendo il medesimo risultato?

Così sembra ritenere Cass. pen., Sez. III, 15/12/2006, n.13676 che ha in proposito affermato i seguenti principi:

a) la valutazione della configurabilità di reati in materia ambientale non esclude il giudizio sulla legittimità di atti amministrativi autorizzatori eventualmente rilasciati ma anzi comporta necessariamente tale giudizio (ovviamente non esteso ai profili di discrezionalità) allorchè quegli atti costituiscano presupposto o elemento costitutivo o integrativo del reato. Una determinata attività incidente sullo stato dell'ambiente, infatti, seppure formalmente assentita, non può svolgersi in contrasto con la disciplina di settore risultante dal complesso delle norme statali e regionali e degli ulteriori strumenti di pianificazione settoriale vigenti;

b) il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale di un titolo autorizzatorio amministrativo, procede ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna "disapplicazione" del provvedimento medesimo, nè incide, con indebita ingerenza, sulla sfera riservata alla Pubblica Amministrazione, poichè esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice;

c) l'accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità (anche a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell'amministrazione) costituisce un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo del reato contestato pure riguardo all'apprezzamento della colpa;

d) spetta in ogni caso al giudice del merito, e non certo a quello del riesame di provvedimenti di sequestro, la individuazione, in concreto, di eventuali situazioni di buona fede e di affidamento incolpevole.

Occorre pertanto interrogarsi sulla sussistenza di una previsione normativa incriminatrice in materia di gestione di rifiuti che punisca la condotta ("una determinata attività incidente sullo stato dell'ambiente") per il fatto che, *seppure formalmente assentita*, si svolga "*in contrasto con la disciplina di settore risultante dal complesso delle norme statali e regionali e degli ulteriori strumenti di pianificazione settoriale vigenti*".

La stessa sentenza esclude infatti di aver fatto ricorso all'istituto della disapplicazione che in ipotesi avrebbe –ad avviso di chi scrive censurabilmente- consentito di ravvisare la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 256 laddove vi è gestione con autorizzazione illegittima.

Nel caso di specie la Suprema Corte espressamente richiama peraltro anche una descrizione della operazione diversa da quella della insussistenza del titolo per illiceità poichè oltre ad escluderne la rilevanza nel ragionamento (riportando tra parentesi "anche a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell'amministrazione") richiama *l'accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità* soltanto ai fini della valutazione di elemento soggettivo del reato, intendendo il reato contravvenzionale, poichè vi è menzione della colpa.

Tuttavia nessuna delle contravvenzioni di cui all'art. 256 in tema di gestione di rifiuti ha una formulazione che si ponga rispetto al primo comma dell'art. 256 così come la lettera a) dell'art. 44 t.u.edil si pone rispetto alla lett.b) dello stesso articolo (o come la previsione di lottizzazione abusiva sostanziale rispetto alla lottizzazione abusiva formale).

Uno spazio utile potrebbe essere in astratto quello di cui all'art. 260 D. lgs. n.152/2006 che sanziona "*Chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti*".

Invero, un'interpretazione formale dell'avverbio "*abusivamente*" potrebbe indurre a ritenere che la norma sanziona esclusivamente le condotte che vengono in assenza o in contrasto con il titolo abilitativo: trattatasi, cioè delle ipotesi in cui l'attività afferente ai rifiuti è svolta in modo

clandestino ovvero in modo radicalmente difforme dal titolo ovvero con rifiuti diversi da quelli oggetto di assenso preventivo.

Un'interpretazione di natura sostanziale induce, invece, a ritenere che la verifica della ricorrenza in concreto della fattispecie penale de qua deve svolgersi, assumendo a parametro normativo non solo il titolo abilitativo rilasciato, ma anche il complessivo ordinamento vigente in tema di rifiuti, con la conseguenza che il reato de quo è configurabile anche nelle ipotesi in cui la condotta perpetrata dal soggetto attivo, benché conforme al titolo abilitativo rilasciato, risulta tuttavia in contrasto con le ulteriori fonti confluenti nello statuto di settore.

Tuttavia, sebbene si tratti di ipotesi contestata nel procedimento oggetto della sentenza Cass. pen., Sez. III, 15/12/2006, n.13676, non sembra che ad essa abbia inteso riferirsi la Suprema Corte.

Certamente rientra nell'ambito di questa ipotesi, la fattispecie prevista dall'art. 259 testo unico con riferimento all'art. 26 del regolamento (CEE) 1° febbraio 1993, n. 259, secondo cui "*Costituisce traffico illecito qualsiasi spedizione di rifiuti: ...e) che comporti uno smaltimento o un recupero in violazione delle norme comunitarie o internazionali*". Vi è piena continuità normativa con la successiva previsione relativa alla «spedizione illegale» dettata dall'art. 2 n. 35) del regolamento 1013, in quanto alla lett. e) si considera la spedizione "*in un modo che il recupero o lo smaltimento risulti in contrasto con la normativa comunitaria o internazionale*".

E' in sostanza la stessa previsione normativa a richiedere che, indipendentemente dalla circostanza che la spedizione sia autorizzata, sia autonomamente valutata dal Giudice la liceità della spedizione in quanto diretta a effettuare uno smaltimento o un recupero in contrasto con la normativa comunitaria e internazionale (non soltanto in materia di spedizione transfrontaliera) ma in generale in materia gestione di rifiuti, . Nonostante l'autorizzazione, può cioè autonomamente ritenersi che la procedura di spedizione sia svolta con modalità o con finalità (persino da essere così teleologicamente orientata) tali da determinare un recupero e uno smaltimento contrastanti con la normativa.

4.2.2 La valutazione della condotta assentita da atto inesistente per illiceità o carenza di potere

Ulteriore caso non riconducibile alla disapplicazione di provvedimenti amministrativi è quello della inesistenza dell'atto per illiceità ovvero carenza di potere.

In materia edilizia ad esempio si è ritenuta inesistente la concessione edilizia non riferibile oggettivamente alla sfera del lecito giuridico, in quanto frutto dell'attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la ottiene.

L'inefficacia dell'atto provvedimento, in quanto affetto da nullità per contrasto con norme imperative penali, esclude che nella specie possa rinvenirsi un'ipotesi di disapplicazione che per sua natura presuppone un atto esistente ed efficace, sebbene illegittimo.

Sulla nozione di illiceità conviene richiamare Cass. pen., Sez. III, 03/03/2004, n.15299 ad avviso del quale la c.d. "collusione", non indicativa di uno specifico reato, perché insussistente nel codice penale comune, debba essere ampliata alle attività fraudolente del richiedente, non colpite per inerzia della P.A., e possa essere riferita genericamente alla sfera dell'illecito giuridico.¹⁶

¹⁶ Non deve essere invece condivisa l'impostazione che fa discendere automaticamente dalla esistenza di una pur grave illegittimità per violazione di legge l'illiceità in quanto quella violazione di legge sarebbe già indicativa dell'elemento oggettivo della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Infatti si è affermato che la concessione data senza rispettare quanto previsto dagli strumenti urbanistici configura una violazione di legge, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 323 c. p., e che la gravità della violazione esclude che nella specie venga in discussione la disapplicazione del permesso di costruire illegittimo. E' invece del tutto evidente che questa impostazione, in assenza di ulteriori elementi idonei a consentire di configurare nei suoi elementi costitutivi la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., finisce per ricondurre qualsiasi ipotesi di violazione di legge alla illiceità dell'atto.

Tra le condotte che determinano l'illiceità dell'atto, e quindi l'inesistenza, va considerata anche la prospettazione di circostanza di fatto false che si riverberi e determini l'adozione dell'atto.

In questa prospettiva, si rende sempre necessario, in materia ambientale, acquisire ed esaminare anche la domanda volta a conseguire il titolo autorizzatorio, la comunicazione di inizio, la richiesta di iscrizione, tutte con i relativi allegati.

L'eventuale provvedimento, fondato su presupposto falso perchè tale riferito dall'istante, potrà essere considerato illecito in quanto conseguito con attività fraudolenta della parte.

Il mendacio assume poi ulteriore autonoma rilevanza nei termini di seguito esposti.

4.2.3 La valutazione dei titoli abilitativi conseguiti mediante mendacio

Diversa prospettiva investigativa si apre allorché debba verificarsi se il titolo abilitativo sia stato rilasciato con mendacio.

Tale circostanza assume un duplice rilievo.

In primo luogo, si pone il problema della verifica della sussistenza di reati di falso.

In secondo luogo, si pone il problema della ricaduta che detto mendacio può avere sul titolo abilitativo conseguito

4.2.3.1 I reati in tema di rilascio dei titoli abilitativi.

In relazione ai tre regimi di gestione dei rifiuti (regime ordinario con autorizzazione esplicita, regime di mera iscrizione –iscrizione ordinaria, c.d. *i. light* e c.d. *i. super-light* – e regime semplificato con comunicazione di inizio attività – con ulteriori articolazioni), vi sono tre distinte fattispecie che considerano l'eventuale sussistenza di profili di falso nelle “dichiarazioni” di parte che in tutto in parte possono fondare i tre diversi titoli abilitativi.

A) In materia di autorizzazione ordinaria, il riferimento è all'art. 209 («Rinnovo delle autorizzazioni alle imprese in possesso di certificazione ambientale») ed in particolare al comma terzo che prevede che: «3. *L'autocertificazione e i relativi documenti, di cui ai commi 1 e 2, sostituiscono a tutti gli effetti l'autorizzazione alla prosecuzione, ovvero all'esercizio delle attività previste dalle norme di cui al comma 1 e ad essi si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1992, n. 300. Si applicano, altresì, le disposizioni sanzionatorie di cui all'articolo 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241*».

B) Parimenti in tema di iscrizione all'Albo l'art. 212 (Albo nazionale gestori ambientali) prevede al 21° comma: «*Alla comunicazione di cui al comma 18 si applicano le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Alle imprese che svolgono le attività di cui al comma 18 a seguito di comunicazione corredata da documentazione incompleta o inidonea, si applica il disposto di cui all'articolo 256, comma 1*».

C) In tema infine di procedure c.d. semplificate l'art. 214 («Determinazione delle attività e delle caratteristiche dei rifiuti per l'ammissione alle procedure semplificate») prevede al 9° comma: «*Alle denunce, alle comunicazioni e alle domande disciplinate dal presente Capo si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative alle attività private sottoposte alla disciplina degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Si applicano, altresì, le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241*».

Cio premesso, ai sensi dell'art. 21 («Disposizioni sanzionatorie») l. n. 241/1990, come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dall'art. 3, 6° comma *novies*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione:

«1. *Con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di*

false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato.

2. Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

2-bis. Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20».

In sostanza, in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni nella autocertificazione di cui all'art. 209, nella comunicazione di cui all'art. 212 ovvero nelle comunicazioni (denunce e domande) previste dagli artt. 214, l'autore è punito con la reclusione fino a due anni, così come colui che attesti falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, secondo la previsione dell'art. 483 c.p.

L'ambito di applicazione della previsione incriminatrice derivante dal combinato disposto degli artt. 483 c.p. e 21 l. n. 241/1990, oltre a quello menzionato in materia di regime ordinario, è il seguente:

a) comunicazione finalizzata alla iscrizione c.d. semplificata (art. 212);

b) comunicazione di inizio attività (art. 214) che rientra nel *genus* della denuncia ai sensi dell'art. 19 l. n. 241/1990, essendo un caso, sia pur non direttamente previsto dalla legge 241, «in cui l'esercizio di un'attività privata, subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato all'amministrazione competente» (art. 19, 1° comma) «dopo il decorso di un termine fissato» (2° comma).

La fattispecie in esame è formulata mediante un rinvio, che si rivela essere doppio: essa non individua una condotta specificandone il soggetto attivo, ma richiama la applicabilità nei due casi indicati di una disciplina incriminatrice (quella di cui all'art. 21 l. n. 241/1990), che a sua volta richiama, sotto il profilo sanzionatorio, una disposizione del codice penale.

Soggetto attivo del reato è colui che abbia sottoscritto le comunicazioni sopra indicate, con la conseguenza che normalmente si tratterà di persona investita, totalmente o parzialmente, della rappresentanza del soggetto giuridico che effettua la comunicazione.

Ovviamente, ciò non esclude che, oltre al soggetto che ha formalmente sottoscritto la comunicazione, altri possano essere autori del reato sulla base dei normali parametri di concorso: se il legale rappresentante ha presentato la comunicazione sulla base delle disposizioni dell'organo di gestione sussisterà anche la corresponsabilità di quest'ultimo, se ed in quanto la disposizione attenga a profili non veritieri.

Poiché il rinvio fatto dall'art. 209 è anche agli allegati alla autocertificazione, così come quella di cui all'art. 216 riguarda anche la documentazione prodotta per l'iscrizione o la relazione che accompagna la comunicazione di inizio, la fattispecie potrà avere ad oggetto anche questi ultimi atti.

Poiché le condotte incriminate sono quelle di chi renda dichiarazioni mendaci o false attestazioni nelle comunicazioni sopra menzionate, ne discende che esemplificativamente può integrare la condotta del reato in esame:

a) la attestazione di possedere i requisiti soggettivi che il dichiarante non possieda;

b) la relazione che accompagni la comunicazione di inizio nella quale si descrive lo stabilimento con caratteristiche diverse da quelle effettivamente possedute (cfr. Cassazione sez.III, 10.06.2008, n. 23081, Centurione, in Rifiuti – B.I.N., 01/09 pag.22);

c) la stessa relazione con la quale viene descritto un ciclo di trattamento in tutto o in parte incompatibile con altre attività in atto o con le caratteristiche dello stabilimento;

d) la allegazione di documentazione che riporti non reali caratteristiche tecniche dei mezzi.

Ovviamente la falsa rappresentazione deve avere ad oggetto fatti e non meri propositi o dichiarazioni di intenti: la circostanza che la attività descritta nella relazione, p.es., non venga effettuata o sia effettuata con modalità diverse di per sè non integra il reato in esame.

Si tratta di un reato formale che si consuma con la ricezione della comunicazione da parte della autorità amministrativa.

Poiché il reato si perfeziona con la ricezione della comunicazione da parte dell'ente, la mera predisposizione non è sufficiente ad integrare il reato consumato, mentre le determinazioni da parte della p.a. successive alla ricezione della comunicazione sono da considerarsi rispetto a questa ipotesi di reato mero *post factum*. In altri termini, nulla toglie alla sussistenza del reato la circostanza che la p.a., dopo aver ricevuto la comunicazione, si sia avvalsa ad es. del potere di disporre il divieto di inizio della attività. Ove ciò non avvenga e sia rilasciato dalla p.a. un provvedimento che si fondi su un falso presupposto, si apre il distinto tema della configurabilità del c.d. falso indotto.

Occorre che l'agente abbia coscienza e volontà non soltanto di effettuare una comunicazione alla p.a., ma anche della falsità delle dichiarazioni e attestazioni mendaci, e quindi del loro carattere non veritiero.

Sono in sé irrilevanti le ragioni che determinano l'agente: la falsità può essere finalizzata a commettere tipologie di reati diverse da quelle previste in materia ambientale, ovvero può essere finalizzata a conseguire finalità che non siano penalmente illecite. L'ipotesi di reato sussiste comunque.

Tuttavia, l'assoluta ininfluenza sotto qualsiasi punto di vista della circostanza oggetto di falsa rappresentazione può, in determinati contesti, assumere rilevanza al fine di dimostrare la mancanza di consapevolezza della specifica dichiarazione inveritiera.

4.2.3.2 Le ricadute del mendacio sul titolo abilitativo

Come si è detto, tutte e tre le disposizioni relative ai tre titoli abilitativi richiamano l'art. 21 l.241/90.

L'art. 21 si è già detto che prevede al secondo comma:

Cio premesso, ai sensi dell'art. 21 («Disposizioni sanzionatorie») l. n. 241/1990, come modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dall'art. 3, 6° comma *novies*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione:

2. Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente. “

In sostanza, è integrata la fattispecie di cui all'art. 256

Ad analoga conclusione, ma per altra strada, si perverrebbe del resto, anche considerando la giurisprudenza in tema di atto amministrativo inesistente per induzione in errore alla quale si rinvia

4.2.4 La valutazione della condotta assentita da atto inefficace

Non costituisce ancora ipotesi di disapplicazione la valutazione della inefficacia del titolo nel caso in cui la sua efficacia sia condizionata e la condizione non si sia verificata.

E' questo ad esempio il caso del permesso di costruire in zona vincolata rilasciato senza autorizzazione paesaggistica: l'orientamento prevalente – ma non tetragono- è che si tratti di permesso inefficace sicchè l'eventuale edificazione non integrerà soltanto la fattispecie di cui all'art. 181 cod.bb.cc., ma anche quella di cui all'art. 44 lett.c) per assenza di permesso in quanto inefficace.

4.2.5 La valutazione della condotta assentita da comunicazione di inizio delle attività

Allorquando la condotta di gestione di rifiuti (in linea di massima, recupero nei casi espressamente previsti, ma in astratto andrebbero incluse anche le condotte di auto smaltimento e alcuni casi di trasporto di rifiuti) sia formalmente svolta in regime cd semplificato di comunicazione di inizio, dovranno comunque verificarsi molteplici profili prima di ritenere che la condotta sia assentita e che pertanto non sussista la fattispecie di cui all'art. 256 comma primo.

4.2.5.1 L'accertamento che i rifiuti vengano destinati in modo effettivo ed oggettivo al recupero

Infatti il disposto dell'art. 33 del decreto Ronchi così come quello della prima formulazione dell'art. 216 del testo unico al comma 11 prevedeva che “ *alle attività di cui ai commi precedenti si applicano integralmente le norme ordinarie per lo smaltimento qualora i rifiuti non vengano destinati in modo effettivo ed oggettivo al recupero.*”

L'esigenza di evitare che lo svolgimento di attività di gestione di rifiuti in regime di mera comunicazione di inizio possa recare pregiudizio all'ambiente ha cioè indotto il legislatore a prevedere dei meccanismi idonei a scoraggiare eventuali tentativi di eludere l'applicazione della disciplina più rigorosa.

Infatti quando –nonostante quanto dichiarato dal gestore di rifiuti o quanto eventualmente nelle sue intenzioni- non si realizzi il recupero dei rifiuti perché il processo non è organizzato in modo da consentirlo ovvero comunque non lo consenta, si sarebbe applicata nella originaria previsione dell'art. 216 in ogni caso la disciplina ordinaria (id est: autorizzazione) più rigorosa che è quella dello smaltimento, indipendentemente dalla circostanza che rientri o meno in alcuna della attività previste dall'allegato C. Ciò appunto era previsto dallo stesso art.33 *del d. lgs. 22/97) che al comma 11* prevede che: “*Alle attività di cui ai commi precedenti si applicano integralmente le norme ordinarie per lo smaltimento qualora i rifiuti non vengano destinati in modo effettivo ed oggettivo al recupero.*”

Ambito di applicazione della clausola di effettività erano in generale le operazioni di recupero. In particolare si richiamavano quelle di cui ai commi dal primo al decimo dell'art.33, e cioè in sostanza, ed ovviamente, quelle operazioni che in astratto potrebbero beneficiare della procedura semplificata. Si tratta delle operazioni indicate nel primo comma (quelle svolte secondo le norme tecniche e le prescrizioni specifiche adottate ai sensi dei commi 1,2,e 3) e quelle individuate transitoriamente dal comma sesto (operazioni di recupero dei rifiuti elencati nell'allegato 3 del DM 3.9.1994 e nell'allegato 1 DM 16.1.1995 nel rispetto delle prescrizioni ivi contenute). La ragione della delimitazione dell'ambito della clausola d'effettività delle operazioni di recupero soltanto alle indicate operazioni di recupero è di tutta evidenza: le altre operazioni di recupero non menzionate sono sottoposte a procedura ordinaria di rilascio di autorizzazione che è proprio il regime che la clausola di effettività intende applicare per i casi di operazioni di recupero in regime semplificato ma non effettivamente ed oggettivamente di recupero.

Perché alle operazioni astrattamente di recupero ex art. 33 d Ronchi fosse applicato il regime ordinario di cui agli artt. 27 ss era necessario che i rifiuti non vengano destinati in modo effettivo ed oggettivo al recupero.

Le ipotesi alle quali si faceva riferimento sono due:

1) il caso in cui l'attività di recupero abbia determinato una corretta trasformazione del rifiuto ma detto rifiuto trasformato non sia poi oggettivamente ed effettivamente destinato a ciò per cui la trasformazione è stata effettuata. P.es.: alla sottoposizione del rifiuto ad un procedimento di compostaggio (per ipotesi del tutto corretto) non necessariamente segue l'impiego corretto (p.es. in agricoltura) del rifiuto trattato. L'imprenditore potrebbe ritenere antieconomica la gestione della fase della immissione nel mercato del prodotto avendo già lucrato sulla ricezione (che, appunto,

viene remunerata) del fango di depurazione dei reflui. Potrebbe pertanto decidere p.es. di liberarsi abbandonando su suolo –o anche spargendo su suolo ma con evidenti diverse finalità (p.es. non trattandosi di suolo agricolo o essendo utilizzati quantitativi di gran lunga superiori a quelli consentiti)– il risultato della trasformazione. Già in tal caso non si avrebbe destinazione oggettiva ed effettiva al recupero. In questo caso, sulla base della Clausola di effettività potrà dirsi poiché la attività di recupero non consegue effettivamente il risultato che intendeva conseguire non si tratta di attività di recupero;

2) il caso in cui per le caratteristiche stesse della attività di gestione non possa parlarsi di recupero, come quando sia comunicato lo svolgimento di un tipo di attività e venga poi effettivamente svolta un' altra attività, da non considerarsi di recupero (come nel caso di specie). In tal caso, pur non potendosi apoditticamente affermare che la attività svolta non sia affatto consentita nel nostro ordinamento, deve applicarsi il regime ordinario e quindi sarà necessaria una previa valutazione da parte dell' Autorità amministrativa per il rilascio della autorizzazione. Applicata a tale ultima ipotesi, la clausola di effettività finisce, è evidente, per affermare un principio cui si sarebbe potuti pervenire anche diversamente, ed alla cui chiara affermazione il legislatore non ha inteso tuttavia rinunciare. Ed infatti, in generale, la disciplina da applicarsi alla gestione di rifiuti deve aver riguardo al tipo di attività concretamente svolta e non a quella dichiarata. Se, pertanto, veniva dichiarato lo svolgimento di attività di recupero di rifiuti di cui all' art. 33, ma concretamente veniva svolta attività di smaltimento, doveva esigersi la applicazione della disciplina di cui agli artt. 27 e seguenti con la conseguente sussistenza del reato di cui all' art. 51 primo comma.

Conseguentemente, ed in ogni caso, ove non sia realizzata (affatto o adeguatamente) la attività di trasformazione del rifiuto per il successivo riutilizzo, doveva escludersi in radice che a quella operazione potesse riconoscersi la natura di operazione di recupero, con inevitabile esclusione del regime eccezionale semplificato e riespansione del regime ordinario.

Infatti, il regime da applicarsi era quello ordinario sia perché quella attività non poteva considerarsi di recupero sia perché le sostanze in uscita (poiché neppure astrattamente destinabili al recupero) non potevano dirsi destinate effettivamente ed oggettivamente al recupero.

L' art. 216 è stato, tuttavia, modificato in parte qua dal correttivo di cui al d.lgs. 04/08 con la seguente:

“11 Alle attività di cui al presente articolo si applicano integralmente le norme ordinarie per il recupero e lo smaltimento qualora i rifiuti non vengano destinati in modo effettivo ed oggettivo al recupero.”

Nella sostanza, la clausola ha il medesimo funzionamento con gli stessi presupposti e con la stessa conseguenza della ravvisabilità di una attività di gestione non autorizzata che in concreto potrà essere tuttavia non necessariamente di smaltimento ma anche di recupero.

Ne discende che, anche con l' attuale formulazione della previsione normativa, in fase di indagini potrà essere verificato sia che il ciclo di trattamento sia idoneo a determinare il recupero dei rifiuti in modo effettivo (perché ove ciò non avvenga e pur nel rispetto delle previsioni della relazione di accompagnamento alla comunicazione di inizio e nell' osservanza delle discipline di settore, dovrà ritenersi che per l' attività non sussista il previsto titolo abilitativo) sia che la sostanza oggetto del recupero del rifiuto sia effettivamente destinata a svolgere la funzione per la quale il recupero è stato effettuato.

4.2.5.2 La verifica del perfezionamento della prevista comunicazione di inizio di attività

In tema di rifiuti, la categoria di titolo abilitativo inesistente va ravvisata anche nell' ipotesi di procedura semplificata avvenuta sulla base di una comunicazione di inizio attività priva di dati

idonei a consentire la verifica in merito alla capacità dell'impianto di svolgere effettivamente l'attività di recupero dei rifiuti specificamente avviata: ove tali dati difettino, a causa del tenore generico della relazione, la comunicazione deve ritenersi tamquam non esset e pertanto l'attività eventualmente svolta deve ritenersi abusiva in quanto non legittimata dal prescritto titolo abilitativo. Sul punto come per l'autorizzazione, anche per la comunicazione è previsto dalle disposizioni di cui agli artt. 214 e ss. e dalla normativa di attuazione un contenuto obbligatorio.

Ai sensi dell'art. 216 comma terzo d.lgs.152/06:

3. La provincia iscrive in un apposito registro le imprese che effettuano la comunicazione di inizio di attività ed entro il termine di cui al comma 1 verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti. A tal fine alla comunicazione di inizio di attività è allegata una relazione dalla quale risulti:

- a) il rispetto delle norme tecniche e delle condizioni specifiche di cui al comma 1;*
- b) il possesso dei requisiti soggettivi richiesti per la gestione dei rifiuti;*
- c) le attività di recupero che si intendono svolgere;*
- d) lo stabilimento, la capacità di recupero ed il ciclo di trattamento o di combustione nel quale i rifiuti stessi sono destinati ad essere recuperati, nonché l'utilizzo di eventuali impianti mobili;*
- e) le caratteristiche merceologiche dei prodotti derivanti dai cicli di recupero.*

Dovendo la Provincia valutare se l'impianto sia in condizione di rispettare le norme tecniche e le condizioni previste dalla disciplina attuativa e dai suoi allegati, evidentemente il contenuto della relazione non può limitarsi a indicare genericamente tipologia dell'impianto, tipologia di rifiuti e di operazione di recupero, dovendo invece riportare dati che consentano di valutare se la specifica tipologia di impianto possa in concreto recuperare la specifica tipologia di rifiuto indicata.

In presenza di una comunicazione munita del contenuto minimo richiesto dalla legge, decorre il termine di novanta giorni. Nel termine previsto di novanta giorni la Provincia effettua un accertamento di carattere generale indicato dal comma terzo dell'art. 216 avente ad oggetto la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti. Siffatto accertamento presuppone che sia inviata la relazione avente il contenuto indicato dalla disposizione richiamata, senza della quale nessun riscontro può essere effettuato.

Ove pertanto difetti anche un simulacro di relazione rispondente ai requisiti indicati, non potrà dirsi realizzato il presupposto perchè decorra il termine previsto.

4.3 Indagini e atto amministrativo in materia ambientale: quando v'è questione di disapplicazione

Escluse le ipotesi finora analizzate e rimarcato come pertanto l'esistenza del titolo impone una diversa articolazione della attività di indagine, resta da dar conto, per completezza, dei casi che ricadono nell'ambito della disapplicazione.

Va ribadito l'assunto, che si è sopra formulato, della non disapplicabilità degli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al libero esercizio dei diritti (nulla osta, autorizzazioni) o che costituiscono diritti in capo a soggetti privati (concessioni), se illegittimi; e della non ammissibilità della disapplicazione in peius.

Ne discende una nota distinzione.

4.3.1 Atto-presupposto del reato

In prima battuta, vengono in rilievo le fattispecie criminose che si caratterizzano per il fatto che il provvedimento amministrativo costituisce il presupposto del reato.

Paradigmatica, in proposito, è la fattispecie di inosservanza dei provvedimenti d'autorità di cui all'art. 650 c.p. il cui perfezionamento impone al giudice di effettuare in via preventiva ed incidentale un sindacato in merito alla legittimità (alla luce dei tre vizi canonici sopra ricordati)

dello stesso atto provvedimentale: ove l'atto sia inficiato da taluno dei vizi in questione, esso sarà disapplicato con la conseguenza che verrà meno il fatto costitutivo del reato ossia l'inosservanza di un atto legalmente dato dall'autorità (Cass. pen., Sez. I, 08/10/2004, n.47677).

Il principio, pure affermato in materia di disciplina della immigrazione clandestina, stenta tuttavia ad essere in materia ambientale in relazione alla fattispecie di cui all'art. 255 co. 3 di inottemperanza della ordinanza con cui il Sindaco dispone la rimozione dei rifiuti ai sensi dell'art. 192 t.u. (così da ultimo Cass. 9.7.2008, n. 27990, in Rifiuti, B.I.N., n.1/09, pag.13.)

4.3.2 Atto-elemento costitutivo del reato

Ricorrerebbe un caso di disapplicazione non consentita ove il sindacato di legittimità svolto dal giudice penale avesse ha come oggetto l'atto amministrativo integrante l'elemento costitutivo della fattispecie criminosa.

Si pensi alle norme che sanzionano lo svolgimento di attività per le quali è prescritto un titolo abilitativo: per le ragioni già svolte l'astratta presenza del titolo questo non esclude il reato ove in concreto il giudice penale ritenga lo stesso titolo illegittimo.

4.3.3 Atto elemento integrativo del reato

Sono invece suscettibili di disapplicazione anche gli atti amministrativi che rivestono la valenza di elemento integrativo della fattispecie penale.

In questo caso infatti la fattispecie penale è perfetta nei suoi elementi costitutivi e il potere di disapplicazione viene esercitato su un provvedimento che avrebbe, p.es., effetto scriminante.

Pertinente sul punto è il riferimento in tema di smaltimento dei rifiuti, all'uso ripetuto da parte del sindaco del potere di emissione delle ordinanze contingibili ed urgenti, ai sensi del previgente art. 13 del D.Lgs. n. 22/1997, in assenza dei presupposti ivi prescritti, che configurava il reato di realizzazione di discarica in difetto di autorizzazione, punito dal previgente art. 51, comma 3 cit.D. Lgs..

Si è riconosciuto, dunque, al giudice penale il potere di controllare la legittimità delle medesime ordinanze in quanto cause di giustificazione dei reati in tema di smaltimento di rifiuti, e quindi quali elementi, di natura negativa, della fattispecie penale, sottolineandosi comunque che il giudice non può sostituirsi al sindaco nell'esercizio del suo potere discrezionale, non può cioè effettuare egli stesso quel bilanciamento tra gli interessi che l'ordinamento affida all'autorità amministrativa (Sez. 3^a, n. 12692 del 2.12.1998).

4.3.4 Atto elemento estintivo del reato

Analoghe considerazioni valgono ove il sindacato abbia ad oggetto l'atto provvedimentale, quale fatto estintivo della fattispecie penale.

Calzante appare il richiamo alla giurisprudenza di legittimità formatasi in tema di concessione in sanatoria relativamente la quale si è statuito che il giudice penale deve accertare la conformità dell'atto alle norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, anche in ossequio alla previsione di cui al previgente art. 13 della legge n. 47 del 1985, per il quale la concessione in sanatoria estingue i reati urbanistici solo se le opere risultano conformi agli strumenti urbanistici. Il giudice, dunque, esercitando il doveroso sindacato di legittimità del fatto estintivo o incidente sulla fattispecie tipica penale, può disapplicare la sanatoria illegittima ex art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.(legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.Cass. pen., Sez. III, 15/02/2005, n.19236).